

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS II)

Droit – Economie – Sciences sociales

**LE JUGE ADMINISTRATIF ET LA SEPARATION
DES EGLISES ET DE L'ETAT SOUS LA III^e REPUBLIQUE**

*Un exemple des interactions entre les institutions républicaines
et le contrôle juridictionnel de l'administration*

Thèse pour le doctorat en droit public

Présentée et soutenue publiquement

le 27 janvier 2011 à 17h

par

Jean-François AMEDRO

Jury

M. Jean-Jacques BIENVENU, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), directeur de thèse.

M. Guillaume DRAGO, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Mme Camille BROUELLE, professeur à l'Université de Paris-Sud (Paris XI), rapporteur.

M. Norbert FOULQUIER, professeur à l'Université de Panthéon-Sorbonne (Paris I), rapporteur.

M. Patrice ROLLAND, professeur à l'Université de Paris-Est Créteil Val-de-Marne (Paris XII).

L'Université Panthéon-Assas (Paris II) n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

Je tiens à remercier le professeur Jean-Jacques Bienvenu pour les précieux conseils qu'il m'a prodigués pendant la rédaction de cette recherche. Par ailleurs, je remercie, pour leur soutien, mes parents et ma compagne. Enfin, je remercie Madame Pillant-Gomez pour son aide et sa disponibilité.

Résumé :

Le contentieux administratif de la séparation des Eglises et de l'Etat sous la III^e République est un objet ancien de curiosité doctrinale. Un renouvellement de l'approche traditionnelle était cependant possible. Alors que les études classiques insistent sur l'apport du Conseil d'Etat à la réussite de la Séparation et à la protection des libertés de conscience et des cultes, il est envisageable d'étudier la jurisprudence sous l'angle des interactions entre les institutions républicaines et le contrôle juridictionnel de l'administration. Soumise à cette problématique, l'œuvre du Conseil d'Etat permet une approche monographique de l'histoire de la juridiction administrative républicaine révélant les influences réciproques entre le juge administratif et les institutions républicaines.

Dans le cas du contentieux de la Séparation, la jurisprudence administrative a ainsi joué un rôle décisif dans la mise en œuvre et l'approfondissement des grands principes de la loi du 9 décembre 1905, contribuant à donner une consistance à la notion juridique de laïcité de l'Etat. Dans le même temps, et spécialement dans le cadre du contentieux de la police des cultes, le contexte politique et juridique de la Séparation a contribué à la construction du recours pour excès de pouvoir républicain.

Cet apport s'est manifesté par la modernisation des techniques de contrôle juridictionnel et par un encadrement plus étroit du pouvoir discrétionnaire de l'autorité de police.

En abordant ces deux aspects du contentieux de la Séparation, cette étude voudrait éclairer la transformation d'une justice administrative d'inspiration impériale en une justice administrative démocratique et républicaine.

Mots-clés :

Séparation des Eglises et de l'Etat, Laïcité, Troisième République, Juridiction administrative, Contrôle juridictionnel, Recours pour excès de pouvoir, Contrôle des motifs de l'acte administratif

Abstract :

Law scholars are traditionally interested in the implementation of the separation of church and state by the administrative courts during the Third Republic. However, a renewal of the classic understanding was possible. While classic studies focus on the contribution of the *Conseil d'Etat* to the success of the *Séparation* and the protection of freedom of thought and religion, it is conceivable to study administrative case law from the angle of interactions between republican institutions and judicial review of administration. This methodological framework allows to underline mutual influences between the judiciary and republican institutions in the history of the administrative jurisdiction.

Thus, as the *Séparation* is concerned, case law has played a strategic part in the implementation and enrichment of the principles established by the 9 december 1905 Act, therefore contributing to provide substance to the legal concept of *laïcité de l'Etat*. In the same time, and especially concerning the case law relating to the administrative regulation of expressions of religious beliefs in the public space, the political and legal context of the *Séparation* has had a decisive influence on the construction of the republican *recours pour excès de pouvoir*. This contribution consisted in a modernization of the judicial review techniques and a more accurate control of discretionary powers of the administrative authority. Through the study of the two main aspects of administrative case law relating to the *Séparation*, this research would like to enlighten the transformation of the traditional imperial-type administrative jurisdiction into a democratic and republican one.

SOMMAIRE

PARTIE I. – LA CONTRIBUTION DU JUGE ADMINISTRATIF À LA CONSTRUCTION DU RÉGIME DE LA SÉPARATION.

TITRE I. – L'ÉMERGENCE DE LA NOTION JURIDIQUE DE SÉPARATION DES ÉGLISES ET DE L'ÉTAT.

Chapitre I. – L'impensé de la Séparation dans la tradition juridique des cultes reconnus.

Chapitre II. – L'avènement de la Séparation et sa réception par les juristes.

TITRE II. – L'ŒUVRE DU CONSEIL D'ÉTAT, OU L'APAISEMENT PAR LA JURISPRUDENCE.

Chapitre préliminaire. – Les antécédents directs de la jurisprudence de Séparation : l'héritage embarrassant de la jurisprudence anticléricale (1880-1905).

Chapitre I. – Le Conseil d'Etat, garant de l'effectivité de la liberté des cultes dans le régime des biens cultuels.

Chapitre II. – Le Conseil d'Etat, promoteur d'une conception nuancée de la neutralité religieuse de l'Etat.

PARTIE II. – LA CONTRIBUTION DE LA SÉPARATION À LA CONSTRUCTION DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR RÉPUBLICAIN.

TITRE I. – LES INSTITUTIONS RÉPUBLICAINES ET LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR À LA FIN DU XIXE SIÈCLE : UNE RELATION PROBLÉMATIQUE.

Chapitre I. – La crise des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir au début de la III^e République.

Chapitre II. – La stagnation de la jurisprudence, conséquence de la crise des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir.

TITRE II. – L'ESSOR DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR RÉPUBLICAIN AU XXI^e SIÈCLE : LA CONTRIBUTION DU CONTENTIEUX DE LA POLICE DES CULTES APRÈS LA SÉPARATION.

Chapitre I. – L'influence de la Séparation sur la structure du contentieux de la police des cultes.

Chapitre II. – La modernisation du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>A.J.D.A.</i>	Actualité juridique droit administratif.
<i>Ach. sc. soc. des rel.</i>	Archives de science sociale des religions.
Cass.	Cour de cassation.
crim.	Chambre criminelle.
req.	Chambre des requêtes.
civ.	Chambre civile.
CE	Conseil d'Etat.
concl.	Conclusions.
<i>D.P.</i>	Dalloz périodique.
<i>E.D.C.E.</i>	Etudes et documents du Conseil d'Etat.
<i>R.F.D.A.</i>	Revue Française de droit administratif.
<i>R.D.P.</i>	Revue du droit public et de la science politique.
<i>R.G.A.</i>	Revue générale d'administration.
<i>R.I.C.</i>	Revue des institutions culturelles.
<i>R.O.D.R.</i>	Revue d'organisation et de défense religieuse.
<i>R.C.L.J.</i>	Revue critique de législation et de jurisprudence.
<i>R.D.M.</i>	Revue des deux mondes.
<i>R.I.S.A.</i>	Revue internationale de science administrative.
<i>R.P.P.</i>	Revue politique et parlementaire.
<i>R.A.</i>	Revue administrative.
<i>R.C.I.D.</i>	Revue catholique des institutions et du droit.
<i>Rec.</i>	Recueil Lebon.
<i>R.F.D.C.</i>	Revue française de droit constitutionnel.

<i>R.T.D.civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil.
<i>R.P.D.F.</i>	Revue pratique du droit français.
<i>Rev. hist. droit</i>	Revue historique de droit français et étranger.
<i>R.H.M.C.</i>	Revue d'histoire moderne et contemporaine.
<i>R.H.F.D.C.J.</i>	Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique.
<i>S.</i>	Recueil Sirey.
TC	Tribunal des conflits.

INTRODUCTION GENERALE

« expliquer plus, c'est raconter mieux »

Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 1978, p 132.

1. Le contentieux administratif de la séparation des Eglises et de l'Etat sous la III^e République est un objet ancien de curiosité doctrinale. A lui seul, le statut de la loi du 9 décembre 1905 suffirait à le justifier. Dans l'histoire mythique de la République, la Séparation apparaît en effet comme un acquis spectaculaire de la modernité démocratique, arraché de haute lutte à la suite des querelles idéologiques et institutionnelles intenses qui ont marqué les relations entre l'Etat républicain et

l'Eglise catholique depuis les années 1880. De plus, après les « séparations partielles »¹ des services publics mises en œuvre à la fin du XIXe siècle, dont les lois scolaires des années 1880 sont l'exemple le plus éclatant, la loi de 1905 consacre définitivement la notion de *laïcité* comme la règle générale des rapports entre les cultes et l'Etat². A compter de 1905, la laïcité devient une donnée

¹ Jacqueline Lalouette, *L'Etat et les cultes, 1789-1905-2005*, Le Seuil, coll. Repères, 2005, p 25.

² La première expérience française de séparation des Eglises et de l'Etat remonte à la République thermidorienne, plus précisément au décret de séparation des cultes et de l'Etat proposé par Boissy d'Anglas et voté le 3 nivose an III, et de l'article 354 de la Constitution du 5 Fructidor an III, qui dispose que « nul ne peut être empêché d'exercer, en se conformant aux lois, le culte qu'il a choisi. Nul ne peut être forcé de contribuer aux dépenses d'un culte. La République n'en salarie aucun. ». Mais cette tentative échoue et demeure sans suites immédiates (Michel Vovelle, *La Révolution française*, Armand-Colin, 1998 ; Jacques Le Goff et René Rémond (dir), *Histoire de la France religieuse, tome III : Du roi Très Chrestien à la laïcité républicaine, XVIIIe-XIXe siècle*, Philippe Joutard (dir), Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2001, p 65 et s). L'idée séparatiste moderne naît dans le contexte concordataire inauguré par la convention du 26 Messidor an IX conclue entre Napoléon Bonaparte et Pie VII et ratifiée par la loi du 18 Germinal an X. Dans les premières décennies du XIXe, celle-ci prend corps chez des catholiques libéraux, tel Montalembert ou Lacordaire, chez des républicains et libéraux, comme Charles Renouvier, Edouard de Laboulaye, Antoine Prévost-Paradol ou Etienne Vacherot, et chez certains courants du protestantisme (Georges Weill, *Histoire de l'idée laïque en France au XIXe siècle*, Hachette-Pluriel, 2004, préface Jean-Michel Ducomte). La séparation des Eglises et de l'Etat fait d'abord principalement l'objet de débats théoriques, avant que les républicains n'en fassent une véritable revendication politique au cours du Second Empire (Voir à ce propos les projets d'André-Saturnin Morin (1866) et de Charles Ernest Hendlé (1869), cités pas Jacqueline Lalouette, « La séparation avant la séparation, « projets » et propositions de loi (1866-1891) », *Vingtième siècle, revue d'histoire*, juillet-septembre 2005, p 41-55 ; voir aussi Jules Simon, *La séparation de l'Eglise et de l'Etat, discours prononcé au corps législatif dans la séance du 3 décembre 1867*, Versailles, 1867 ; et le « Programme de Belleville » de 1869, porté par Léon Gambetta (voir Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Genèse et développement d'une idée, 1789-1905* Le Seuil, coll. l'Univers Historique, 2005, p 299-301). Après l'éphémère expérience de Séparation de la Commune, l'accession des républicains au pouvoir en 1870, puis surtout en 1879, complexifie les positions des séparatistes. Les républicains de gouvernement, persuadés que la société française de la fin du XIXe siècle n'est pas mûre pour la Séparation, et soucieux de conserver des moyens de lutte contre le cléricalisme, ajournent la séparation et mettent le Concordat et les Articles Organiques au service de leur politique anticléricale (Jean-Marie Mayeur, *Nouvelle histoire de la France contemporaine, tome 10, Les débuts de la IIIe République, 1871-1898*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 1973). Pour leur part, les radicaux, libres-penseurs et socialistes maintiennent avec force les revendications séparatistes. A la fin des années 1890, l'affaire Dreyfus met fin à une période de ralliement des catholiques à la République et d'apaisement des luttes anticléricales. Cette situation ouvre la voie à la réalisation du processus séparatiste, qu'une succession d'événements va accélérer à partir de 1903-1904, jusqu'à l'adoption de la loi du 9 décembre 1905 emportant séparation des Eglises et de l'Etat (pour le texte de la loi accompagné d'une synthèse des débats parlementaires, voir *D.P.*, 1906, IV, p 1 et s). La loi de Séparation est doublement décisive dans l'histoire de l'implantation de la République en France. Elle donne d'abord une concrétisation législative à un élément central de la théorie républicaine de l'Etat. Même si l'opportunisme des républicains de gouvernement les a conduits à se faire pour un temps les défenseurs du système concordataire, il reste que la Séparation est profondément enracinée dans la tradition et l'idéologie républicaines, comme en attestent les œuvres d'éminents philosophes républicains (entre autres, voir Ferdinand Buisson, *La foi laïque*, Librairie Hachette, 1918 ; Alain, *Le citoyen contre les pouvoirs*, Editions du Sagittaire Kra, 1926. De manière générale, sur la philosophie laïque des républicains, voir Claude Nicolet, *L'idée républicaine en France, 1789-1924*, Gallimard, 1994 ; Marie-Claude Blais, *Au principe de la République, le cas Renouvier*, Gallimard, 2000 ; Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l'Etat, genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le seuil, 2005). Outre ces aspects intellectuels, la réalisation de la séparation a été un enjeu social et culturel de premier plan au début du XXe siècle. La question de la séparation est loin de s'être limitée à des joutes parlementaires, passionnantes au demeurant. Comme le fait remarquer l'historien Nicolas Roussellier, il s'est aussi agit, dans la continuité de la politique de laïcisation de l'enseignement commencée dans les années 1880, d'une lutte pour le contrôle du magistère culturel et social en France (Nicolas Roussellier, « Deux formes de représentation politique : le citoyen et l'individu », in *La démocratie en France*, tome I, Gallimard, 2000). Ceci explique les incertitudes, les luttes et les conflits qui ont suivi l'adoption de la loi (notamment : crise des inventaires, condamnations pontificales de la loi de 1905 et des lois modificatrices, refus des catholiques de former les associations culturelles prévues par la loi de 1905). Finalement, la Séparation marque l'achèvement de la laïcisation de l'Etat français. La force de la tradition laïque et l'importance de la notion sont d'ailleurs consacrées par l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 qui dispose entre autres que la République française est *laïque* (sur la valeur juridique du principe de laïcité, voir J-B. Trotabas, *La notion de laïcité dans le droit de l'Eglise catholique et de l'Etat républicain*, Thèse, LGDJ, 1959 ; Thierry Rambaud, *Le*

fondamentale des institutions républicaines. C'est pourquoi la portée de la loi de Séparation dépasse bien vite le strict cadre du droit positif. D'abord règle du jeu des rapports entre l'Etat et les religions, elle acquiert bien vite un statut de symbole de la République, de lieu de mémoire, de pilier des institutions françaises, d'élément du Panthéon républicain trônant fièrement aux côtés de la Déclaration de 1789 ou des grandes lois sur les libertés publiques de la fin du XIXe siècle.

2. Mais l'intérêt doctrinal pour le contentieux de la Séparation ne se nourrit pas seulement de l'importance politique et philosophique de la réforme dans la tradition républicaine. Il tient aussi au caractère exemplaire de la jurisprudence développée par le juge administratif dans les années qui ont suivi la loi de 1905.

Ainsi, depuis l'étude pionnière de Gabriel le Bras publiée en 1950¹, la doctrine qui aborde la jurisprudence dans une perspective historique enseigne que le Conseil d'Etat a appliqué la loi de 1905 dans un esprit libéral favorisant l'apaisement des tensions religieuses, contribuant de ce fait au succès de la séparation des Eglises et de l'Etat. En ce sens, Gabriel le Bras montre qu'à la suite de la Séparation, le juge administratif s'est comporté en « *régulateur de la vie paroissiale* »², assurant d'une manière subtile et équilibrée la jouissance par les fidèles des libertés de conscience et des cultes. Pour sa part, Danièle Lochak aborde la jurisprudence de Séparation dans le cadre d'une étude sur le rôle politique du juge administratif ; et dans la typologie destinée à rendre compte des différentes attitudes politiques du Conseil d'Etat, elle classe la jurisprudence de Séparation parmi les exemples d'action modératrice du juge administratif dans les conflits politiques majeurs³. Quant à Jean Barthélémy, il constate que le Conseil d'Etat a consacré les ruptures juridiques nées de la laïcité de l'Etat, tout en les adoucissant en « *recentrant la laïcité sur la protection de la liberté de conscience* »⁴. Enfin, dans les études qu'il a consacrées au droit positif de la laïcité, Rémy Schwartz n'a pas manqué de souligner l'apport important de la jurisprudence de la IIIe République à l'interprétation libérale du régime de la Séparation⁵.

principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit public comparé, analyse comparative des régimes français et allemand, LGDJ, 2004).

¹ Gabriel le Bras, « Le Conseil d'Etat, régulateur de la vie paroissiale », *E.D.C.E.*, 1950, p 63-76.

² Gabriel le Bras, « Le Conseil d'Etat, régulateur de la vie paroissiale », *E.D.C.E.*, 1950, p 63-76.

³ Danièle Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1971, p 273 et s

⁴ Jean Barthélémy, « Le Conseil d'Etat et la construction des fondements de la laïcité », *R.A.*, 1999, p 37-47.

⁵ Rémy Schwartz, « La jurisprudence de la loi de 1905 », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 147-180 ; Rémy Schwartz, *Un siècle de laïcité*, Berger-Levrault, 2007.

Ces quelques exemples, représentatifs d'une production doctrinale importante¹, montrent qu'il est largement admis que le juge administratif a été un acteur central de la construction de la laïcité de l'Etat au début du XXe siècle.

L'intérêt de la jurisprudence de Séparation ne s'arrête pas là. En effet, dans un domaine particulier du contentieux de la Séparation – le contentieux de la police des cultes – le juge administratif a contribué à l'évolution des techniques de contrôle juridictionnel dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Les techniques actuelles de contrôle des mesures de police et d'examen juridictionnel des motifs des actes administratifs trouvent en partie leurs origines dans la jurisprudence développée par le Conseil d'Etat en matière de manifestations extérieures du culte sous la IIIe République. La portée de la jurisprudence est d'ailleurs très tôt identifiée par la doctrine. Ainsi, Maurice Hauriou², Louis le Fur³, E. Chalvon-Demersy⁴, Léo Goldenberg⁵, plus récemment Jean-Claude Vénézia⁶ ou encore Bernard Pacteau⁷ ont tous relevé le rôle capital du contentieux de la police des cultes dans les progrès du recours pour excès de pouvoir pendant la première moitié du XXe siècle. De nos jours encore, le souvenir de l'apport de la jurisprudence est notamment préservé par la présence, dans la liste des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, de l'arrêt *Abbé Olivier et autres c/ maire de Sens* du 19 février 1909⁸.

¹ Notamment : Louis le Naurois, « La mise en œuvre juridique de la séparation des Eglises et de l'Etat », *Revue de Droit Canonique*, tome 13, 1963, p 65-80 ; Jean Rivero, « La notion de laïcité dans la jurisprudence administrative », in *La laïcité*, PUF, 1960, p 283 ; J. B. Trotabas, *La notion de laïcité dans le droit de l'Eglise catholique et de l'Etat républicain*, Thèse, Aix-Marseille, LGDJ, 1961 ; Claude Goyard, « Police des cultes et Conseil d'Etat, du concordat à la séparation », *R.A.*, 1984, p 335 et s ; Jean Paul Costa, « Le droit positif », in *Les laïcités à la française*, Guy Bedouelle et Jean Paul Costa (dir), PUF, 1998, p 79-90 ; Antoine Leca, « L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de culte (1879-1914) », in *Christianisme et politique dans le Tarn sous la Troisième République*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2000, p 145-162 ; Emile Poulat, *Notre laïcité publique*, Berg international, 2003 ; Thierry Rambaud, *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit public comparé, analyse comparative des régimes français et allemand*, LGDJ, 2004 ; Conseil d'Etat (rapport public), *Un siècle de laïcité*, La Documentation Française, 2004 ; Emmanuel Tawil, *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse. Le Conseil d'Etat et le régime des cultes depuis la loi de 1905*, PUAM, 2009.

² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd, 1933, rééd Dalloz, 2002 ; Maurice Hauriou, note sous CE, 4 avril 1914, *Gomel* ; 1^{er} mai 1914, *Didier, S.*, 1917, III, p 25.

³ Louis le Fur, « La protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiètements des agents centralisés », *R.G.A.*, 1911, p 5-21 ; p 129-152 ; p 385-399 ; 1912, p 5-18.

⁴ E. Chalvon-Demersy, *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1922, p 51 et s.

⁵ Léo Goldenberg, *Le Conseil d'Etat, juge du fait. Essai sur l'administration des juges*, Thèse, Paris, 1932, p 238 et s.

⁶ Jean-Claude Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, BDP, n°17, LGDJ, 1959, p 61 et s.

⁷ Bernard Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Thèse, LGDJ, 1977.

⁸ CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres c/ maire de Sens*, in *G.A.J.A.*, 16^{ème} éd, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, Dalloz, n°20. Cette décision illustre les progrès du contrôle des motifs et les prémices du contrôle de proportionnalité des mesures de police par le juge administratif.

§1. – La problématique générale : les interactions entre un principe républicain et le contrôle juridictionnel de l’administration.

3. Aussi bien, la jurisprudence administrative de Séparation sous la IIIe République comporte deux principales dimensions : d’une part, elle a participé à la définition de la laïcité de l’Etat et au succès de la loi de 1905 ; d’autre part, elle a consacré des progrès notoires des techniques du contentieux administratif.

Jusqu’à présent, ces deux facettes de l’œuvre du juge administratif n’ont pas été étudiées ensemble, dans le cadre d’une problématique commune. Or, nous formons l’hypothèse qu’un tel exercice s’avère pertinent et fructueux si la jurisprudence de Séparation est abordée sous l’angle des *rapports entre les institutions républicaines et le contrôle juridictionnel de l’administration, plus précisément des interactions entre un principe républicain – la laïcité de l’Etat organisée par la loi de 1905 – et le contrôle juridictionnel.*

Nous partons de l’idée qu’à l’occasion du contentieux de la Séparation, ces rapports ont été réciproques : le juge administratif a contribué à l’enracinement des institutions républicaines en précisant le régime de la laïcité ; dans le même temps, le contexte législatif et politique de la Séparation a favorisé les progrès du contrôle juridictionnel dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Cette configuration offre un intéressant point de vue monographique sur l’histoire de la justice administrative moderne qui, par le biais d’un contentieux particulier, permet d’éclairer la construction de l’identité de la justice administrative républicaine. A ce stade, nous précisons l’intérêt historique de notre approche, avant de justifier la pertinence du parti méthodologique retenu.

4. L’acclimatation de la justice administrative aux institutions républicaines est un processus particulièrement intéressant à analyser en raison de son caractère largement paradoxal. En effet, il ne faut pas oublier qu’en dépit de plus de 130 ans d’histoire républicaine, la justice administrative n’est pas née républicaine. Le Conseil d’Etat est créé par Napoléon Bonaparte en l’an VIII¹ et, à cette époque, la juridiction administrative est essentiellement destinée à soutenir la puissance de l’Etat². Cette inspiration perdure au XIXe siècle et connaît son apogée sous le Second Empire. Pendant le règne de Napoléon III, la jurisprudence administrative se développe, se complexifie et devient un instrument privilégié de légitimation du régime impérial, secondant ainsi un Etat centralisé,

¹ Bernard Pacteau, *Le Conseil d’Etat et la fondation de la justice administrative en France*, PUF, coll. Léviathan, 2003.

² Voir Grégoire Bigot, « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875. Définir le droit administratif », *R.F.D.A.*, 2003, p 218-224 ; et les explications de la doctrine du début du XIXe siècle analysées par Christophe Auzanneau, « La justice administrative vue par la doctrine de Locré à Aucoc », in *Regards sur l’histoire de la justice administrative*, Grégoire Bigot et Marc Bouvet (dir), Litec, 2006, p 105.

policière et autoritaire. A la chute de l'Empire en 1870, l'avenir de la justice administrative est incertain, du fait des préventions des républicains et des libéraux envers le Conseil d'Etat¹ ; mais finalement, la grande loi du 24 mai 1872 pérennise la juridiction administrative. Celle-ci, malgré ses liens étroits avec la tradition autoritaire du césarisme, a survécu au Second Empire et s'est implantée au sein d'institutions républicaines aux origines intellectuelles et aux principes politiques pourtant bien différents des régimes impériaux et monarchiques du XIXe siècle². S'agissant des structures de la justice administrative, il existe donc une continuité certaine entre le Second Empire et la IIIe République. L'article 9 de la loi du 24 mai 1872, qui confère la justice déléguée au Conseil d'Etat, confirme et consacre en grande partie les acquis du XIXe siècle.

Mais, si la justice administrative a survécu au Second Empire, elle a aussi largement changé d'inspiration. Le juge administratif républicain est en effet devenu un gardien de la légalité et un protecteur des libertés, de même que l'acteur central de la construction du droit administratif moderne³. La juridiction administrative, qui était à ce point liée au régime du Second Empire que les républicains ont failli la supprimer au temps de la République du 4 septembre, s'est néanmoins largement adaptée aux régimes républicains qui se sont succédés depuis la fin du XIXe siècle. Il y a dans cette combinaison de continuité et de rupture un *problème historique* que la présente recherche se propose d'approfondir en retraçant les influences réciproques entre un principe républicain et la justice administrative.

5. Du point de vue méthodologique, l'approche monographique adoptée par la présente recherche entend analyser dans toute leur complexité les *processus concrets* de conversion du contentieux administratif aux institutions républicaines à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle. En cela, elle se démarque des « mythes fondateurs » qui traversent la tradition historiographique relative aux origines de la justice administrative républicaine⁴. Le registre mythique apparaît dès les débuts de la IIIe République, alors que certains juristes républicains entendent rattacher la justice et le droit administratifs issus du XIXe siècle à des origines nobles, acceptables du point de vue des institutions républicaines. Deux interprétations historiques sont particulièrement répandues.

La première fait remonter les origines de la juridiction administrative à la Révolution française. Selon cette thèse, l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 sur l'autorité judiciaire et le

¹ Yan Laidié, « Les libéraux et la justice administrative au XIXe siècle : un mariage de raison ? », *R.A.*, 2001, p 5-11.

² Jacques Donnedieu de Vabres, « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives françaises », *E.D.C.E.*, 1949, p 30-49.

³ François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995, p 250 et s ; et Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, p 249 et s.

⁴ Sur cette problématique de l'histoire mythique du droit et du contentieux administratifs, voir Grégoire Bigot, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *R.F.D.A.*, 2000, p 527-536.

décret du 16 Fructidor an III, qui interdisent aux tribunaux de connaître des litiges administratifs, impliquent la dévolution du contentieux administratif à un ordre de juridiction spécialisé, que le Conseil d'Etat napoléonien va incarner au sortir de l'expérience révolutionnaire. Mais ce récit des origines, forgé sous la Monarchie de Juillet pour asseoir la légitimité juridique et historique de la justice administrative¹, et repris par les juristes républicains², a été réfuté par une succession de travaux entrepris depuis une quarantaine d'années³.

Ainsi, ni l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790⁴, ni le décret du 16 fructidor an III⁵ n'ont pour conséquence nécessaire l'existence d'un ordre juridictionnel administratif distinct de l'ordre judiciaire. En effet, la loi des 16-24 août 1790 ne préjuge en rien du sort du contentieux administratif et de l'organisation juridictionnelle. L'interdiction posée par le texte est le fruit d'une réaction historique et d'une philosophie constitutionnelle. Les révolutionnaires ont d'abord réagi face aux dérives des parlements d'Ancien Régime qui paralysaient parfois l'action de l'Etat en refusant l'enregistrement des ordonnances, en poursuivant les fonctionnaires ou en rendant des arrêts de règlement qui contenaient souvent de véritables prescriptions de police administrative⁶. Ensuite, les révolutionnaires conçoivent la loi comme la norme suprême, comme l'expression de la volonté générale ; la loi ne peut donc être remise en cause par les tribunaux. D'où la volonté d'interdire à l'autorité judiciaire d'empiéter sur l'action du législateur et de l'administration qui applique la loi⁷. Ces considérations, auxquelles s'ajoute la vision mécaniste de l'office du juge largement admise pendant la Révolution⁸, ont même conduit à la création du fameux référé législatif par l'article 12 de la loi des 16-24 août 1790, qui obligeait les juridictions à demander l'interprétation d'une loi à l'Assemblée en cas d'obscurité⁹. On le voit, les raisons qui ont motivé l'adoption de l'article 13 de

¹ Il s'agissait à l'époque de défendre la justice administrative contre les attaques des libéraux. A ce sujet, voir Yan Laidié, « Les libéraux et la justice administrative au XIXe siècle : un mariage de raison ? », *R.A.*, 2001, p 5-11.

² Cette interprétation de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III se diffuse aussi au sein de la juridiction administrative, comme en attestent les conclusions prononcées par David devant le Tribunal des conflits à l'occasion de l'affaire *Blanco*. Voir concl. David sur TC, 8 février 1873, *Blanco, Rec.*, 1^{er} suppl., p 61.

³ Notamment : Pierre Sandevor, *Etude sur le recours de pleine juridiction*, BDP, LGDJ, 1964 ; Michel Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1980 ; Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970 ; Georges Vedel, « La loi des 16-24 août 1790, Texte ? Prétexe ? Contexte ? », *R.F.D.A.*, 1990, p 698-711.

⁴ « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives ; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. ».

⁵ « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit. ».

⁶ Sur les arrêts de règlement sous l'Ancien Régime, voir Philippe Sueur, *Histoire du droit public français*, tome II, PUF, coll. Thémis, 2001, p 144 et s..

⁷ Michel Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1980, p 48 et s.

⁸ Michel Verpeaux, « La notion révolutionnaire de juridiction », *Droits*, 1989, n°9, p 33 et s.

⁹ Jean-Louis Halpérin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution, 1790-1799*, LGDJ, 1987 et Michel Troper, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, 2001, p 101.

la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III n'impliquaient aucunement la création d'un ordre de juridiction administratif distinct de l'administration active et de la juridiction judiciaire.

Cette conclusion est confirmée par l'analyse des débats portant sur la question du contentieux administratif au cours de la Révolution, qui révèle que si les principes posés par la loi des 16-24 août 1790 sont unanimement reconnus par les contemporains du texte, le problème de l'attribution concrète des compétences pour connaître des litiges administratifs a en revanche suscité de multiples divergences chez les révolutionnaires. Ce fait suggère fortement que la création d'un ordre de juridiction administratif n'est pas apparu aux révolutionnaires comme une suite logique du texte de 1790¹. En fait, la Révolution n'a formulé aucun principe d'ensemble pour organiser la justice administrative et s'est bornée à faire le choix empirique de la technique de l'administrateur-juge. Conscients de la spécificité des litiges administratifs, mais peu désireux de créer des juridictions d'exception dont ils critiquaient l'existence sous l'Ancien Régime, les révolutionnaires ont préféré confier le contentieux administratif à l'administration active, dont le caractère électif avait l'avantage de correspondre à la nouvelle conception de l'Etat démocratique².

Aussi, la Révolution n'a pas légué aux XIXe et XXe siècles l'idée d'une justice administrative distincte de l'ordre judiciaire. En fait de legs, la Révolution a surtout transmis à l'Empire la technique de l'administrateur-juge, qui a été développée et systématisée au cours du XIXe siècle³, avant d'être abandonnée par la justice administrative républicaine. A cet égard, la période révolutionnaire n'est pas la source du contentieux administratif moderne. S'il existe un acte fondateur de la justice administrative en France, il est sans doute plus pertinent de le dater de la Constitution du 22 Frimaire an VIII créant le Conseil d'Etat, car seul l'Empire a créé les institutions – certes rudimentaires au départ – à partir desquelles le contentieux administratif moderne s'est développé. Dès lors, la doctrine des origines révolutionnaires de la juridiction administrative est bien un mythe historique, qui ne rend pas compte de l'identité de la justice administrative républicaine.

Un second mythe fondateur de la justice administrative apparaît au début du XXe siècle, à une époque où la doctrine républicaine souhaite rompre avec l'héritage encombrant du Conseil

¹ Des projets très divers d'organisation du contentieux administratif sont discutés dans les mois suivant la loi des 16-24 août 1790 (Jacques Chevallier, « Du principe de séparation au principe de dualité », *R.F.D.A.*, 1990, p 712-723). Les idées dominantes dans les premiers temps de la Révolution tendent à la dévolution des matières administratives aux tribunaux (Georges Vedel, « La loi des 16-24 août 1790, texte ? Prétexte ? Contexte ? », *R.F.D.A.*, 1990, p 698-711 ; et Jacques Chevallier, « Du principe de séparation au principe de dualité », *R.F.D.A.*, 1990, p 712-723). Mais finalement, l'organisation concrète du contentieux administratif privilégie l'attribution des litiges administratifs à l'administration active, par le biais d'une multitude de textes spéciaux, partiels et parcellaires, adoptés sans plan d'ensemble.

² Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970 ; et Jacques Chevallier, « Du principe de séparation au principe de dualité », *R.F.D.A.*, 1990, p 712-723.

³ Jean-Jacques Bienvenu, « Justice administrative », in *Dictionnaire Napoléon*, Fayard, 1999, p 999.

d'Etat impérial dont l'image est ternie par les stigmates du régime césariste de Napoléon III. Aussi, l'école du service public menée par Duguit a recherché une ascendance démocratique et libérale à la justice administrative et au droit administratif en exploitant l'arrêt *Blanco* du Tribunal des conflits du 8 février 1873¹, auquel a été accordé le mérite d'avoir inauguré l'ère du service public comme critère du droit administratif.

Il a été fait justice de cet aspect de l'histoire mythique du droit et du contentieux administratifs républicains : tranchant une question de compétence en matière de responsabilité extracontractuelle de l'Etat, l'arrêt *Blanco* se contente de confirmer une jurisprudence antérieure et passe inaperçu en son temps. L'arrêt n'est découvert que tardivement par une partie de la doctrine² ; il sert alors de fondement jurisprudentiel à la théorie du service public dont la vocation est de légitimer l'action de l'Etat républicain en formulant sa nécessaire limitation par le droit, ainsi que l'obligation juridique qui lui impose de dédier son activité à la satisfaction des besoins des citoyens³.

Mais l'interprétation doctrinale du terme de service public présent dans les motifs de l'arrêt s'avère beaucoup trop constructive⁴, et la base de la théorie est singulièrement réduite, puisque l'arrêt *Blanco* ne concerne que le domaine de la responsabilité de la puissance publique. Tout le reste du contentieux administratif, bien plus important quantitativement, est laissé dans l'ombre, vouant à l'échec l'ambition doctrinale de forger une légitimité républicaine incontestable au droit administratif dans son ensemble⁵.

¹ TC, 8 février 1873, *Blanco*, *Rec.*, 1^{er} suppl, p 61, concl. David.

² Georges Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1954, p 21-53.

³ Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, p 237 et s ; Evelyne Pisier-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, LGDJ, 1972 ; Marie-Joelle Redor, *De l'Etat Légal à l'Etat de droit, l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française*, Economica/PUAM, 1992.

⁴ René Chapus, « Signification de l'arrêt *Blanco* », in *L'administration et son juge*, PUF, 1999, p 29.

⁵ Grégoire Bigot, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *R.F.D.A.*, 2000, p 527-536. En dépit de leur fragilité, les lectures mythiques de l'histoire du contentieux administratif ont survécu au XIXe siècle, et ont même connu des développements récents, dont la décision *Conseil de la concurrence* du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 est une illustration. Cette décision élève au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République la compétence de la juridiction administrative pour connaître en dernier ressort, sous réserve des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, des actions en annulation ou en réformation des décisions prises, dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle (CC, 86224 DC, 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, *R.D.P.*, 1987 p 1341). Pour consacrer ce principe, le Haut Conseil dénie certes valeur constitutionnelle au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire posée par la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, mais se fonde sur la notion de « conception française de la séparation des pouvoirs », censée porter les mêmes principes. D'où certaines critiques émises par une partie de la doctrine, reprochant au Conseil constitutionnel d'avoir consacré, via l'idée d'une conception française de la séparation des pouvoirs, l'interprétation fallacieuse et mythique des textes révolutionnaires (Serge Velley, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *R.D.P.*, 1989, p 767-783). Cette lecture de la décision a été contestée par Georges Vedel, qui a vu dans la référence à la conception française de la séparation des pouvoirs un simple *obiter dictum* (Georges Vedel, « La loi des 16-24 août 1790, texte ? Prétexte ? Contexte ? », *R.F.D.A.*, 1990, p 698-711), et a défendu la reconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République par le juge constitutionnel, principe suffisamment établi selon lui par la succession des lois républicaines attribuant à des juridictions

6. Les lectures mythiques échouent donc à proposer une présentation satisfaisante de l'histoire de la justice administrative républicaine. C'est pourquoi il est préférable d'aborder la question sous l'angle de l'érudition, en privilégiant l'approche concrète des évolutions du contentieux administratif. L'étude du contentieux de la Séparation entend se situer dans le cadre de cette option méthodologique. Nous compléterons ainsi les résultats déjà acquis de l'historiographie relative aux rapports entre la République et les réalités juridiques ; ceux, par exemple, qui concernent la républicanisation du personnel de la juridiction administrative¹ ou la construction de la théorie juridique de l'Etat républicain². Ce faisant, nous espérons dégager toute la signification et toute la portée du contentieux de la Séparation, pour contribuer modestement aux progrès de l'histoire tels

administratives, à l'exclusion des juridictions judiciaires, des compétences d'annulation des décisions administratives (Georges Vedel, « La loi des 16-24 août 1790, texte ? Prétexte ? Contexte ? », *R.F.D.A.*, 1990, p 698-711). Si l'analyse de Vedel est convaincante, il reste que la décision du Conseil constitutionnel ne parvient pas, fut-ce par le biais d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, à procurer à la justice administrative une inébranlable légitimité républicaine. En effet, les textes de 1790 sont antérieurs à la Première République et n'avaient pas pour objet de créer un ordre de juridiction administratif. Quant à la loi du 24 mai 1872, non citée par le Conseil constitutionnel en 1987 mais invoqué en 1980 dans sa décision consacrant le principe fondamental de l'indépendance de la juridiction administrative (CC, 22 juillet 1980, *A.J.D.A.*, 1980, p 480), elle intervient avant l'adoption des lois constitutionnelles de février et juillet 1875, et codifie pour une bonne part les évolutions du XIXe siècle (Yves Gaudemet, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *R.D.P.*, 1987, p 1341 et s). Aussi, cet avatar contemporain du mythe démontre que l'identification d'une filiation révolutionnaire ou républicaine chimiquement pure à la compétence de la juridiction administrative s'avère hautement problématique.

¹ Voir notamment : Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice en France*, 3^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2001, p 598 et s ; Elwyn Elms, « Le Conseil d'Etat, 1879-1914 », *E.D.C.E.*, 1993, p 429-463 ; Bernard Pacteau, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative*, PUF, coll. Léviathan, 2003 ; Vincent Wright, « L'épuration du Conseil d'Etat en juillet 1879 », *R.H.M.C.*, 1972, p 621-653 ; M. Langlade, « De Thiers à MacMahon : les avatars du mode de désignation des conseillers d'Etat (1872-1875) », *E.D.C.E.*, 1984-1985, p 319-338).

² La période républicaine, inaugurée par Laferrière (Pascal Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, BDP, n°190, LGDJ, 1997), voit ainsi naître une doctrine scientifique et moderne, fondée sur l'analyse systématique de la jurisprudence et sur la conceptualisation. Outre le travail déjà cité de Pascal Gonod sur Laferrière, l'œuvre de Léon Duguit a fait l'objet de l'ouvrage classique d'Evelyne Pisier-Kouchner (Evelyne Pisier-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, LGDJ, 1972), celle de Raymond Carré de Malberg, particulièrement importante pour la compréhension du droit public républicain, a été étudiée par Guillaume Bacot (Guillaume Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, éd du CNRS, 1985), et plus récemment par Eric Maulin (Eric Maulin, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, PUF, coll. Léviathan, 2003). Maurice Hauriou et Joseph Barthélémy, pour citer deux autres exemples, ont fait l'objet de monographies éclairantes sous l'angle des liens entre la République et le droit public (Lucien Sfez, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, 1966 ; Frédéric Saulnier, *Joseph Barthélémy, 1874-1945*, LGDJ, 2004). Adhémar Esmein, en dépit de son importance, n'a pas encore fait l'objet d'une étude approfondie ; voir toutefois Stéphane Pinon, « Regard critique sur les leçons d'un « maître » du droit constitutionnel, le cas d'Adhémar Esmein (1848-1913) », *R.D.P.*, 2007, p 193-224. Aux monographies dédiées à un auteur particulier, s'ajoutent les études transversales. Voir ainsi : Marie-Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, Economica/PUAM, 1992 ; Luc Heuchling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2002 ; Gilles Sicart, *La doctrine publiciste française à l'épreuve des années 30*, Thèse, Paris II, 2000 ; Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés, émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003 ; Marc Loiselle, *Le concept d'Etat de droit dans la doctrine juridique française*, Thèse, Paris II, 2000 ; Olivier Steck, *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire sous la IIIe République*, BDP, n°255, LGDJ, 2007.

que les conçoit Paul Veyne. Comme l'explique ce dernier, ce n'est pas d'une hypothétique amélioration de la méthode ou de concepts plus pénétrants qu'il faut attendre une progression du savoir historique, mais de « *l'allongement du questionnaire* »¹, c'est-à-dire de l'enrichissement des questions posées aux sources, de la multiplication des perspectives au prisme desquelles les faits sont analysés par l'historien. Jusqu'à présent, le contentieux de la Séparation a été essentiellement abordé comme un facteur majeur du succès de la loi de 1905 et comme un exemple du libéralisme du juge administratif propre à « l'âge d'or » du droit administratif du début du XXe siècle². Il s'agit ici de poser de nouvelles questions à la jurisprudence, en recherchant si le contentieux de la Séparation peut éclairer le processus de construction de la justice administrative républicaine et préciser les interactions entre le contentieux administratif et un principe républicain.

Cette problématique générale étant posée, l'intérêt du contentieux de la Séparation se subdivise selon les deux axes correspondant aux deux dimensions déjà évoquées de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

§2. – *Les problématiques particulières.*

A. – *Une contribution à l'histoire juridique de la séparation des Eglises et de l'Etat.*

7. La présente étude contribue d'abord à *l'histoire juridique de la séparation des Eglises et de l'Etat*. A cet égard, si les travaux existants, déjà cités, ont dégagé les grands traits de la jurisprudence du Conseil d'Etat sous la IIIe République, ils peuvent être complétés et approfondis. En outre, avant d'aborder la jurisprudence, il faudra retracer l'émergence de la notion juridique de séparation des Eglises et de l'Etat, ce qui permettra de se pencher sur le discours doctrinal, peu connu, relatif à la Séparation et à la notion juridique de laïcité sous la IIIe République³.

¹ Paul Veyne, *Comment on écrit l'histoire*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 1971 ; voir aussi Paul Ricoeur, *Temps et récit, tome I : l'intrigue et le récit historique*, Le Seuil, coll. Point-Essai, 1983 ; Paul Ricoeur, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Le Seuil, coll. Point-Essai, 2000, p 167 et s.

² Sur la traditionnelle caractérisation du début du XXe siècle comme un âge d'or du droit et du contentieux administratifs, voir par exemple François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995 ; Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002 ; Grégoire Bigot, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *R.F.D.A.*, 2000, p 527-536 ; Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970.

³ Il n'a été étudié d'une manière substantielle, à notre connaissance, que par Jean-Louis Halpérin (Jean-Louis Halpérin, « La représentation de la laïcité parmi les juristes français et étrangers », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 181).

8. Les grandes questions auxquelles le juge administratif a été confronté trouvent leur origine dans la structure de la Séparation. La loi du 9 décembre 1905 en constitue la pièce maîtresse ; elle contient six titres, traitant successivement des principes (titre I), de l'attribution des biens et des pensions (titre II), des édifices du culte (titre III), des associations pour l'exercice du culte (titre IV), de la police du culte (titre V) et des dispositions générales (titre VI). Mais la réforme est un ensemble normatif qui se compose de plusieurs textes législatifs et réglementaires. Parmi les principaux, il faut citer les trois règlements d'administration publique¹ complétant la loi de 1905 : le premier, du 29 décembre 1905, relatif aux inventaires, le deuxième du 19 janvier 1906, sur les pensions et allocations des ministres du culte, le troisième, du 16 mars 1906, portant sur l'attribution des biens, les édifices du culte, les associations cultuelles et la police des cultes. Enfin, la loi de 1905 a été modifiée et complétée par les lois du 2 janvier 1907 sur l'exercice du culte, du 28 mars 1907 sur les réunions publiques et du 13 avril 1908 sur l'attribution des biens des établissements ecclésiastiques².

Sous la III^e République, le contentieux administratif relatif à la Séparation comprend plusieurs domaines : les inventaires, le séquestre des biens ecclésiastiques, les charges cultuelles et non cultuelles grevant certains biens des personnes publiques, la formation des associations cultuelles et l'attribution des biens des établissements publics du culte, le problème de l'affectation des édifices et des biens du culte catholique aux ministres et aux fidèles du culte catholique (ce problème est né du refus des catholiques de constituer des associations cultuelles), les subventions aux cultes, la police des manifestations extérieures du culte.

Nous verrons que dans tous ces contentieux, la politique jurisprudentielle construite par le Conseil d'Etat a été guidée et inspirée par les deux grands principes posés par le titre 1^{er} de la loi de 1905, c'est-à-dire *les libertés de conscience et des cultes* et la *neutralité religieuse de l'Etat* (la neutralité se subdivise en principe de non-reconnaissance et principe de non-subventionnement). Toujours, le juge a eu le souci d'une jouissance effective des libertés de conscience et des cultes. Toujours, il a interprété le principe de neutralité religieuse d'une manière pragmatique et nuancée, sans verser dans la thèse de l'ignorance absolue du phénomène religieux par l'Etat. Par ailleurs, du point de vue politique, le Conseil d'Etat a constamment conçu sa jurisprudence comme un facteur d'apaisement des querelles religieuses. C'est en grande partie l'attachement aux principes de la laïcité et la constance dans leur mise en œuvre qui distinguent l'œuvre du juge administratif sous la

¹ Règlement d'administration publique du 29 décembre 1905, *D.P.*, 1906, IV, p 28 ; Règlement d'administration publique du 19 janvier 1906, *D.P.*, 1906, IV, p 29 ; Règlement d'administration publique du 16 mars 1906, *D.P.*, 1906, IV, p 31.

² Loi du 2 janvier 1907, *D.P.*, 1907, IV, p 1 ; Loi du 28 mars 1907, *D.P.*, 1907, IV, p 57 ; Loi du 13 avril 1908, *D.P.*, 1908, IV, p 50.

IIIe République. Ce sont ces caractères qui en font une source importante de la conception originelle de la notion juridique de laïcité.

9. Cette étude des origines de la notion juridique de laïcité n'est pas uniquement motivée par la curiosité historique ; elle fournit par ailleurs des éléments de réflexion dans le cadre des débats contemporains sur le sens et l'avenir de la notion de laïcité. A l'heure où la laïcité est parfois dite en crise, la connaissance des premières interprétations jurisprudentielles et doctrinales de la notion est loin d'être inutile pour nourrir la discussion et, peut-être, s'inspirer d'un élément important du patrimoine juridique national.

10. Le thème de la crise de la laïcité s'est développé sur les terrains philosophique, politique et juridique. Il consiste souvent à pointer les ambiguïtés de la notion pour justifier son amendement en vue de l'adapter à la société contemporaine. Parfois, la laïcité est confondue avec le laïcisme militant de la fin du XIXe siècle et du début du XXe siècle, ce qui permet d'instruire un procès en anachronisme : la laïcité serait née à l'occasion de luttes religieuses définitivement révolues, qui ont conduit à une séparation très rigide des cultes et de l'Etat confinant à l'ignorance du fait religieux. Aussi, la laïcité est aujourd'hui souvent perçue comme de moins en moins compatible avec la notion de pluralisme qui semble s'imposer dans les sociétés européennes comme le standard contemporain des relations entre la religion et l'Etat¹. Certains auteurs en appellent donc à la désacralisation et à l'adaptation de la laïcité, jugée trop distante vis-à-vis des cultes, et, partant, impropre à répondre aux défis religieux du moment, tels que l'implantation de l'Islam ou les tensions entre communautés. Ces différents thèmes ont suscité plusieurs tentatives de reformulation, qui entendent construire une

¹ Jean-Paul Costa et Guy Bedouelle *Les laïcités à la française*, PUF, 1998, p 257 et s ; Guy Haarscher, *La laïcité*, PUF, coll. Que-sais-je ?, 3^{ème} éd, 2005, p 99 et s ; Henri Pena-Ruiz, *Dieu et Marianne, philosophie de la laïcité*, PUF, 2001, p 244 et s. Pourtant, du point de vue juridique, l'identification d'un standard commun européen des relations entre les cultes et l'Etat est très problématique. Ainsi, la Cour européenne des droits d'homme, qui ne consacre que les notions juridiques qu'elle juge communes aux Etats membres du Conseil de l'Europe (CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ RU*, *Grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, n°49), adopte jusqu'à présent une attitude très prudente à l'égard des différentes législations culturelles, en prenant notamment en compte leur hétérogénéité (CEDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c/ Autriche*, *R.U.D.H.*, 1994, p 441, note Wachsmann ; CEDH, 31 avril 2006, *Giniewski c/ France*, req n°64016/00). Du reste, par son arrêt *Leyla Sahin c/ Turquie* du 10 novembre 2005, la Cour a indirectement validé certains aspects de la laïcité scolaire française (CEDH, 10 novembre 2005, *A.D.J.A.*, 2005, p 315, note Gonzalez ; et Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. droit fondamental, 2005, p 444-445, qui note du reste que la jurisprudence du Conseil d'Etat converge largement avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de liberté des cultes et de neutralité de l'Etat). Les tendances actuelles du droit européen sont donc loin d'appeler une modification de la conception française de la laïcité (contra, Thierry Rambaud, *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit public comparé, analyse comparative des régimes français et allemand*, LGDJ, 2004, p 405 et s).

« nouvelle laïcité », une « laïcité-participation¹ », un nouveau « pacte laïque »² ou encore une « laïcité ouverte », opposée à la laïcité supposée « fermée » du début du XXe siècle. Ces contributions visent pour la plupart à infléchir l'inspiration première de la laïcité pour permettre un dialogue plus soutenu entre l'Etat français et les cultes en institutionnalisant en partie leurs relations, au besoin de manière différenciée en fonction des caractéristiques de chaque culte pratiqué au sein de la société française³. Enfin, l'attrait des modèles étrangers, dont beaucoup comportent des formes de coopération institutionnalisées avec les religions, amène certains auteurs à relativiser la portée du régime de séparation des Eglises et de l'Etat⁴. Parfois même, la réalité de la Séparation est mise en doute, certains estimant que le droit français n'a jamais vraiment rompu avec le système des cultes reconnus en maintenant des liens, notamment financiers, avec certaines confessions au détriment des autres⁵.

Dans ce contexte renouvelé, l'histoire juridique de la séparation des Eglises et de l'Etat révélera s'il est pertinent de puiser dans la période fondatrice de la IIIe République des éléments de réflexion sur la notion juridique de laïcité.

B. – Une contribution à l'histoire du recours pour excès de pouvoir et de l'Etat de droit en France.

11. Enfin, l'étude du contentieux de la Séparation contribue à *l'histoire du recours pour excès de pouvoir et de l'Etat de droit en France*. Plus précisément, la recherche entend éclairer les pratiques juridictionnelles de l'Etat de droit et, ainsi, compléter les substantiels travaux doctrinaux consacrés à

¹ Jean-Paul Costa et Guy Bedouelle, *Les laïcités à la française*, PUF, 1998, p 257 et s. Voir aussi Françoise Champion, « La laïcité n'est plus ce qu'elle était », *Arch. sc. soc. des rel.*, 2001, n°116, p 41-52.

² Jean Bauberot, *Vers un nouveau pacte laïque ?*, Le Seuil, 1990. Dans cet ouvrage, l'auteur suggère que les principes de la laïcité sont à géométrie variable, en fonction de l'évolution du paysage religieux de la société française.

³ Jean Morange, « Peut-on réviser la loi de 1905 ? », *R.F.D.A.*, 2005, p 153-162 ; Thierry Rambaud, *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit public comparé, analyse comparative des régimes français et allemand*, LGDJ, 2004.

⁴ Jean-Marie Woehrling, « L'interdiction pour l'Etat de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui ? », *R.D.P.*, 2006, p 1633-1669.

⁵ Brigitte Basdevant-Gaudemet, « Un siècle de régime des cultes reconnus, un siècle de séparation », *Rev. hist. droit.*, 2004, p 45-69 ; Jean-Marie Woehrling, « L'interdiction pour l'Etat de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui ? », *R.D.P.*, 2006, p 1633-1669 ; Jacques-Henri Prélôt, « Les religions et l'égalité en droit français », *R.D.P.*, 2001, p 737-775 ; Thierry Rambaud, *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit public comparé, analyse comparative des régimes français et allemand*, LGDJ, 2004 ; Jacques Robert, *La fin de la laïcité ?*, Odile Jacob, 2004 ; Jean-Paul Willaime, « 1905 et la pratique d'une laïcité de reconnaissance sociale des religions », *Arch. sc. soc. rel.*, 2005, n°129, p 67-82 ; Ludivine Delsenne, « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *R.D.P.*, 2005, p 427-462.

la construction des théories de l'Etat de droit sous la III^e République¹. Nous voulons montrer que le contexte législatif et politique de la Séparation a participé à la construction du recours pour excès de pouvoir républicain, à l'adaptation de cette voie de droit aux institutions républicaines et aux progrès du contrôle juridictionnel.

Le recours pour excès de pouvoir est une institution originale dans l'histoire du contentieux administratif en France car son développement est étroitement lié à un régime politique particulier du XIX^e siècle, à savoir le Second Empire. De recours marginal pendant la première moitié du XIX^e siècle, l'excès de pouvoir se transforme en élément clé de la justice administrative du Second Empire. La jurisprudence se développe et le régime du recours se précise, le contrôle de l'action administrative se fait plus rigoureux et, surtout, le recours pour excès de pouvoir est investi d'une signification et de fonctions politiques dans le cadre du système institutionnel du régime de Napoléon III. Dès lors, le destin du recours pour excès de pouvoir semble inextricablement lié au Second Empire et à la théorie césariste de l'Etat.

Le recours survit pourtant à l'instauration de la République, mais traverse une importante période de crise et de stagnation pendant les trente premières années de la III^e République, qui résulte en grande partie d'une difficile gestion par la juridiction administrative de l'héritage de la théorie impériale de l'excès de pouvoir.

Mais à partir des premières années du XX^e siècle, le recours pour excès de pouvoir connaît une période d'essor sans précédent, la jurisprudence consacrant une évolution spectaculaire de son régime, notamment sur l'importante question de l'intensité et de l'efficacité du contrôle juridictionnel². Ces progrès ont lieu dans plusieurs contentieux pionniers dont fait partie le contentieux de la Séparation, plus précisément le contentieux de la police des cultes. Dans ce cadre, le juge de l'excès de pouvoir modernise les techniques de contrôle des motifs et approfondit la limitation du pouvoir discrétionnaire de l'administration, en faisant notamment progresser le contrôle des motifs de fait de l'acte administratif. Or, nous montrerons que ces progrès ont été sinon suscités, du moins favorisés par la Séparation, dont les caractéristiques juridiques et politiques ont

¹ Principalement : Jacques Chevallier, « L'Etat de droit », *R.D.P.*, 1988, p 313-380 ; Philippe Raynaud, « Des droits de l'homme à l'Etat de droit chez les théoriciens français classiques du droit public », *Droits*, n°2, 1985, p 61-73 ; Marie-Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions doctrinales de la Doctrine Publiciste Française (1879-1914)*, Thèse, Economica/PUAM, 1992 ; Marc Loiseau, *Le concept d'Etat de droit dans la doctrine juridique française*, Thèse, Paris II, 2000 ; Luc Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2002 ; Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003.

² Voir notamment, pour la description de l'âge d'or du recours pour excès de pouvoir au début du XX^e siècle : Pierre Landon, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, BDP, n°51, LGDJ, 1962 ; François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995 ; Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002.

conduit le juge de l'excès de pouvoir à adapter son contrôle aux valeurs et aux principes des institutions républicaines, en inscrivant la protection effective des libertés publiques au cœur de son office. Dès lors, le contentieux de la police des cultes après la Séparation apparaît comme une étape de la construction du recours pour excès de pouvoir républicain, à la fois du point de vue de la conception de ses missions par le juge et de l'approfondissement du contrôle juridictionnel. Ce sont ces phénomènes de modernisation du contrôle juridictionnel, dans le sens d'une meilleure limitation de l'administration par le droit, qui font du contentieux de la Séparation une étape de l'histoire de l'Etat de droit en France.

Les objectifs de la recherche étant précisés, il faut présenter les principales sources sur lesquelles s'appuie l'étude.

§ 3. – *Les principales sources exploitées.*

12. L'activité juridique de la III^e République relative à la Séparation représente un corpus important encore sous-exploité.

La jurisprudence administrative est le principal objet d'étude. Elle est particulièrement abondante sous la III^e République, le Conseil d'Etat ayant rendu des centaines d'arrêts appliquant la loi de 1905 et les textes connexes ; un grand nombre de ces décisions a fait l'objet d'une publication dans le *Recueil Lebon* et dans les diverses revues juridiques de l'époque. L'exemple du contentieux de la police des cultes est spécialement illustratif de l'ampleur quantitative du contentieux de la Séparation. Ainsi, dès les années 1906/1907 et jusqu'aux années 30, la matière des manifestations extérieures du culte constitue un chapitre spécifique dans l'index du *Recueil Lebon*, alors que toutes les autres matières de police sont agrégées dans un chapitre résiduel. Cette forme de classement indique l'importance quantitative de ce contentieux au sein de l'activité du juge administratif.

Puisque la problématique de cette étude porte sur les rapports entre les institutions républicaines et le contrôle juridictionnel de l'administration, il est naturel de se concentrer sur l'analyse de la jurisprudence administrative. Ceci étant, la juridiction judiciaire a eu à connaître de plusieurs aspects de la Séparation, mais son apport retient moins l'attention en raison de son ampleur quantitative plus modeste, et de l'audace moins marquée du juge judiciaire. Pour autant, la

jurisprudence judiciaire sera abordée quand la démonstration le rendra nécessaire, pour compléter les explications ou mettre en lumière la portée de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Enfin, les conclusions des commissaires du gouvernement font l'objet d'une exploitation systématique. Il est entendu que cet élément de la procédure devant la juridiction administrative n'est pas en lui-même une source du droit. Néanmoins, il s'agit d'une catégorie de documents particulièrement importante dans le cadre de la présente recherche. Le commissaire du gouvernement a pour fonction de présenter l'affaire à juger puis de proposer en toute indépendance la solution à donner. Par ses conclusions, il éclaire un arrêt parfois trop bref ou laconique et présente souvent une véritable théorisation organisée et cohérente d'un point de droit¹, visant à exposer clairement aux parties les enjeux juridiques de l'affaire et à convaincre la formation de jugement². Le rôle du commissaire le conduit donc à construire des argumentations critiques, exploitant le cas échéant la doctrine universitaire ou proposant des théories propres. Par ses méthodes et sa position dans le processus juridictionnel, le commissaire du gouvernement est ainsi un membre à part entière de la doctrine, plus précisément le personnage central de la « *doctrine jurisprudentielle* »³. Puisque nous avons pour objectif de mettre en lumière les interactions entre les institutions républicaines et la jurisprudence, il est nécessaire de chercher dans les conclusions, autant qu'il est possible, la formulation des intentions du juge administratif, le signe des influences politiques et intellectuelles qui touchent le Conseil d'Etat, et la trace des débats, au sein de la juridiction, sur le sens et la portée de la jurisprudence.

13. L'étude de la doctrine est un complément indispensable à celle de la jurisprudence. Elle est d'autant plus intéressante que le thème de la séparation des Eglises et de l'Etat a généré une importante activité doctrinale sous la III^e République dont le souvenir s'est perdu de nos jours. Jusqu'à la fin des années 30, des dizaines de thèses ont été écrites sur les divers aspects de la matière ; de nombreux périodiques ont contribué à la connaissance et au commentaire juridique du

¹ Maryse Deguerge, « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *Droits*, 1994, n°20, p 125-132.

² Jacques-Henri Stahl, « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *R.A.*, 1997, n°spécial, p 36-39.

³ Jean Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1955, p 27-36 ; Jean-Jacques Bienvenu, « Les origines et le développement de la doctrine », *R.A.*, 1997, n°spécial, p 13-16 ; Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p 118 et s. Ce phénomène explique le succès du thème du dialogue entre la jurisprudence et la doctrine. Voir notamment Maryse Deguerge, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, BDP, LGDJ, 1994 ; Jean Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1955, p 27-32 ; Charlotte Bayle-Kalinowski, *L'arrêt Terrier : un exemple des rapports entre la doctrine et la jurisprudence*, Mémoire DEA, Paris II, 2003.

nouveau droit des cultes¹ ; enfin, beaucoup de maîtres du droit public ou privé ont abordé la question de la Séparation et de la laïcité, comme le montre l'apport décisif de Maurice Hauriou², mais aussi les contributions d'Adhémar Esmein³, Léon Duguit⁴, Gaston Jèze⁵, Joseph Barthélémy⁶, Raymond Saleilles⁷, Léon Michoud⁸, Henri Berthélémy⁹ ou Léo Goldenberg¹⁰.

14. Enfin, outre les sources juridiques de la III^e République, la recherche exploite les acquis récents de l'historiographie sur la Séparation. A la faveur du regain d'intérêt pour l'histoire politique depuis une trentaine d'années, il existe désormais d'importants travaux sur l'idée séparatiste et l'idéologie laïque, sur le processus politique d'adoption de la loi de 1905 et sur la signification sociale de la Séparation¹¹. Ces acquis scientifiques rendent possible la mise en relation étroite de l'activité du juge administratif avec le contexte politique de la Séparation.

§ 4. – Les bornes chronologiques de l'étude.

¹ Dont : *Recueil Dalloz périodique*, le *Recueil Sirey*, la *Revue du droit public*, la *Revue générale d'administration*, la *Revue des institutions culturelles*, la *Revue catholique des institutions et du droit*, la *Revue d'organisation et de défense religieuse*.

² Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Sirey, 1916 ; Maurice Hauriou, *Précis de droit public et administratif*, Sirey, 12^{ème} éd, 1933, rééd Dalloz, 2002 ; Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, Sirey, 1929 ; et Maurice Hauriou, *Notes d'arrêts sur les décisions du Conseil d'Etat et du tribunal des conflits*, 3 tomes, rééd La Mémoire du droit, 2000.

³ Adhémar Esmein, *Traité de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd, Sirey, 1914, p 1175 et s

⁴ Léon Duguit, *Le régime du culte catholique antérieur à la séparation et les causes juridiques de la séparation*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1907 ; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925.

⁵ Gaston Jèze, *Principes fondamentaux du droit administratif*, tome II, 3^{ème} éd, 1930, rééd Dalloz, 2004.

⁶ Joseph Barthélémy, *Précis de droit public*, 1937, rééd Dalloz, 2006

⁷ Raymond Saleilles, « Etude de l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.T.D.civ.*, 1906, p 847-874 ; Raymond Saleilles, « Le régime juridique de la séparation », *R.I.C.*, 1907, p 185-208.

⁸ Léon Michoud, « Une organisation légale des associations culturelles », *R.I.C.*, 1906, p 247-267.

⁹ Henri Berthélémy, *Précis de droit administratif*, 9^{ème} éd, Paris, 1920, p 251 et s

¹⁰ Léo Goldenberg, *Le Conseil d'Etat, juge du fait. Etude sur l'administration des juges*, Thèse, Dalloz, 1932.

¹¹ Parmi les principaux ouvrages et articles : Jacqueline Lalouette, « Laïcité et séparation des Eglises et de l'Etat : esquisse d'un bilan historiographique (2003-2005) », *Revue historique*, n°4, 2005, p 849-870 ; Jacqueline Lalouette, *La séparation des églises et de l'Etat. Genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. l'Univers Historique, 2005 ; Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001 ; Jacqueline Lalouette, *La République anticléricale, XIXe-XXe siècles*, Le Seuil, coll. l'Univers Historique, 2002 ; Jean-Marie Mayeur, *La question laïque, XIXe-XXe siècle*, Fayard, 1997 ; Jean-Marie Mayeur, *La séparation des Eglises et de l'Etat*, Les éditions de l'atelier, 2005 ; Claude Nicolet, *L'idée républicaine en France, 1789-1924*, Gallimard, 1994 ; Laurence Loeffel, *La question du fondement de la morale laïque sous la IIIe République, 1870-1914*, PUF, 2000 ; Maurice Larkin, *L'Eglise et l'Etat en France, 1905 : la crise de la Séparation*, Privat, 2004 ; Jean-Paul Scot, « L'Etat chez lui, l'Eglise chez elle ». *Comprendre la loi du 1905*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2005 ; Patrick Weil (dir), *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, PUF, 2007 ; *Revue Vingtième siècle*, n°87, juillet-septembre 2005, Presses de Science-po (Laïcité, séparation, sécularisation, 1905-2005).

15. Plusieurs facteurs caractérisent l'unité de la III^e République du point de vue du contentieux de la Séparation, justifiant ainsi la limitation de l'étude à cette période.

Il s'agit en premier lieu du facteur quantitatif, déjà évoqué ; à partir de 1906, le nouveau droit des cultes génère un volume important de contentieux administratif, qui croît dans les années 1910/1920 puis décroît lentement dans les années 1930. Après la Seconde Guerre mondiale, le volume du contentieux administratif lié à la Séparation devient beaucoup plus modeste. Ainsi donc, la III^e République est la seule période où le contentieux de la Séparation est en tête des matières traitées par le juge administratif. Cet aspect quantitatif se double d'un intérêt doctrinal marqué pour la question de la Séparation pendant la III^e République, dont l'intensité décline fortement à partir des années 1940.

Ensuite, et surtout, la III^e République représente le premier cycle de l'application de la loi de Séparation, celui de la difficile implantation de la laïcité de l'Etat. Après 1905, le succès de la réforme est menacé par la poursuite des conflits religieux, par le refus de la loi par les catholiques et par les ambiguïtés qui brouillent la politique d'apaisement des gouvernements républicains. La réforme traverse ces turbulences avec succès, de sorte qu'au milieu des années 1920, la Séparation s'enracine définitivement dans les institutions et le droit français, à la faveur d'une volonté convergente d'apaisement de l'Etat républicain et de l'Eglise catholique ; à la fin de la III^e République, la période des querelles religieuses inaugurée dans les années 1880 se clôt¹. Or, cette paix religieuse et la réussite de la Séparation ont été grandement facilitées par la jurisprudence du Conseil d'Etat postérieure à la loi de 1905. Le juge administratif est un acteur central des premières années d'application de la Séparation et, à ce titre, l'apport de sa jurisprudence pendant cette époque mérite une attention spécifique.

Ceci étant dit, notre problématique impose d'élargir l'angle de vue chronologique, pour bien comprendre la portée du contentieux de la Séparation. Ainsi, il faudra se pencher sur la tradition juridique concordataire du XIX^e siècle pour caractériser les spécificités de la notion juridique de

¹ Les acquis de la III^e République sont confirmés et consolidés après la Seconde Guerre mondiale. Ainsi, le principe de la laïcité de l'Etat figure dans la Constitution du 27 octobre 1946 (Il faut toutefois nuancer cette consécration constitutionnelle en précisant que les constituants ne se sont accordés à ce sujet qu'au prix du maintien de l'ambiguïté sur le sens de la laïcité, certains privilégiant la laïcité-séparation tandis que d'autres avaient surtout à l'esprit la notion de liberté religieuse ; voir Guy Haarscher, *La laïcité*, PUF, coll. Que sais-je ?, 3^{ème} éd, 2005, p 82-83 ; Claude Langlois, « Depuis 60 ans la République est laïque, réflexion sur une vocation tardive », *Vingtième siècle*, n°87, 2005, p 11-20 ; J-B Trotabas, *La notion de laïcité dans le droit de l'église catholique et de l'Etat républicain*, Thèse, LGDJ, 1961). Sous la III^e République, l'effort d'apaisement commence par le rétablissement des relations diplomatiques entre la France et le Saint-Siège et se poursuit en 1924 par la négociation, entre le Pape XI et le gouvernement français de Poincaré, du statut d'association diocésaine destiné à assurer l'exercice légal du culte catholique (Jean-Marie Mayeur, *La séparation des Eglises et de l'Etat*, Editions de l'atelier, 2005, p 195 et s). Il est consommé en 1945, année de la déclaration de l'épiscopat français du 13 novembre, par laquelle l'Eglise de France accepte la laïcité strictement juridique de l'Etat, tout en maintenant sa réprobation envers le laïcisme qui défend, selon la déclaration, une conception matérialiste et athée du monde et entend affranchir l'Etat de toute morale supérieure (Jean-Paul Costa et Guy Bedouelle, *Les laïcités à la française*, PUF, 1998, p 12).

laïcité ; de même, afin de retracer certains aspects de la construction du recours pour excès de pouvoir républicain révélés par le contentieux de la police des cultes, il sera indispensable d'analyser les développements du recours pour excès de pouvoir à la fin du XIXe siècle, spécialement au cours du Second Empire et dans les premières décennies de la IIIe République.

§ 5. – Plan.

16. Il est entendu que l'approche que nous adoptons ne se limite pas à rendre compte de l'apport du juge administratif à l'application de la loi de Séparation. Plus largement, il s'agit d'aborder, à travers ce contentieux, une manifestation de l'histoire de la justice administrative républicaine et des rapports entre les institutions républicaines et le contrôle juridictionnel de l'administration. C'est pour cette raison que la recherche ne s'intitule pas « le contentieux administratif de la Séparation sous la IIIe République », mais « le juge administratif et la séparation des Eglises et de l'Etat sous la IIIe République ». Cela implique une appréhension large du sujet. Il faudra ainsi analyser l'émergence de la notion juridique de séparation des Eglises et de l'Etat, pour bien comprendre l'apport du juge à cet élément central des institutions républicaines. De même, nous retracerons le parcours historique du recours pour excès de pouvoir, en nous intéressant à ses liens avec les différents systèmes institutionnels dans lesquels il s'est développé dans la seconde moitié du XIXe siècle.

17. Logiquement, les deux grandes parties de la recherche sont structurées en fonction des deux grandes articulations de la problématique. Ainsi, nous allons d'abord étudier la contribution du juge administratif à la construction du régime de la Séparation (Partie I.). Ensuite, nous montrerons que le contexte législatif et politique de la Séparation a contribué à la construction du recours pour excès de pouvoir républicain par le biais du contentieux de la police des cultes (Partie II.).

Partie I. – La contribution du juge administratif à la construction du régime de la Séparation.
Partie II. – La contribution de la Séparation à la construction du recours pour excès de pouvoir républicain.

PARTIE I

LA CONTRIBUTION DU JUGE ADMINISTRATIF A LA CONSTRUCTION DU REGIME DE LA SEPARATION.

18. Le sens et la portée de l'apport du juge administratif à la construction du régime de la Séparation ne sauraient convenablement se comprendre sans retracer préalablement la naissance de la notion juridique de séparation des Eglises et de l'Etat. En effet, le Conseil d'Etat n'a pas inventé les notions juridiques de séparation des Eglises et de l'Etat et d'Etat laïque. C'est avant tout l'action du législateur qui a transformé l'idée politique et philosophique de laïcité, construite au cours du XIXe

siècle, en règle de droit positif. Par ailleurs, après l'adoption de la loi du 9 décembre 1905, la jurisprudence du Conseil d'Etat se développe dans un contexte intellectuel renouvelé marqué par l'élaboration doctrinale d'une théorie juridique de l'Etat laïque rompant nettement avec les traditions séculaires du droit concordataire. La loi de 1905 entraîne donc un changement de perspective théorique qui consacre un nouveau système de références juridiques dans lequel le juge administratif construit sa jurisprudence.

19. Dans ce contexte, le rôle du juge administratif ne consiste pas à créer de toutes pièces une nouvelle catégorie juridique, mais n'en reste pas moins capital. Ayant à mettre en œuvre la loi de 1905, à transposer dans sa jurisprudence la notion de Séparation, le Conseil d'Etat est confronté à deux principales exigences. Il doit d'abord préciser, concrétiser, déterminer les conséquences pratiques des principes généraux et abstraits posés par le titre 1^{er} de la loi de 1905, c'est-à-dire les libertés de conscience et des cultes et la neutralité religieuse de l'Etat. A cet égard, le juge est face à de multiples questions : faut-il privilégier la rupture ou la continuité dans les opérations de liquidation du passé concordataire ? Quel sens donner au principe de neutralité ? Ce dernier doit-il être compris comme interdisant toute connaissance des cultes par l'Etat, ou permet-il au contraire certains points de contacts ? De même, le principe de non-subventionnement implique-t-il ou non l'impossibilité absolue de tout lien financier entre l'Etat et les cultes ?

Ensuite, le Conseil d'Etat doit combler les lacunes de la loi. Le statut des édifices du culte catholique représente l'enjeu principal car le rejet de la loi de Séparation par les catholiques rend la question incertaine et problématique. Sur ce point, l'œuvre du juge administratif est décisive et contribue fortement à rétablir la paix religieuse dans les deux dernières décennies de la III^e République.

Sur les différents points évoqués, l'apport de la jurisprudence administrative fait du Conseil d'Etat un acteur central de la construction du régime de la Séparation. Avant d'étudier la teneur et le sens de cette contribution (Titre II.), il nous faut éclairer le contexte de l'activité du juge administratif, en retraçant l'émergence de la notion juridique de séparation des Eglises et de l'Etat (Titre I.).

Titre I. – L'émergence de la notion juridique de séparation des Eglises et de l'Etat.

Titre II. – L'œuvre du Conseil d'Etat, ou l'apaisement par la jurisprudence.

TITRE I

L'EMERGENCE DE LA NOTION JURIDIQUE DE SEPARATION DES EGLISES ET DE L'ETAT.

20. La loi du 9 décembre 1905 représente l'acte de naissance de la *notion juridique* de séparation des Eglises et de l'Etat en France. Son adoption est l'aboutissement d'un long et difficile processus politique et juridique qui s'accélère sous le Second Empire, époque au cours de laquelle la doctrine laïque gagne en consistance et en importance politique.

A partir des années 1880, la notion de laïcité acquiert un statut ambigu. Elle est d'abord un élément du programme des gouvernements républicains ayant vocation à être transcrit en droit positif. Mais elle est aussi une doctrine de combat dans les luttes politiques qui se développent entre l'Eglise catholique et les institutions républicaines. Du point de vue juridique, le législateur républicain consacre un certain nombre de séparations partielles¹ concernant l'école, les hôpitaux, ou encore les cimetières. Mais de séparation complète entre les cultes et l'Etat, il n'est point encore question dans les trente premières années de la République. Cette dernière s'accommode alors très bien d'un régime concordataire qui lui assure un contrôle efficace sur l'Eglise. Il a fallu la conjonction de circonstances politiques diverses pour que la laïcité de l'Etat – doctrine officielle des institutions républicaines – devienne un principe d'application générale en vertu de la loi de 1905. Pour bien saisir l'esprit de la Séparation, et le contexte dans lequel le juge administratif en a assuré l'application, il faudra se pencher sur cette genèse politique de la loi de 1905.

¹ Selon l'expression de Jacqueline Lalouette in, *L'Etat et les cultes, 1789-1905-2005*, Le Seuil, coll. Repères, 2005, p 25.

21. Par ailleurs, il faudra s'intéresser aux mutations de la dogmatique juridique¹ en matière de droit des cultes. A cet égard, la théorie juridique de l'Etat laïque a dû rompre avec la forte tradition juridique des cultes reconnus qui domine le droit français à partir de la conclusion du Concordat (26 messidor an IX) et de l'adoption des Articles Organiques (loi du 18 germinal an X), jusqu'à la loi du 9 décembre 1905. Au cours de cette longue période, les références communes des juristes en matière de cultes sont étrangères aux principes de l'Etat laïque. Fondamentalement gallicans pour la plupart, attachés au contrôle de l'Etat sur les cultes, à une conception restrictive des libertés de conscience et des cultes, soucieux de l'utilité sociale de la religion, les juristes du XIXe siècle n'ont pas perçu la laïcité et la séparation des Eglises et de l'Etat comme des notions utiles et intéressantes, et n'ont pas su les penser comme objets juridiques.

Pourtant, la séparation des Eglises et de l'Etat est un thème ancien en 1905 : la France en a fait l'expérience institutionnelle sous la Constitution du 5 Fructidor an III et pendant la Commune. Par ailleurs, l'idée a fait son chemin au cours du XIXe siècle, au sein de différentes traditions de pensée politique et philosophique, et devient un aspect majeur du débat politique à partir des années 1860 jusqu'à la loi du 9 décembre 1905. Aussi, alors qu'au XIXe siècle, les thèmes de la Séparation et de la laïcité jouissent d'une importance politique et philosophique majeure, le développement de *l'analyse juridique* de ces notions est notoirement tardif et ne commence véritablement qu'en 1905. Ce n'est que lorsque la Séparation devient un élément du droit positif qu'un mouvement doctrinal élabore des théories juridiques destinées à rendre compte des nouvelles notions juridiques ; ces doctrines contribuent à la formation d'une nouvelle tradition d'analyse juridique du droit des cultes et accompagnent l'œuvre jurisprudentielle construite par le Conseil d'Etat à l'occasion de la mise en œuvre de la Séparation.

Les questions qui viennent d'être évoquées seront abordées en deux temps :

Chapitre I. – L'impensé de la Séparation dans la tradition juridique des cultes reconnus.

Chapitre II. – L'avènement de la Séparation et sa réception par les juristes.

¹ Nous employons ce terme en nous fondant sur la définition qu'en donne Michel Troper. Selon ce dernier, la dogmatique juridique désigne une activité qui « vise à organiser et systématiser le droit de manière à déterminer, à partir des textes exprimant des règles générales, quels sont les cas auxquels ces règles s'appliquent et, à propos d'un cas donné, quelles sont les règles applicables. Si elle est appelée "dogmatique", c'est qu'elle présuppose l'adhésion à un certain nombre d'idées, qui ne sont pas mises en cause : que le législateur est rationnel ; que les énoncés ont un sens ; que ce sens peut être découvert ; que le système est complet, c'est-à-dire ou bien que le droit positif ne comporte pas de lacunes ou de contradictions, ou que celles-ci peuvent être éliminées au moyen de certaines méthodes ; enfin, qu'on peut, par un raisonnement logique, connaître la norme applicable à n'importe quel cas particulier. ». Voir Michel Troper, *La philosophie du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2006, p 60 et s.

CHAPITRE I

L'IMPENSE DE LA SÉPARATION DANS LA TRADITION JURIDIQUE DES CULTES RECONNUS.

22. Le discours juridique sur le droit des cultes au XIXe siècle se caractérise par l'indifférence voire l'hostilité des juristes envers l'idée de séparation des Eglises et de l'Etat, au point qu'il est possible de diagnostiquer un véritable *impensé* de la Séparation dans la doctrine sur les cultes à cette époque (Section II.). Avant d'étudier cette tendance de la doctrine, il convient d'exposer les grands traits du système des cultes reconnus, à partir duquel les juristes ont mené leurs réflexions (Section I.). Précisons que dans les développements qui suivent, nous avons limité nos investigations à la production doctrinale de la seconde moitié du XIXe siècle. Ce choix est motivé par deux principales raisons : le réalisme d'une part, qui imposait de ne pas donner à la recherche des dimensions qui excèdent les limites du raisonnable ; d'autre part, il nous est apparu qu'ayant pour objectif d'éclairer le contexte dans lequel la séparation des Eglises et de l'Etat a été consacrée en droit positif, il fallait se concentrer sur la période au cours de laquelle la notion de Séparation se développe fortement, c'est-à-dire schématiquement depuis les années 1860.

Section I. – Le cadre de la réflexion : le système des cultes reconnus.

23. Le système des cultes reconnus a pour origine l'entreprise de refondation napoléonienne incarnée par le Concordat de 1801. Dès son accession au pouvoir, Bonaparte s'intéresse à la question religieuse à plusieurs titres. Il entend d'abord ramener la paix civile et rétablir la religion qu'il considère comme la base de la morale et des bonnes mœurs. Dans le même temps, il souhaite obtenir du pape, par une alliance bien comprise, un soutien à sa volonté de puissance en France et en Europe¹. Pour cela, il est conscient qu'il doit régler la grave crise religieuse que connaît la France.

Cette crise s'est nouée en deux grandes phases sous la Révolution. Le premier moment est dominé par la nationalisation des biens ecclésiastiques, la Constitution civile du clergé du 12 juillet

¹ Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. l'Univers Historique, 2005, p 57 et s ; Jacques Le Goff et René Rémond (dir), *Histoire de la France religieuse*, tome III, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2001, p 96 ; Raoul Bompard, « La conclusion et l'abrogation des concordats », *R.P.P.*, 1903, p 30-56, p 39 et s.

1790 et l'obligation du serment de fidélité à la Constitution imposée aux ministres du culte. Ces trois événements suscitent l'hostilité d'une partie du clergé et aboutissent à un schisme entre les prêtres constitutionnels, qui acceptent le nouvel ordre constitutionnel, et les réfractaires, qui le rejettent¹. Cette première phase révèle les profondes divisions du clergé catholique face aux nouveaux principes politiques de la Révolution ; elle est suivie, vers 1792-1793, par des périodes de déchristianisation et de persécutions contre les prêtres réfractaires puis constitutionnels, qui se poursuivent jusqu'à la fin de l'expérience révolutionnaire².

Héritant de cette situation, Bonaparte entame des négociations avec le Saint-Siège en 1800. A l'issue d'âpres discussions³, un Concordat de 17 articles est signé le 26 Messidor an IX par Napoléon et le Pape Pie VII. Ce texte permet aux deux parties d'atteindre leurs objectifs principaux. Napoléon, qui souhaite stabiliser les situations patrimoniales résultant de la vente des biens du clergé, obtient du pape la promesse, formulée par l'article 13 du Concordat, que les propriétaires de biens ecclésiastiques ne seront pas troublés. De même, l'Empereur entend organiser les différents cultes pratiqués en France et assurer leur coexistence pacifique. C'est pourquoi durant les négociations, Bonaparte écarte avec constance toute idée de faire du catholicisme une religion d'Etat. Le Saint-Siège est finalement contraint d'accepter le compromis du préambule qui se limite au simple constat factuel d'une supériorité numérique du catholicisme, rompant ainsi nettement avec le système d'Ancien Régime dans lequel l'Etat et l'Eglise entretenaient une véritable union dogmatique⁴ : « *Le gouvernement de la République française reconnaît que la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de la grande majorité des citoyens français, Sa Sainteté également que cette même religion a retiré et attend encore en ce moment le plus grand bien et le plus grand éclat de l'établissement du culte catholique en France et de la profession particulière qu'en font les Consuls de la République.* ». Le Pape a donc dû consentir d'importantes concessions, mais obtient le rétablissement du libre exercice du culte catholique en France et la fin du schisme de l'Eglise de France entre les constitutionnels et les réfractaires⁵.

¹ Jacqueline Lalouette, *L'Etat et les cultes, 1789-1905-2005*, La Découverte, coll. Repères, 2005, p 6 et s ; François Furet, « Constitution civile du clergé », in *Dictionnaire critique de la Révolution française. Institutions et créations*, François Furet et Mona Ozouf (dir), Champs-Flammarion, 1992.

² Michel Vovelle, *La Révolution française, 1789-1799*, Armand Colin, 1998, p 145 et s.

³ Boulay de la Meurthe, *Documents sur la négociation du Concordat et sur les autres rapports de la France avec le Saint-Siège*, Paris, 1891-1897. Voir aussi Jacques-Olivier Boudon, *Napoléon et les cultes*, Fayard, 2002.

⁴ Jean-Michel Leniaud, *L'administration des cultes pendant la période concordataire*, NEL, 1988, p 17.

⁵ Les articles 2 et 3 du Concordat prévoient respectivement le redécoupage des circonscriptions ecclésiastiques de concert entre le gouvernement français et le Saint-Siège, et la démission de tout l'épiscopat en place au moment du Concordat, dans le but de nommer un tout nouveau clergé et d'éteindre le schisme. Toutefois, l'acceptation du Concordat ne se fait pas sans difficultés et résistances dans les premières années du XIXe siècle ; voir Bernard Plongeron, « Face au Concordat (1801), résistances des évêques anciens constitutionnels », *Annales historiques de la Révolution française*, n°337, 2004, p 85-115.

24. Du point de vue juridique, l'initiative napoléonienne renoue en partie avec la tradition des concordats née au cours du XIII^e siècle pour régler les relations entre l'Eglise catholique et les Etats européens naissants. Au départ, ces conventions, dont la dénomination ne s'est fixée qu'au XV^e siècle, avaient pour fonction d'organiser les aspects temporels des relations entre les Etats et l'Eglise. Mais peu à peu, le champ des concordats s'est étendu à un grand nombre de questions, y compris spirituelles¹, consacrant ainsi une alliance très étroite entre les monarques et la religion catholique.

La convention de 1801 se distingue de cette tradition concordataire d'Ancien Régime, et notamment du Concordat de Bologne conclu en 1516 entre François 1^{er} et le Pape Léon X, en vigueur jusqu'à la Révolution. En effet, si une position particulière est accordée au culte catholique du fait de son importance numérique et historique, le Concordat se garde d'en tirer la conséquence que seul le catholicisme doit être reconnu en France ; l'idée de religion d'Etat qui dominait l'Ancien Régime est donc abandonnée. La législation qui complète le Concordat consacre plutôt un pluralisme religieux. La loi du 18 Germinal an X, qui promulgue le Concordat en France, contient ainsi les 77 Articles Organiques du culte catholique et les 44 Articles Organiques des cultes protestants reconnaissant l'Eglise réformée de France (calvinistes) et l'Eglise de la confession d'Augsbourg (luthériens). Ensuite, en 1808, plusieurs décrets reconnaissent et organisent la religion juive. Quant aux cultes non-reconnus, ils n'ont aucune existence publique, ne sont pas rémunérés et voient leur liberté fortement limitée.

Il faut préciser que si le Concordat et les Articles Organiques constituent le point de départ et la pièce maîtresse du système des cultes reconnus, ils n'en sont pas l'unique élément. La législation cultuelle du XIX^e siècle compte de multiples sources très disparates, à commencer par une masse de règlements, circulaires et instructions qui a contribué à complexifier un droit faussement considéré comme simple s'il est réduit au Concordat et aux Articles Organiques. A cet ensemble, viennent s'ajouter les dispositions des constitutions qui se sont succédées au XIX^e siècle, plusieurs dispositions pénales, touchant notamment au droit de réunion et au droit d'association, ainsi que des règles spécifiques étrangères au droit concordataire relatives à l'enseignement et aux congrégations. Avant de donner un aperçu des régimes des quatre cultes reconnus et des cultes non-reconnus (§2.), il faut s'attarder sur la logique et les grands principes du système des cultes reconnus, pour cerner l'unité de cette forme d'organisation des rapports entre les religions et l'Etat (§1.).

¹ Franck Roumy, « Le concept de concordat dans la doctrine canonique des XVI^e-XVIII^e siècles », in *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'union européenne*, Brigitte Basdevant-Gaudemet et Pierre Messner (dir), PUF, 1999, p 35 et s.

§ 1. – *Les grands principes du système des cultes reconnus.*

25. Le système des cultes reconnus ne se réduit pas à la juxtaposition des régimes propres aux quatre religions jouissant d'un statut légal en France. Il existe aussi des principes communs qui en expriment l'esprit général. Deux principes coexistent : d'une part, l'affirmation des libertés de conscience et des cultes, dont l'exercice est en théorie uniquement limité par le droit de police de l'Etat¹ ; d'autre part, l'existence de cultes privilégiés, distingués par la puissance publique et bénéficiant d'un statut officiel. Cette reconnaissance fait bénéficier les religions concernées d'avantages matériels et symboliques divers et confère à l'administration des pouvoirs étendus d'intervention dans l'organisation et le fonctionnement des confessions reconnues². Toutefois, dans le système voulu par Bonaparte, l'Etat se contente d'établir et d'organiser l'exercice public des cultes reconnus, sans prendre parti sur leurs aspects spirituels et théologiques. Aux yeux de l'Etat, le

¹ La liberté de religion et l'égal traitement des cultes sont proclamés par la plupart des textes constitutionnels de la période, c'est-à-dire : l'article 5 de la Charte de 1814 et de la Charte révisée de 1830 ; la Constitution du 4 novembre 1848, dans le préambule et à l'article 7, la Constitution du 14 janvier 1852 aux articles 1^{er} et 26. Cette continuité apparente cache toutefois de grandes différences d'inspiration dans l'approche du droit des cultes par ces quatre régimes. Après l'échec du nouveau concordat de 1817, la Restauration maintient le Concordat de 1801 et les Articles Organiques, mais consacre le catholicisme comme la religion de l'Etat (article 6 de la Charte), rompant avec le constat simplement numérique du préambule du Concordat. L'article 7 maintient les traitements des ministres des cultes rémunérés à l'époque, c'est-à-dire les cultes « chrétiens », excluant ainsi le judaïsme. Le régime est donc marqué par une nette volonté, inspirée par l'Ancien Régime, de recréer une alliance dogmatique entre l'Etat et l'Eglise, qui se traduit du reste par une intense activité législative visant à replacer le culte catholique au cœur de la société et de la vie politique (René Rémond, *Religion et société en Europe, la sécularisation aux XIXe et XXe siècles*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2001). En 1830, la charte révisée supprime la référence à la religion de l'Etat et renoue avec le pluralisme religieux construit sous l'Empire. La Seconde République conserve la loi du 18 Germinal an X, en infléchissant le système des cultes reconnus dans le sens d'une plus grande égalité entre les religions. Le catholicisme n'est plus mentionné dans la Constitution, et l'article 7 prévoit qu'un traitement est versé « à tous les cultes actuellement reconnus pas la loi et à ceux qui seraient reconnus à l'avenir ». La Constitution du Second Empire contient des dispositions ambiguës en matière de cultes. La fidélité à l'héritage de la Révolution est affirmée puisque l'article 1^{er} proclame que « *La Constitution reconnaît, confirme et garantit les grands principes proclamés en 1789, et qui sont la base du droit public des français.* » (Jacques Godechot, *Les constitutions de la France depuis 1789*, Flammarion, 1995, p 292). L'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui protège la liberté de conscience, fait donc partie des références du Second Empire. Mais dans le même temps, l'article 26 charge le Sénat d'opérer une forme de contrôle de constitutionnalité, qui peut le conduire à s'opposer à la promulgation des lois contraires, notamment, « à la Constitution, à la religion, à la morale, à la liberté des cultes [...] » (Jacques Godechot, *Les constitutions de la France depuis 1789*, Flammarion, 1995, p 294). Par cette protection de la religion contre d'éventuelles atteintes législatives, le Second Empire semble renouer avec une certaine forme d'alliance dogmatique entre l'Etat et les cultes. Quoi qu'il en soit, l'absence d'une pratique significative du contrôle des lois par le Sénat pendant l'Empire empêche de préciser quel aurait pu être le sens exact de cette disposition (Antoinette Ashworth, « Le contrôle de constitutionnalité des lois par le Sénat du second Empire », *R.D.P.*, 1994, p 45-102). D'une manière générale, sur les libertés de conscience et des cultes dans le système des cultes reconnus, voir Théodore Ducrocq, *Cour de droit administratif*, tome I, 6^{ème} éd, Ernest Thorin, 1881, p 657 et s ; Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome III, Paris, p 1 et s ; *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853 ; N. De Berty, in *Dictionnaire de l'administration française* de Maurice Block, tome I, Berger-Levrault, 1877.

² Rita Hermon-Belot, « La genèse du système des cultes reconnus : aux origines de la notion française de reconnaissance », *Arch. sc. soc. des rel.*, 2005, n°129, p 17-35.

culte n'est plus une activité spéciale et supérieure aux fins terrestres, mais devient un simple *service public spirituel*. La religion est envisagée sous le seul angle de son utilité sociale. Dans son discours de l'an X sur l'organisation des cultes, Portalis a parfaitement synthétisé l'esprit de l'acte de reconnaissance : « *Protéger une religion, c'est la placer sous l'égide des lois ; c'est empêcher qu'elle ne soit troublée ; c'est garantir à ceux-ci qui professent la jouissance des biens spirituels comme on leur garantit la sûreté de leur personne et leur propriété. L'autorisation d'un culte suppose nécessairement l'examen des conditions suivant lesquelles ceux qui le professent se lient à la société, et suivant lesquelles la société promet de l'autoriser. La tranquillité publique n'est point assurée si l'on néglige de savoir ce que sont les ministres de ce culte, ce qui les distingue des simples citoyens et des ministres des autres cultes ; si l'on ignore sous quelle discipline ils entendent vivre et quels règlements ils promettent d'observer.* »¹. Par la reconnaissance, l'Etat assure aux confessions reconnues la liberté de la pratique quotidienne du culte et intervient dans la nomination des ministres du culte, dans leur traitement², dans l'organisation et la discipline, dans la gestion des

¹ Cité par Marceau Long et Jean-Claude Monier, *Portalis, l'esprit de justice*, Michalon, 1997, p 66. Voir aussi F. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801 par Jean-Etienne-Marie Portalis*, Paris, Joubert, 1845.

² Le statut des ministres des cultes confère des privilèges et emporte des restrictions. Le principal avantage est constitué par le traitement dont bénéficient les prêtres, les pasteurs et les rabbins. La nature exacte de ce traitement, et les conséquences juridiques qu'il faut en tirer, sont discutées au cours du XIXe siècle. Ceux qui conçoivent les cultes comme un service public considèrent que les traitements ecclésiastiques sont des salaires, versés en contrepartie du service rendu, qui consiste pour les ministres du culte à veiller à ce « *qu'aucune partie du territoire ne soit privée de la nourriture spirituelle* », selon l'expression de Vivien (Auguste Vivien de Goubert, *Etudes administratives*, Paris, 1859, 3^{ème} éd, tome II, rééd Cujas, 1974, p 259). Dans ce cadre, les ministres du culte sont considérés comme de véritables fonctionnaires, ou, du moins, comme des agents publics au statut légal (Pour la plupart des auteurs, les ministres du culte ne sont pas des fonctionnaires, mais des agents publics *sui generis*, qui disposent de prérogatives analogues aux fonctionnaires (notamment l'équivalent de la garantie des fonctionnaires prévue par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII). Cette distinction est fondée tantôt sur la dignité spirituelle des prêtres, qui interdit de les assimiler à de simples agents du gouvernement, tantôt sur l'absence de délégation de puissance publique conférée aux prêtres ; Voir Auguste Vivien de Goubert, *Etudes administratives*, Paris, 1859, 3^{ème} éd, tome II, rééd Cujas, p 259 ; Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome III, Cotillon, 1862, p 37 ; Théodore Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome I, 6^{ème} éd, Ernest Thorin, 1881, p 662 et s ; *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 762 ; Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 168). Pour les auteurs catholiques, les traitements des prêtres catholiques sont en revanche la contrepartie perpétuelle de la nationalisation des biens du clergé intervenue au début de la Révolution (Sur ce débat, voir Lucien Crouzil, *Les traitements ecclésiastiques*, Bloud et Cie., 1903). Quoi qu'il en soit, les ministres du culte ont bénéficié jusqu'en 1870 d'une protection proche de celle que l'article 75 de la Constitution du 22 Frimaire an VIII accorde aux agents de l'Etat. Toute poursuite contre un ministre du culte doit être autorisée par le Conseil d'Etat statuant selon la procédure de l'abus. A la fin du siècle, un décret-loi du 14 septembre 1870 abroge toutes les dispositions accordant aux agents publics une protection contre les poursuites. Le Conseil d'Etat, tirant des conséquences de cette abrogation, abandonne en 1880 sa jurisprudence sur l'autorisation préalable de poursuite des prêtres. Outre cette protection, les ministres du culte jouissent de divers honneurs lors des cérémonies civiles. Jean-Michel Leniaud note cependant que la pratique de ces distinctions symboliques décline au cours du XIXe siècle (Jean-Michel Leniaud, *L'administration des cultes pendant la période concordataire*, NEL, 1988, p 28). Les ministres du culte sont aussi exemptés du service militaire (lois du 21 mars 1832, loi du 27 juillet 1872). La loi du 15 juillet 1889 supprime cette exemption tout en aménageant les conditions d'incorporation des prêtres. Les fonctions ecclésiastiques sont par ailleurs incompatibles avec la fonction de juré et avec les mandats de maire, de conseiller municipal et de membre d'un conseil général. Enfin, les articles 201 à 208 du code pénal interdisent aux ministres du culte toutes les formes de censure du gouvernement, d'appel à la désobéissance, de critique de l'autorité, d'appel à l'insurrection et de correspondance sans autorisation avec une puissance étrangère (Sur

biens culturels et dans le règlement des conflits par le biais du recours pour abus¹. L'Etat exerce donc sur les cultes une action tutélaire définie en termes synthétiques par le *Répertoire Dalloz* en 1853 : « *Les cultes reconnus sont d'abord autorisés ; mais les cultes reconnus ne sont pas seulement autorisés, ils sont encore protégés, et ils sont protégés dans leurs ministres, dans leurs cérémonies et même dans leurs dogmes.* »². En des termes différents, Théophile Ducrocq indique quant à lui que le régime des cultes reconnus se compose de trois piliers, c'est-à-dire les libertés de conscience et de cultes, le droit de police de l'Etat sur *l'exercice public* du culte, et le droit d'intervention dans *l'organisation interne* des cultes reconnus³.

26. En affirmant simultanément le principe de la liberté et la compétence d'autorisation et de protection de l'Etat à l'égard des confessions reconnues, le droit des cultes du XIXe siècle est animé par une logique paradoxale, comme le montreront les défenseurs de la laïcité. En effet, comment ne pas heurter la conscience d'une partie des citoyens lorsque certains cultes sont protégés et soutenus par l'Etat ? Comment garantir l'effectivité de la liberté de l'exercice du culte quand le droit positif

l'ensemble de ce régime, voir la rapide présentation dans le *Dictionnaire de l'administration française* de Maurice Block, tome I, Berger-Levrault, 1877, p 728). Du point de vue du droit civil, le droit positif accorde sa sanction au dogme catholique en prohibant le mariage des prêtres. Le mariage des prêtres avait été autorisé sous la Révolution par la Constitution du 3 septembre 1791, qui ne reconnaissait plus les vœux religieux ou engagements perpétuels contraires au droit naturel. De même, la loi du 22 septembre 1792 relative au mariage, et le décret du 9 juillet 1793, punissaient les obstacles mis au mariage des prêtres. Le système des cultes reconnus consacre un changement radical de philosophie. Puisque désormais l'Etat protège les dogmes et les règles d'organisation catholiques, qui excluent formellement le mariage des prêtres, le droit concordataire l'interdit de nouveau. La jurisprudence étend même cette interdiction aux individus qui ont quitté la prêtrise (Cass. req., 21 février 1833, *Dumonteil C/ Dumonteil fils*, *Rep Dalloz*, tome 14, 1853, p 751 et Cass. req., 26 novembre 1844, *Houel*, *Rép Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 750). Cette position est justifiée par les articles 6 et 26 des Articles Organiques, qui soumettent les prêtres aux canons reçus en France, sous la protection et le contrôle de l'Etat. La doctrine complète cet argument par des considérations morales, presque contractuelles, tenant au respect de la parole donnée par ceux qui s'engagent dans la prêtrise, et par l'intérêt social qui s'attache à ce que les ministres du culte restent célibataires compte tenu des exigences de dignité, de probité et de confidentialité inhérentes à leurs fonctions, notamment la confession (*Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 756 et s).

¹ Vieille institution héritée de l'Ancien Régime, le recours pour abus est régi par les articles 6, 7 et 8 des Articles Organiques du culte catholiques, par l'article 6 des Articles Organiques des cultes protestants et par l'article 55 de l'ordonnance du 25 mai 1844 s'agissant de la religion juive (Voir sur le rôle important de la jurisprudence en matière d'abus du Conseil d'Etat pendant tout le XIXe siècle, voir Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Le jeu concordataire dans la France du XIXe siècle. Le clergé devant le Conseil d'Etat*, PUF, 1988. Le recours pour abus synthétise les deux principes du régime des cultes reconnus, en sanctionnant à la fois l'abus des autorités ecclésiastiques qui s'écartent des limites de l'acte de reconnaissance (L'abus des autorités ecclésiastiques est prévu par l'article 6 des Articles Organiques du culte catholique, qui distingue cinq cas d'abus : « 1. l'usurpation ou l'excès de pouvoir ; 2. la contravention aux lois et règlements de la République ; 3. l'infraction aux règles consacrées par les canons reçus en France ; 4. l'attentat aux libertés, franchises et coutumes de l'église gallicane ; 5. toute entreprise ou procédé qui, dans l'exercice du culte, peut compromettre l'honneur de citoyens, troubler arbitrairement leur conscience, dégénérer contre eux en oppression ou en injure ou en scandale public »), et l'abus civil des autorités publiques qui empiètent sur la liberté garantie aux catholiques (Article 7 des Articles Organiques du culte catholique : « Il y aura pareillement recours au Conseil d'Etat, s'il est porté atteinte à l'exercice public du culte et à la liberté que les lois et règlements garantissent à ses ministres. »).

² *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 730.

³ Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome I, 6^{ème} éd, Ernest Thorin, 1881, p 657 et s. Voir aussi Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome III, Cotillon, p 1 et s

impose de rigoureuses contraintes aux cultes non-reconnus ? Par ailleurs, le postulat de l'indifférence de l'Etat pour le contenu théologique des cultes n'est pas toujours parfaitement respecté au XIXe siècle, comme l'illustre le régime de la Restauration qui rétablit le catholicisme comme religion d'Etat. Dès lors, la reconnaissance des libertés de conscience et des cultes s'avère notoirement ambiguë dans le droit des cultes reconnus. Quelques exemples relatifs à la protection de la liberté de conscience permettent de saisir les particularités ainsi que les faiblesses de la logique du droit des cultes au XIXe siècle.

27. Au début de la Restauration, plusieurs litiges surviennent à propos de l'obligation faite aux protestants de tapisser la façade de leurs maisons sur le passage des processions catholiques. L'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation sur cette question illustre les hésitations du juge sur la portée de la liberté de conscience.

Par un arrêt *Demoiselle Madière c/ Ministère public* du 29 août 1817, la chambre criminelle de la Cour de cassation juge légal et conforme à la liberté des cultes proclamée par les articles 6 et 7 de la Charte, un règlement municipal qui oblige toute personne, y compris de confession protestante, à tapisser le devant de sa maison pour le passage d'une procession¹. Les motifs de la décision indiquent que « *les dispositions [de l'arrêté municipal incriminé] n'ont mis aucune entrave à l'exercice du culte particulier que peuvent professer les demandeurs.* ». La Haute Juridiction considère que dans le cas d'une procession catholique, l'obligation de tapisser est une simple marque de respect imposée aux citoyens, qui n'a pas de rapport avec le culte protestant et ne trouble pas son exercice. Aussi, la Cour de cassation postule implicitement que la liberté de conscience n'est atteinte que lorsque l'autorité municipale édicte des prescriptions qui conduisent un individu à renier sa propre confession ou à accomplir des actes positifs qu'il juge contraires à cette dernière. Cette position restrictive est abandonnée deux ans plus tard, à l'occasion d'un arrêt *Roman c/ Ministère public*² du 26 novembre 1819. Monsieur Roman, de confession protestante, est poursuivi devant le tribunal de police et condamné pour n'avoir pas tapissé sa maison au passage d'une procession, en violation d'un arrêté municipal du maire de la ville de Lourmarin. Le tribunal correctionnel confirme la condamnation et, sur pourvoi, la chambre criminelle annule l'arrêt et renvoie devant le juge du fond. Après un nouvel arrêt de condamnation par le tribunal de renvoi, la Cour de cassation rend une décision en sections réunies qui confirme l'illégalité de l'arrêté municipal d'interdiction. La Haute Juridiction se place sur le terrain de la compétence pour annuler l'arrêté sans se prononcer

¹ *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 724.

² *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 724-725.

sur la question de la conformité des arrêtés municipaux avec les libertés de conscience et des cultes¹. Sa position est toutefois parfaitement éclairée par le réquisitoire du procureur général Mourre : s'appuyant sur plusieurs dispositions d'Ancien Régime qui dispensent les protestants de l'obligation de tapisser, ce dernier explique que cette obligation est un acte religieux positif qui touche à la liberté de conscience, même s'il n'implique pas, dans l'espèce considérée, un trouble direct à la pratique du culte protestant².

28. Si cet épisode jurisprudentiel se solde *in fine* par une meilleure protection de la liberté de conscience, d'autres aspects du droit positif illustrent les nombreux facteurs d'ineffectivité de ce droit individuel dans le système des cultes reconnus. Il en est ainsi des dispositions qui garantissent la protection des dogmes des quatre confessions concernées. Au début du XIXe siècle, peu de dispositions concrétisent cette exigence en dehors de l'article 52 des Organiques qui dispose que « *les ecclésiastiques ne se permettront, dans leurs instructions, aucune inculcation directe ou indirecte soit contre les personnes, soit contre les autres cultes autorisés par l'Etat.* »³. A partir de l'année 1819, la législation s'enrichit de plusieurs textes qui accordent aux dogmes religieux une protection légale renforcée.

La loi du 17 mai 1819 est le premier de ces textes ; avec les lois des 24 mai et 9 juin 1819, elle organise le régime de la liberté de la presse dont le principe a été reconnu par la loi du 21 octobre 1814. L'article 8 de la loi du 17 mai 1819 punit les outrages publics à la morale publique et religieuse et aux bonnes mœurs, commis par des discours, menaces, écrits, ou dessins. Ce texte est complété par la loi du 25 mars 1822 étendant l'incrimination aux outrages directs contre la religion de l'Etat et les autres cultes légalement reconnus en France. Ces nouvelles infractions restreignent sensiblement la liberté de discussion des dogmes religieux. De plus, la rigueur des textes n'a été que peu atténuée par la jurisprudence, cette dernière hésitant entre une interprétation restrictive – donc libérale – des termes de l'incrimination, et une interprétation maximaliste. Ainsi, l'enseignement

¹ *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 724-725 : « attendu que l'ordre de tapisser l'extérieur des maisons pour les cérémonies d'un culte, ne serait relatif à aucun des objets de police spécifiés dans ces articles 3 et 4 [du titre XI du décret sur l'organisation judiciaire] ; qu'il ne pourrait particulièrement être considéré comme une mesure de police propre à prévenir le trouble dans des lieux ou il pourrait se faire de grands rassemblements d'hommes ; que les tribunaux de police ne pourraient donc connaître des désobéissances à cet ordre, ni leur infliger des peines, parce qu'ils n'ont reçu d'attribution de la loi, pour prononcer sur les contraventions aux arrêtés des corps municipaux, que relativement à ceux de ces arrêtés qui auraient été rendus sur des objets de police confiés à la vigilance de l'autorité municipale par les articles 3 et 4 de ladite loi du 24 août 1790, et l'article 46 de celle du 22 juillet 1791 ; ».

² *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 725.

³ Quant aux articles 260 et 261 du Code pénal de 1810, ils concernent plutôt les atteintes à la liberté des cultes, dans un esprit proche du droit contemporain. Le premier sanctionne ainsi les actes de contrainte qui tendent à forcer une personne à exercer ou à s'abstenir d'exercer un culte. Le second punit les individus qui commettent des désordres dans les lieux de cultes et troublent les cérémonies.

d'une confession très minoritaire comme le piétisme n'est pas constitutif d'une atteinte à la morale publique et religieuse¹. De même, la juridiction judiciaire considère que les lois de 1819 et 1822 ne permettent pas la condamnation de prévenus qui ont tenu des propos niant la divinité de Jésus Christ², ou encore la perpétuité du christianisme³. En revanche, dans un arrêt du 17 mars 1827, la chambre criminelle de la Cour de cassation rejette un pourvoi contre un arrêt qui condamne un éditeur sur le fondement de la loi du 25 mars 1822 pour avoir publié une version incomplète des Evangiles. Elle justifie sa décision en essayant difficilement de concilier la liberté de conscience proclamée par la Charte et le rôle de religion d'Etat joué par le catholicisme sous la Restauration : « *Qu'autant ils [les juges du fond] doivent de protection à la plus précieuse de nos libertés publiques, celle de manifester avec décence, modération et gravité ses opinions religieuses et de discuter celles des autres, autant ils doivent d'appui à la religion de l'Etat et aux autres communions chrétiennes établies dans le royaume ; que la liberté de discuter les dogmes religieux n'emporte pas celle de falsifier ou de mutiler les livres qui les renferment, en publiant des éditions incomplètes, fautives et subreptices de ces livres, dénuées de toute discussion, puisque de telles publications devraient plutôt être considérées comme des pièges tendus à l'ignorance, que comme des ouvrages de controverse philosophique et religieuse* »⁴. Cette argumentation, en pointant notamment la *fausseté* des livres incriminés, montre que la désimplification dogmatique de l'Etat consacrée par le système des cultes reconnus n'est pas parfaitement effective. Il faut dire que cet arrêt intervient sous le régime du XIXe siècle qui a sans doute pratiqué l'alliance la plus étroite entre le Trône et l'Autel.

C'est d'ailleurs sous la Restauration qu'intervient l'exemple symbolique de la loi sur le sacrilège, particulièrement illustratif de la relativité de la liberté de conscience à certaines époques de l'histoire du régime des cultes reconnus. Au début des années 1820, le gouvernement décide de réagir contre la vague d'impiété et d'incroyance que semble connaître le pays, parfois accompagnée de violences contre les objets du culte catholique, tels que les vases sacrés et les hosties⁵. Un premier projet tendant à punir ce type d'actes de dégradation est soumis à la discussion à la Chambre des Pairs en 1824. Il est jugé insuffisamment protecteur pour la religion de l'Etat par nombre de prélats, dont l'opposition fait échouer le projet. Aussi, le gouvernement dépose un second projet qui devient la loi du 20 avril 1825 *pour la répression des crimes et délits commis dans*

¹ Cass. crim., 3 août 1826, *Ministère public c/ Nordmann*, *Rép Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 734.

² Cour de Paris, 1^{ère} chambre, 22 janvier 1828, *Sénancourt C/ Ministère public*, *Rép Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 735.

³ Cour de Paris, chambres réunies, 17 décembre 1829, *Chatelain c/ Ministère public*, *Rép Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 735.

⁴ Cass. crim., 17 mars 1827, *Touquet c/ Ministère public*, *Rép Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 738.

⁵ Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. L'Univers Historique, 2005, p 94 et s.

les édifices ou sur les objets consacrés à la religion catholique ou aux autres cultes légalement établis en France, connue sous le nom de loi sur le sacrilège. Le texte comporte une première série de dispositions s'inscrivant dans le cadre classique de la protection des cultes reconnus. Le titre II de la loi incrimine ainsi les diverses modalités du vol dans les édifices consacrés aux cultes. En outre, le titre III aggrave les peines prévues par les articles du Code pénal de 1810 réprimant les troubles et autres destructions commises dans les lieux de culte. En revanche, l'article 1^{er} innove en ce qu'il incrimine le sacrilège, c'est-à-dire la profanation des vases sacrés et des hosties consacrées. La profanation, dispose l'article 2, peut résulter de voies de fait commises volontairement par haine ou mépris de la religion. S'il est commis publiquement, ou sur des vases contenant, au moment du crime, des hosties consacrées, le crime est puni de la peine de mort précédée d'une amende honorable du condamné. En l'absence de l'une de ces circonstances, l'accusé encoure les travaux forcés à perpétuité. Ainsi donc, la nouvelle incrimination institue un véritable crime religieux protégeant la vérité d'un dogme. Alors qu'une législation pénale neutre du point de vue dogmatique se serait bornée à réprimer le vandalisme et les destructions volontaires, l'article 1^{er} de la loi du 20 avril 1825 apporte une sanction pénale à des considérations de théologie catholique. Certes, la loi prévoit que les incriminations sont applicables à tous les cultes reconnus, mais son contenu vise en priorité la protection de la religion catholique : le sacrilège est en effet une notion de la théologie catholique, les vases sacrés et les hosties des éléments du rituel catholique. Par ailleurs, le caractère religieux de l'incrimination ressort de la définition de l'intention coupable – celle-ci devant révéler une haine ou un mépris de la religion – et de l'amende honorable imposée au condamné avant l'exécution de la peine de mort. La majorité de la doctrine ne s'y est d'ailleurs pas trompée. Aux partisans de la loi qui ont tenté de faire admettre que le texte sanctionnait une atteinte à l'ordre public et aux bases de la société civile, la plupart des juristes ont répondu que ces dispositions impliquaient nécessairement la reconnaissance par l'Etat de la vérité de la religion catholique, en rupture avec l'esprit du système des cultes reconnus¹. Emblématique des tendances théocratiques que le système concordataire a pu connaître, la loi sur le sacrilège n'a eu qu'une portée symbolique, en raison du faible nombre d'applications et de son abrogation rapide au début de la Monarchie de Juillet, par une loi du 11 octobre 1830².

Des développements qui précèdent, il ressort donc que les grands principes du système des cultes reconnus se démarquent nettement de l'esprit de la laïcité, en ce qu'ils consacrent une protection très imparfaite des libertés de conscience et des cultes et de l'égalité entre les cultes. Ce

¹ Par exemple : Auguste Vivien de Goubert, *Etudes administratives*, Paris, 1859, 3^{ème} éd, tome II, rééd Cujas, 1974.

² *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 743.

constat est renforcé par l'examen des régimes des quatre cultes reconnus et des cultes non-reconnus.

§ 2. – *Aperçu des régimes des cultes reconnus et non-reconnus.*

29. Le système des cultes reconnus comprend quelques grands principes directeurs, qui font son unité, mais se compose aussi de régimes spécifiques aux quatre confessions reconnues et de règles propres aux cultes non-reconnus. Il faut donc donner un aperçu des dispositions relatives au culte catholique (A.), aux cultes protestants (B.), au culte judaïque (C.) et, enfin, aux cultes non-reconnus (D.).

A. – *Le culte catholique.*

30. Le Concordat de 1801 conclu entre l'Etat et l'Eglise catholique est introduit en droit interne par la loi du 18 Germinal an X. Ce dernier texte contient notamment les 77 Articles Organiques du culte catholique, qui n'ont pas été soumis au Pape et n'ont jamais été reconnus par le Saint-Siège. Pour justifier leur adoption, l'Empereur s'est fondé sur l'article 1^{er} du Concordat, précisant que « *La religion catholique, apostolique et romaine sera librement exercée en France ; son culte sera public, en se conformant aux règlements de police que le gouvernement jugera nécessaires pour la tranquillité publique.* ».

D'une manière générale, le Concordat¹ a pour objet de rétablir le libre exercice du culte catholique. Pour ce faire, il contient des stipulations relatives à la création des circonscriptions ecclésiastiques (les paroisses, diocèses et archevêchés, articles 2 et 9), à la nomination des ministres du culte (articles 3, 4, 5 et 10), aux biens du culte (articles 12 et 13), aux traitements ecclésiastiques (article 14) et au serment de fidélité au gouvernement (articles 6 et 7). Les principales règles sont les suivantes : les diocèses sont délimités de concert entre le Saint-Siège et le gouvernement, tandis que les frontières des paroisses au sein des diocèses sont fixées par les évêques avec l'accord du gouvernement ; les évêques sont nommés par le chef de l'Etat, puis l'institution canonique est donnée par le Saint-Siège ; les curés sont nommés par les évêques avec l'accord du gouvernement ; de plus, les évêques, comme les curés, doivent prêter serment de fidélité au gouvernement lors de leur entrée en fonction ; par ailleurs, l'article 14 prévoit que les évêques et les curés reçoivent un

¹ Pour le texte du Concordat et des Articles Organiques, voir par exemple Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome I, 6^{ème} éd, Ernest Thorin, 1881, p 670.

traitement convenable ; enfin, l'article 12 stipule que les églises nécessaires au culte seront remises aux évêques.

31. Les Articles Organiques représentent le véritable code des relations entre l'Eglise catholique et l'Etat au XIXe siècle. Ils complètent le Concordat en consacrant un contrôle poussé de la vie de l'Eglise par la puissance publique. L'autorisation de l'administration est requise à chaque instant de la vie religieuse. L'article 1^{er} des Organiques prévoit ainsi que la plupart des actes émanant du Saint-Siège ne peuvent avoir d'effet en France sans l'accord de l'Etat. L'article 2 réserve le même sort aux décrets des synodes et des conciles généraux. Les ministres du culte ne peuvent se réunir sans l'assentiment du pouvoir (article 4) et les évêques ne peuvent quitter leur diocèse qu'avec l'autorisation du chef de l'Etat (article 20). La police des cultes est strictement organisée. Ainsi, un même temple ne peut être consacré qu'à un seul culte (article 46) et la création des chapelles et oratoires privés est subordonnée à une permission (article 44). Les cérémonies extérieures du culte catholique sont interdites hors des édifices du culte dans les villes où il existe des temples dédiés à différents cultes (article 45). De plus, dès le début du XIXe siècle, la jurisprudence considère que l'autorité municipale peut prendre parallèlement des mesures de police justifiées par les circonstances locales sur le fondement de la loi des 16-24 août 1790, puis, plus tard, des lois du 18 juillet 1837 et du 5 avril 1884. Par ailleurs, le gouvernement peut ordonner des prières publiques (article 49) et les ministres du culte ne peuvent prononcer en chaire des discours étrangers à l'exercice du culte (article 53). Enfin, plusieurs circulaires renouvellent, au cours du XIXe siècle, l'obligation de prononcer une prière pour le chef de l'Etat à la fin de chaque office divin¹. S'agissant des biens du culte, les Organiques subordonnent la création des cures et des succursales à l'autorisation du gouvernement (article 62) et prévoient l'affectation d'un édifice à chaque cure ou succursale (article 75). L'administration matérielle du culte est assurée par plusieurs catégories d'établissements publics, dont le principal est la fabrique qui est créée dans chaque paroisse (article 76).

32. Notons pour terminer que le régime du culte catholique est marqué par la volonté de perpétuer la tradition du gallicanisme dans ses deux dimensions historiques. L'organisation d'un contrôle poussé de l'Etat sur la religion relève d'abord du *gallicanisme royal* qui défend l'indépendance de la

¹ Voir Maurice Block, « Cultes », *Dictionnaire d'administration française*, Maurice Block (dir), tome I, Berger-Levrault, 1877, p 728.

monarchie française envers l’Eglise et la papauté¹. Ensuite, Bonaparte tente de renouer avec la tradition du *gallicanisme conciliaire ou ecclésiastique*, dont l’objectif est la constitution d’une tradition et d’institutions catholiques françaises, à l’identité distincte de celle de l’Eglise universelle, et dont le roi de France est le protecteur naturel. En ce sens, Napoléon rétablit les monuments qui ont assuré l’autonomie dogmatique de l’Eglise catholique française. L’article 24 des Organiques impose l’enseignement dans les séminaires des quatre articles de la Déclaration du clergé de France rédigée par Bossuet en 1682. Ce texte, conçu au cours du conflit entre Louis XIV et le Pape à propos du droit de régale, formule les grandes maximes de l’Eglise gallicane, dont une version faisant autorité avait déjà été donnée en 1594 par l’avocat Pithou dans son ouvrage sur *Les libertés de l’Eglise gallicane*². Son enseignement est étendu aux universités de théologie par un décret du 17 mars 1808. Enfin, la masse des fidèles n’est pas oubliée, puisqu’un décret du 4 avril 1806 institue un catéchisme uniforme pour tout l’Empire, conforme à la théologie gallicane³. Cependant, malgré la ferme consécration officielle du gallicanisme, l’Etat n’a pu, au cours du XIXe siècle, empêcher les évêques de rédiger les catéchismes à leur guise, en délaissant la plupart de temps le gallicanisme au profit de l’ultramontanisme⁴.

B. – *Les cultes protestants.*

33. Les 44 Articles Organiques des cultes protestants contenus dans la loi du 18 Germinal an X reconnaissent *l’Eglise réformée de France et l’Eglise de la confession d’Augsbourg*. Les Articles Organiques posent des règles analogues à celles qui régissent le culte catholique pour ce qui concerne la nomination et le traitement des ministres du culte, la police, les biens culturels et le contrôle de l’organisation et du fonctionnement. Théodore Ducrocq indique toutefois que l’application du droit positif par l’administration se traduit par une surveillance plus étroite des cultes protestants que celle qui porte sur l’Eglise catholique ; cela tient, explique-t-il, à ce que « *la discipline du protestantisme est moins étroite et que les églises protestantes, au lieu d’avoir un chef*

¹ Voir Dominique le Tourneau, *L’Eglise et l’Etat en France*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2000, p 40 et s ; Brigitte Basdevant-Gaudemet, « Note sur le gallicanisme au XVIIe siècle : à propos d’une publication récente », *Rev. hist. droit*, 2003, p 237-246 ; Bruno Neveu, « Pour une histoire du gallicanisme administratif de l’an IX à nos jours », in *Administration et Eglise du Concordat à la séparation des Eglises et de l’Etat*, Droz, 1987 ; Quentin Epron, « Gallicanisme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Stéphane Rials et Denis Alland (dir), Lamy/PUF, 2003, p 761.

² *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 657 et s.

³ Reproduit dans F. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801 par Jean-Etienne-Marie Portalis*, Paris, Joubert, 1845, p 374.

⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 154 et s ; *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, 1853, p 775 ; et Jean Laspougeas, « Le Concordat de 1801 », in *Dictionnaire Napoléon*, Jean Tulard (dir), Fayard, 1999, p 451.

éloigné, sont souverainement gouvernées par leurs assemblées, dont la présence sur le territoire même pourrait intéresser plus directement l'action gouvernementale. »¹. Au cours de la période concordataire, le dispositif des Articles Organiques est complété par plusieurs textes, dont notamment le décret du 19 mars 1859 portant sur les autorisations d'ouverture de nouveaux temples, chapelles et oratoires destinés à l'exercice public du culte.

L'Eglise réformée de France est organisée sur le modèle du gouvernement presbytérien synodal consacrant une forte autonomie des communautés religieuses et une organisation nationale peu hiérarchisée. Des conseils presbytéraux, composés de fidèles laïcs, s'occupent d'une paroisse, qui constitue l'unité administrative de base des cultes protestants. Des consistoires et des synodes assurent l'unité du culte à l'échelle du pays ; une église consistoriale doit réunir au moins 6000 fidèles. Les consistoires désignent des pasteurs, ces derniers n'ayant aucun rapport hiérarchique entre eux. Un décret du 26 mars 1852 crée un conseil central des églises réformées de France faisant office de relais entre les cultes protestants et le gouvernement ; en outre, le décret du 29 novembre 1871 crée un synode général doté de compétences disciplinaires.

Enfin, l'Eglise de la confession d'Augsbourg adopte une organisation interne similaire à l'Eglise réformée, avec des aspects hiérarchiques plus marqués. Cependant, à la suite de la perte de l'Alsace et de la Lorraine consécutive à la défaite de 1870, l'organisation de ce culte tend à se rapprocher de celui de l'Eglise réformée de France. En ce sens, une loi du 1^{er} août 1879 et un décret d'administration publique du 12 mars 1880 adaptent le régime général presbytérien synodal à l'Eglise de la confession d'Augsbourg.

C. – *Le culte israélite.*

34. En 1801, Bonaparte n'eut pas l'intention de reconnaître la religion juive. Mais, à partir de 1806, le gouvernement prend conscience de la nécessité d'une reconnaissance du judaïsme, en raison du développement de problèmes économiques suscités par la question des prêts consentis par des juifs à nombre de paysans de l'Est de la France. Cet épisode fait naître le besoin d'un statut légal et d'un contrôle de l'Etat². Aussi, une assemblée des notables juifs est réunie, puis un Grand Sanhédrin, vieille institution mythique du judaïsme antique, est convoqué pour s'assurer de la soumission des communautés juives aux principes du gouvernement impérial. Le loyalisme et le patriotisme des

¹ Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome I, 6^{ème} éd, Ernest Thorin, 1881, p 675.

² Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. L'Univers historique, 2005, p 71 et s.

notables juifs ayant satisfait l'Empereur, trois décrets du 17 mars 1808 sont pris pour organiser la religion juive.

Bien que considéré comme un culte reconnu, le judaïsme reste longtemps inégalement traité par rapport au catholicisme et au protestantisme. Un des décrets de 1808 instaure ainsi des règles d'exception à l'égard des juifs qui ne peuvent pas pratiquer les activités bancaires comme les autres citoyens. De même, il faut attendre la loi du 8 février 1831 pour que les rabbins bénéficient d'un traitement de l'Etat, à l'instar des ministres des autres cultes.

Une ordonnance du 25 mai 1844 étoffe et précise l'organisation du culte juif. Au sommet de l'édifice, se trouve un consistoire central dirigé par un grand rabbin, qui exerce des fonctions disciplinaires et doctrinales. A l'échelle locale, le culte est administré par des consistoires départementaux comprenant au minimum 2000 fidèles. Enfin, il existe des synagogues communales dirigées par un rabbin communal nommé par le consistoire départemental. Comme pour tous les cultes reconnus, l'Etat conserve à l'égard du culte juif d'importants pouvoirs de contrôle, d'autorisation et de nomination.

D. – Les cultes non-reconnus.

35. Les cultes non-reconnus représentent l'angle mort du système des cultes reconnus. Contrairement aux cultes reconnus, ils ne sont ni organisés, ni protégés, ni rémunérés par l'Etat. Ils disposent en contrepartie d'une large liberté dogmatique et d'organisation interne. Cette autonomie est cependant fortement relativisée par de très strictes limitations à la liberté du culte. A défaut de reconnaissance légale, les cultes non-reconnus sont envisagés au XIXe siècle sous l'angle de la législation relative aux réunions et aux associations. Or, avant les grandes lois du 30 juin 1881¹ sur la liberté de réunion et du 1^{er} juillet 1901² sur la liberté d'association, ces formes d'activité font l'objet d'une réglementation préventive très restrictive, portée principalement par les articles 291 à 294 du Code pénal de 1810.

Le premier article dispose que « *nulle association de plus de vingt personnes, dont le but sera de se réunir tous les jours, ou à certains jours marqués, pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres ne pourra se former qu'avec l'agrément du gouvernement, et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société.* ». Cette interdiction fut beaucoup contournée par le fractionnement des associations de manière à ne jamais atteindre le seuil

¹ D.P., 1881, IV, p 101 et s.

² D.P., 1901, IV, p 105 et s.

fatidique des 20 personnes au-delà duquel l'autorisation du gouvernement était nécessaire. Pour pallier ce problème, une loi du 10 avril 1834 a étendu la règle de l'autorisation aux associations de plus de 20 personnes partagées en sections d'un nombre moindre. Ensuite, l'article 294 prévoit que « *Tout individu qui, sans la permission de l'autorité municipale, aura accordé ou consenti l'usage de sa maison ou de son appartement, en tout ou en partie, pour la réunion des membres d'une association même autorisée, ou pour l'exercice d'un culte, sera puni d'une amende de seize francs à deux cents francs.* ». Ces textes, qui font partie de la section VII du titre I du livre III du Code pénal consacrée aux *Associations et réunions illicites*, instaurent donc un strict régime à la fois préventif et répressif.

L'évolution du droit positif jusqu'aux lois républicaines a accentué la tendance. Ainsi un décret-loi du 25 mars 1852 étend le régime des articles 291 à 294 du Code pénal, complété par la loi du 10 avril 1834, aux *réunions publiques* de toute nature. Cette modification a eu pour principal effet de soumettre des réunions de plus de 20 personnes à l'autorisation du gouvernement, alors qu'elles bénéficiaient auparavant d'une certaine liberté¹ ; la liberté était toutefois relative car la jurisprudence retenait une interprétation étroite de la réunion, considérée comme un rassemblement spontané, imprévu et temporaire² ; la solution était bien peu adaptée à l'exercice d'un culte, dont les réunions et les cérémonies sont rarement spontanées. Sous la Deuxième République, une législation éphémère, abrogée sous le Second Empire, s'est attachée à interdire les clubs et les réunions politiques (décret du 28 juillet 1848 sur les clubs, lois des 19 juillet 1849, 6 juin 1850 et 21 juin 1851). A la fin du second Empire, pendant la phase libérale du régime, la loi du 6 juin 1868 *sur les réunions publiques* supprime le régime préventif pour les réunions, sauf pour les rassemblements à objets religieux et politique, qui restent soumis à autorisation. Enfin, un décret du 19 mars 1859, consacré aux cultes protestants et aux cultes non-reconnus, organise le régime des autorisations pour les manifestations temporaires et pour les ouvertures de chapelles ou d'oratoires³.

L'existence de cette législation très restrictive n'a pas empêché toute pratique légale des cultes non-reconnus. En effet, l'administration accorde parfois des autorisations temporaires à certaines confessions très minoritaires ainsi qu'à des communautés étrangères (anglais protestants, russes

¹ *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853.

² Cass. crim., 12 avril 1838, *Doine*, *Rép Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 729 ; Cass. crim., 22 avril 1843, *Roussel*, *Rép Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 729.

³ L'article 3 du décret dispose : « *Si une autorisation est demandée pour l'exercice public d'un culte non-reconnu par l'Etat, cette décision sera donnée par nous en Conseil d'Etat, sur rapport de notre ministre de l'intérieur, après avis de notre ministre des cultes. Les réunions ainsi autorisées pour l'exercice d'un culte non-reconnu par l'Etat sont soumises aux règles générales consacrées par les art. 4, 32 et 52 de la loi du 18 germinal an X (articles organiques du culte catholique) et art. 2 de la même loi (articles organiques des cultes protestants). Nos préfets continueront de donner, dans le même cas, les autorisations qui seront demandées pour les réunions accidentelles de ces cultes.* »

orthodoxes par exemple)¹. Mais les pratiques administratives révèlent la méfiance de l'Etat, ce dernier s'assurant de manière très scrupuleuse que les communautés peuvent côtoyer les catholiques sans provoquer de troubles à l'ordre public, ou qu'elles ne concurrencent pas la religion majoritaire par des actions de prosélytisme susceptibles de saper les fondements de la morale catholique. Aussi, la conjonction d'un droit positif restrictif et d'une pratique administrative vigilante n'a ménagé qu'une bien faible marge de manœuvre aux cultes non-reconnus, qui n'a cessé de se réduire au XIXe siècle jusqu'à l'instauration de la IIIe République.

36. Précisons pour finir que les règles relatives aux cultes non-reconnus n'épargnent pas totalement les cultes reconnus. En principe, les associations et les réunions formées dans le cadre de l'exercice d'un culte reconnu ne sont pas soumises aux limitations et aux autorisations exposées plus haut. Toutefois, ce privilège est enserré dans d'étroites limites. La célébration d'un culte reconnu doit ainsi se tenir dans un lieu légalement destiné à l'exercice du culte et être menée par un ministre du culte formé et exerçant dans le cadre reconnu par l'Etat. Dans le cas contraire, la Cour de cassation juge qu'un culte reconnu peut être soumis aux articles 291 à 294 du Code pénal. Il en est ainsi dans l'hypothèse où des fidèles forment une association particulière au sein d'un culte reconnu, hors de l'organisation légale de cette confession². Dans le même sens, la célébration d'un culte reconnu hors d'un édifice légalement affecté à ce culte doit faire l'objet de l'autorisation municipale prévue par l'article 294 du code pénal³.

¹ Sur la pratique administrative du XIXe siècle à l'égard des cultes non reconnus, voir Pierre-Olivier Chaumet, « L'administration française des cultes non reconnus par l'Etat au XIXe siècle (1802-1905) », *Rev. hist. droit*, 2006, n°84, p 19 et s. L'objectif du gouvernement est de freiner le développement de ces cultes minoritaires, qui pourrait se faire au détriment des cultes reconnus. Les autorisations délivrées sont simplement des mesures de tolérance à l'égard de communautés très minoritaires, qui ne menacent pas l'ordre public et la morale chrétienne. Pour cantonner l'exercice du culte au sein de leurs communautés d'origine, l'administration impose par exemple aux communautés étrangères de célébrer le culte dans la langue du pays de provenance, pour éviter la propagation des doctrines et de la pratique au sein de la population française.

² Cass. crim., 22 avril 1843, *Roussel*, *Rép Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 731. La cour énonce : « *Attendu que lorsque pour l'exercice d'un tel culte, il existe une organisation que l'autorité publique ne peut pas ignorer, lorsque ce culte est desservi par des ministres ayant un caractère public et une mission reconnue, lorsque ses temples sont ouverts à tous et publiquement fréquentés, évidemment de telles réunions ne sauraient constituer un délit s'association défini par l'article 291 et par l'article 1^{er} de la loi du 10 avril 1834 ; mais que les sages prévisions de ces articles seraient sans effet que les garanties données à la société seraient compromises si des associations particulières formées au sein des différentes religions, ou prenant la religion pour prétexte, pouvaient, sans la permission du gouvernement, dresser un chaire ou élever ou autel, partout, et hors l'enceinte des édifices consacrés au culte.* ».

³ CE, 30 mars 1846, *Pertuzon*, *D.P.*, 1846, III, p 129 ; Cass. crim., 22 juillet 1837, *Laverdet*, *Rép Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 732.

* *
*

37. Avec les cultes non-reconnus s'achève l'aperçu du système des cultes reconnus. Dans cette forme d'organisation des rapports entre les cultes et l'Etat, les libertés de conscience et des cultes sont loin d'être effectives et l'égalité entre les confessions n'est pas assurée. Il y a d'abord d'évidentes inégalités entre les cultes reconnus et les cultes non-reconnus. Les premiers jouissent notamment d'un statut légal, d'une protection de l'Etat, d'édifices financés par l'Etat, de la rémunération de leurs ministres. Ils subissent en contrepartie un certain nombre de contraintes, puisque la plupart des aspects de leur vie est contrôlée par le gouvernement. A l'inverse, l'organisation administrative des confessions non-reconnues ne fait pas l'objet d'une tutelle et d'un contrôle minutieux de l'Etat. En revanche, alors que les cultes reconnus jouissent d'une relative liberté de l'exercice public du culte, les confessions non-reconnues ne sont ni protégées ni rémunérées par l'Etat et sont soumises au strict régime administratif et pénal applicable aux réunions publiques et aux associations illicites. L'exercice public de ces religions est entièrement dépendant de la volonté de l'Etat qui peut, par le biais des articles 291 à 294 du Code pénal, en contrôler et en réprimer l'activité. Il y a là une évidente rupture d'égalité qui distingue fortement le système des cultes reconnus du régime de Séparation.

En outre, au sein même des cultes reconnus, l'égalité de traitement est loin d'être parfaite, même s'il faut noter que le XIXe siècle se caractérise par une tendance à la convergence des régimes des quatre confessions reconnues¹. Ces inégalités tiennent aux règles posées par le droit positif. Le culte israélite est ici le principal exemple : ignoré par les Articles Organiques de la loi du 18 germinal an X, le judaïsme acquiert une organisation rudimentaire par trois décrets de 1808 ; contrairement aux ministres des cultes catholique et protestant, les rabbins ne sont pas rémunérés par l'Etat avant la loi du 8 février 1831, et il faut attendre l'ordonnance du 25 mai 1844 pour que l'organisation du culte se rapproche des trois autres confessions. Les traitements inégaux entre cultes reconnus sont ensuite accentués par l'application du droit positif. Au cours du XIXe siècle, les protestants ont ainsi subi de multiples violations de la liberté des cultes par des tracasseries administratives et des poursuites répétées devant les juridictions pénales².

Tous ces éléments doivent faire douter de la pertinence des analyses qui présentent le système concordataire comme un premier seuil de laïcisation, préparant l'aboutissement laïque des lois de la

¹ Rita Hermon-Bellot, « La genèse du système des cultes reconnus : aux origines de la notion française de reconnaissance », *Arch. sc. soc. des rel.*, 2005, n°129, p 17-35.

² Voir Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. L'Univers Historique, 2005, p 148 et s et p 254 et s.

IIIe République¹. Ni la liberté, ni l'égalité des cultes, principes essentiels de la Séparation, ne sont réellement assurées au XIXe siècle. Certes, l'œuvre de Bonaparte inaugure un traitement politique des cultes et une désimplification de l'Etat vis-à-vis des aspects dogmatiques des religions. Il n'en reste pas moins que la religion est préférée à l'indifférence ou à l'athéisme. L'Etat n'est donc pas neutre à l'égard des options spirituelles, comme l'exige un système laïque, et entretient avec les cultes reconnus une forme d'alliance consacrant un pluralisme religieux.

38. Il faut maintenant préciser les aspects de la dogmatique du système des cultes reconnus qui disqualifient la Séparation comme modèle intéressant et pertinent d'organisation des rapports entre les cultes et l'Etat. Jusqu'en 1905, les juristes n'ont pas su s'abstraire de ces schémas de pensée pour appréhender juridiquement la notion de Séparation, alors même que l'importance politique de cette dernière n'a cessé de s'intensifier à partir de la seconde moitié du XIXe siècle.

Section II. – La disqualification de la Séparation, une conséquence de la dogmatique du système des cultes reconnus.

39. Au cours du XIXe siècle, les juristes se bornent à théoriser et légitimer le droit des cultes reconnus, sans que d'autres possibilités d'organisation des relations entre la religion et l'Etat ne soient envisagées ou approfondies. Cet aspect pourrait sembler compréhensible au premier abord, si l'on considère que la science du droit public du XIXe siècle se caractérise par son faible niveau d'élaboration. L'interprétation historique la plus courante présente cette dernière comme peu théoricienne, disposant d'outils méthodologiques défectueux, se contentant de décrire et de commenter le droit positif². Mais les résultats des recherches historiques contemporaines conduisent à nuancer fortement cette vision des choses³. Certes, les notions et concepts du droit public du XIXe siècle ne sont pas aussi aboutis que ceux du XXe siècle, mais l'approche théorique du droit n'était pas totalement étrangère aux juristes du XIXe siècle ; ces derniers n'étaient donc pas démunis pour appréhender dans sa globalité le droit des cultes et envisager d'autres possibilités d'organisation au delà du strict droit positif.

¹ Jean Baubérot et Séverine Mathieu, *Religion, modernité et culture au Royaume-Uni et en France, 1800-1914*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2002.

² Voir par exemple une étude sur l'œuvre d'Anselme Batbie, qui montre l'intérêt mais aussi les fortes limites de la science du droit public au XIXe siècle : Roger Vidal, « Batbie et les débuts de l'organisation scientifique du droit administratif », *R.D.P.*, 1950, p 804-819.

³ Voir notamment la synthèse de Mathieu Touzeil-Divina, *La doctrine publiciste, 1800-1880*, éditions La Mémoire du Droit, 2009. Voir aussi, par exemple, Gilles J. Guglielmi, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française, de la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, BDP, n°157, LGDJ, 1991.

De plus, la réflexion juridique aurait pu être stimulée par l'évolution des débats politiques et philosophiques sur les questions religieuses. Des années 1820 à la veille de la loi de 1905, le thème politique de la séparation des Eglises et de l'Etat n'a cessé de gagner en ampleur et en richesse, bénéficiant de l'apport de traditions de pensée diverses. Un courant catholique minoritaire, inauguré par Félicité de Lamennais et Lacordaire, demande avec constance, dans le journal *l'Avenir*, la suppression du budget des cultes et la Séparation. Selon eux, la réforme s'impose car le système concordataire, particulièrement le salaire versé aux prêtres, génère la dépendance et la corruption de la religion ; dès lors, la séparation de l'Eglise et de l'Etat se présente comme un moyen de régénération religieuse¹. L'idée séparatiste doit aussi beaucoup aux protestants libéraux. En 1825, Alexandre Vinet développe ainsi des arguments séparatistes fondés sur la primauté de la liberté de conscience et sur le rejet du système d'alliance concordataire qui, d'une part, corrompt l'Etat, en lui imposant de s'occuper de questions étrangères à sa mission, et, d'autre part, corrompt l'Eglise dont les forces spirituelles sont amoindries par la collusion avec le pouvoir politique². De même, les travaux de Francis de Pressensé, en partie influencés par le séparatisme d'origine protestante, ont perpétué ce courant jusqu'à la veille de la Séparation en inspirant le projet d'Aristide Briand retenu par la Commission Buisson. En outre, les libéraux et les républicains souhaitent et théorisent la Séparation, notamment par le biais d'une presse abondante et active.

La publication du *Syllabus* par le Pape Pie IX en 1864 et l'intrusion de la question romaine sur la scène internationale dans la seconde moitié du règne de Napoléon III, achèvent d'enraciner les revendications séparatistes chez leurs partisans. A ce titre, les années 1860 sont un tournant dans le destin politique du thème de la séparation des Eglises et de l'Etat. A partir de cette période, le thème devient un credo central des partis libéraux et républicains radicaux, et passe, dès la fin de l'Empire, de la joute d'idées au champ clos des débats parlementaires³. Jusqu'à l'adoption de la loi de 1905, des dizaines de motions tendant à la suppression du budget de l'Etat et à la Séparation sont discutées⁴. Par ailleurs, des auteurs et des politiques comme Charles Renouvier, Edgar Quinet, Jules Simon, Jules Barni, Prévost-Paradol, le duc de Broglie, Ferdinand Buisson, élaborent à cette époque une théorie politique de la séparation des Eglises et de l'Etat⁵. Une quantité impressionnante

¹ Adolphe Franck, *Philosophie du droit ecclésiastique*, Paris, 1864.

² Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. L'Univers Historique, 2005, p 111 et s.

³ Voir par exemple le discours de Jules Simon devant le Corps législatif, le 3 décembre 1867 (J. Simon, *La séparation de l'Eglise et de l'Etat. Discours prononcé au corps législatif dans la séance du 3 décembre 1867*, Versailles, 1867).

⁴ Jacqueline Lalouette, « La séparation avant la séparation, projets et propositions de lois (1866-1891) », *Vingtième siècle, revue d'histoire*, 2005, n°87, p 41-55.

⁵ Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l'Etat, genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. L'Univers Historique, 2005 ; et Georges Weill, *Histoire de l'idée laïque en France au XIXe siècle*, 1929, rééd Hachette, 2004.

d'ouvrages, d'articles, d'opuscules et d'interventions parlementaires fait de la Séparation un thème d'actualité brûlante à partir des années 1860, qui ne se limite pas à un groupe politique ou un secteur de l'opinion, mais concerne des traditions de pensée allant des catholiques aux socialistes, en passant par les protestants et les radicaux.

40. En dépit de cette effervescence politique, le thème de la Séparation n'a pas investi le domaine du droit. Dans les décennies qui ont précédé la loi de 1905, jamais cette question n'a été un objet d'étude et de réflexion pour la majorité de la doctrine. Pis, lorsque celle-ci aborde le problème de la Séparation, c'est la plupart du temps pour en repousser l'éventualité. En fait, les juristes du XIXe siècle n'ont pas su s'abstraire de la logique du système des cultes reconnus ; ils se sont contentés de théoriser et de légitimer le droit positif existant, jugeant inutile ou nuisible l'idée de Séparation. Leur souci de l'indépendance de l'Etat vis-à-vis des Eglises, leur volonté d'organiser le contrôle du gouvernement sur les cultes, les placent sans conteste dans la lignée des juristes gallicans de l'Ancien Régime.

Plusieurs traits saillants de la dogmatique juridique sur les matières cultuelles permettent de comprendre *l'impensé* de la Séparation et de la laïcité par le monde du droit au XIXe siècle. Domine d'abord une conception restrictive de la liberté de conscience, avec laquelle la doctrine concilie sans difficulté le système des cultes reconnus (§1.). Ensuite, le droit des cultes est pensé en termes institutionnels, au travers de la distinction, héritée du Moyen-âge, des pouvoirs temporel et spirituel (§2.), alors que le régime de Séparation part des droits individuels, spécifiquement de la liberté de conscience, pour reconstruire les relations entre les cultes et l'Etat. Nul doute, dès lors, que les quelques auteurs qui ont abordé la question de la Séparation ne l'aient traitée que de manière négative, pour en souligner l'inopportunité (§3.).

§ 1. – Une conception restrictive de la liberté de conscience.

41. Si la grande majorité des juristes du XIXe siècle n'a pas jugé pertinente l'hypothèse de la séparation des Eglises et de l'Etat, cela résulte d'abord d'une certaine conception de la liberté de conscience. Dans le cadre de l'Etat laïque, la liberté de conscience porte sur toutes les options spirituelles, et pas seulement sur les croyances religieuses. Les croyants, les athées, les incroyants ou les indifférents sont également protégés par l'Etat laïque ; ce dernier est neutre, non pas envers les seules confessions religieuses, mais plus largement envers tous les choix spirituels et visions du

monde¹. La liberté de conscience implique non seulement la possibilité de professer une religion quelconque, mais encore de ne professer aucune religion. Sur ce point, la doctrine du XIXe siècle se démarque de la théorie de l'Etat laïque². En effet, pour la majorité des juristes concordataires, la liberté de conscience a un champ réduit qui se limite au choix entre plusieurs religions (A.). De plus, cette position est confortée par l'affirmation largement partagée de l'utilité sociale de la religion (B.). Dès lors, il n'est nullement surprenant que la doctrine concordataire juge le régime des cultes reconnus compatible avec les libertés de conscience et des cultes (C.)

A. – *Le champ de la liberté de conscience.*

42. Tous les juristes du XIXe siècle évoquent la liberté de conscience, à l'exception du petit groupe des juristes canonistes qui se conforme à la position traditionnelle de l'Eglise en niant l'existence de ce droit individuel³. Dans la présentation classique de la doctrine concordataire, la liberté de conscience est opposée à la liberté de l'exercice des cultes, la première étant considérée comme absolue, alors que la seconde peut être limitée à divers titres⁴.

Chez certains auteurs, le principe de la liberté de conscience est affirmé, mais semble n'avoir qu'une faible consistance juridique. Ainsi, ni Foucart, ni Firmin Laferrière n'exposent quels sont le régime et les conséquences concrètes de la liberté de conscience⁵. Quant à Batbie, les explications qu'il consacre à la liberté de conscience montrent qu'il considère cette dernière comme une faculté intra-juridique ou extra-juridique. Batbie décline ainsi la liberté religieuse du point de vue de la conscience et du point de vue du culte. Le domaine de la conscience recouvre les croyances qui restent dans le for intérieur. En elles-mêmes, les croyances ne peuvent produire aucun trouble social

¹ Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 1 et s ; et Catherine Kintzler, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Vrin, 2007.

² Dans la présente étude, nous employons l'adjectif « laïque » et non « laïc ». Conformément à la tradition inaugurée notamment par Ferdinand Buisson, la première orthographe renvoie au principe de droit et à la philosophie de la laïcité ; en revanche, l'orthographe « laïc » s'inscrit dans le couple de notion propre à la religion chrétienne opposant les clercs aux laïcs. Sur cette question de terminologie, voir Ferdinand Buisson, article « Laïcité », in *Dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire*, Hachette, 1887, p 1469 et s ; et Henri Pena-Ruiz, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Gallimard, coll. Folio-Actuel, 2003.

³ Par exemple : Abbé Fanton, *Traité des fabriques et du culte catholique d'après les lois civiles*, Valence/Paris, 1898 ; et T. Gaze, *Le droit concordataire*, Paris/Lyon, 1892. Il faut rappeler que le Pape Grégoire XVI a condamné le libéralisme et la liberté de conscience dans l'encyclique *Mirari vos* du 15 août 1832 (celle-ci a aussi pour objet de condamner les thèses du journal *l'Avenir* de Félicité de Lammenais). La condamnation est réitérée par le Pape Pie IX dans le *Syllabus* de 1864.

⁴ Firmin Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, Tome I, 5^{ème} éd, Cotillon, 1860, p 293 et s ; Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome III, Cotillon, 1862, p 6 et s ; Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, Tome I, 6^{ème} éd, Ernest Thorin, 1881, p 657 et s ; Article « Cultes », in *Répertoire du droit administratif*, tome VIII, Léon Béquet (dir), Paris, 1891, p 510.

⁵ E. V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, 3^{ème} éd, tome I, 1843, p 443 et s ; Firmin Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, Tome I, 5^{ème} éd, Cotillon, 1860, p 293 et s.

et ne sont limitées que par la morale. Le domaine de la conscience ne concerne que les aspects intimes, intérieurs de la religion, et n'a aucune dimension publique et sociale. Aussi, la liberté de conscience apparaît comme extérieure au droit. Ce n'est qu'au moment où les croyances passent le seuil du for intérieur et s'extériorisent que le domaine de la conscience acquiert une consistance juridique. Mais alors, c'est la liberté du culte qui est en jeu. Et contrairement à la liberté de conscience, la liberté des cultes est fortement limitée par le droit des réunions et associations d'une part, et le régime propre aux cultes reconnus d'autre part¹. La juridicité de la liberté de conscience n'est donc pas toujours acquise dans la doctrine concordataire.

43. Par ailleurs, son champ est très souvent cantonné aux choix religieux. Pour la plupart des auteurs, la liberté de conscience ne consiste pas à opter pour une *option spirituelle* quelconque, mais à adopter la *croyance religieuse* à sa convenance. Bien souvent, la faculté de ne professer aucun culte n'est pas prise en compte. Selon ces prémisses, la liberté de conscience impose que l'Etat ne puisse contraindre un individu à admettre un culte contraire à ses croyances religieuses, ou à accomplir des actes contraires à sa religion. Par exemple, dans les brefs développements qu'il consacre à la liberté de conscience, Ducrocq limite son champ à la question de l'option entre les différentes religions. « *Ce principe, explique t-il, consiste dans le droit pour chaque individu de professer librement la religion de son choix ; c'est la liberté complète en matière de foi. Nul n'a de compte à rendre de ses croyances religieuses ; nul ne peut être recherché ou inquiété à cause d'elles ; la différence de culte n'engendre aucune inégalité ni prérogative entre les citoyens* »². De même, les explications du *Répertoire Dalloz* en 1853 sont très éclairantes sur l'esprit de la doctrine dominante au XIXe siècle. L'auteur de l'article sur les cultes indique dans un premier temps que « *Le droit d'avoir une opinion religieuse quelle qu'elle soit, tant qu'elle ne se produit pas au dehors, ne saurait être douteux ; on ne peut pas en demander compte au citoyen. "nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses", disait la constitution de 1791.* »³. Selon l'auteur, la liberté de conscience se limite au choix entre les religions et contient elle-même deux dimensions. La première dimension est négative, en ce sens que « *la liberté de conscience emporte nécessairement la faculté de ne pas faire, par des actes extérieurs profession d'une croyance contraire à sa propre croyance.* »⁴. La seconde dimension est positive, et recouvre la manifestation extérieure d'une croyance, c'est-à-dire ce que la plupart des auteurs désignent comme la liberté de l'exercice du culte. Classiquement, l'auteur affirme que la liberté de manifester ses croyances est

¹ Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome III, Cotillon, 1862, p 6-7.

² Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 6^{ème} éd, Tome I, Ernest Thorin, 1881, p 657-658.

³ *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 722 et s.

⁴ *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 722 et s.

limitée – l'ordre public et les intérêts de la société étant en jeu – et considère que la liberté de conscience négative a un caractère absolu. Cependant, quelques distinctions supplémentaires viennent relativiser cette affirmation de principe. Ainsi, l'auteur précise « *qu'il importe d'abord de faire observer que tout acte extérieur, par cela seul qu'il ne sera pas admis par une croyance religieuse, ne pourra pas être considéré, s'il est prescrit, comme portant atteinte à la liberté de conscience, pourvu qu'il n'implique pas nécessairement la profession d'une croyance contraire.* ». Analysant quelques exemples à la lumière de ces propositions, l'auteur estime que l'Etat ne peut, sans violer la liberté de conscience, imposer à des individus qui ne professent pas la religion catholique de tapisser le devant de leur maison pour le passage d'une procession. En revanche, le serment judiciaire, invoquant le nom de Dieu, n'est pas jugé contraire à la liberté de conscience. Selon un raisonnement particulièrement révélateur des conceptions juridiques du XIXe siècle, l'auteur explique que le serment ne doit se référer à aucun culte particulier et doit prendre à témoin la divinité d'une manière *générale et abstraite*, pour n'offenser aucune confession. Mais il reste que le serment mentionne le nom de Dieu. Dès lors, quel sort doit-on réserver aux athées ou aux indifférents ? La réponse fait valoir que l'invocation de la divinité ne peut méconnaître par elle-même la liberté de conscience : « *On objecte en faveur de la prétention qui voudrait en retrancher même l'allusion à la divinité, que, sans cette précaution, il offensera la conscience de ceux qui professent l'athéisme. Mais, outre que les athées, s'il en existe, sont en trop petit nombre pour qu'on ait à s'arrêter à eux, on ne croit pas que leur conscience ait essentiellement à souffrir de l'invocation ou allusion au Créateur.* »¹. Ce raisonnement révèle une conception de la liberté de conscience bien différente de celle qui prévaut dans le droit laïque.

44. Ceci étant dit, il faut préciser que l'analyse de la liberté de conscience connaît une évolution à la fin du XIXe siècle chez certains juristes. Probablement sous l'influence des doctrines républicaines, le champ de la liberté de conscience est élargi, et l'étude de ses conséquences juridiques concrètes est approfondie. C'est le cas dans l'article sur les cultes du *Répertoire Béquet* publié en 1891. L'auteur indique clairement que la liberté de conscience porte sur toutes les options spirituelles et repousse la doctrine classique : « *La liberté de conscience, avons-nous dit, consiste dans le droit qu'a chaque individu d'adopter à son choix telle ou telle opinion religieuse ou d'y rester indifférent. On a quelquefois entendu dans un sens plus étroit le principe de la liberté de conscience. Il a été soutenu que si le citoyen a le choix entre les différents cultes, il n'est pas libre de n'en adopter aucun. [...] La conséquence de cette doctrine est que chacun doit être réputé, malgré sa volonté,*

¹ *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 722 et p 726.

professer la religion dans laquelle il est né et en pratiquer le culte. C'est contraindre les individus à faire profession d'une religion quelconque, c'est leur imposer, contre leur gré, une croyance que leur conscience refuse d'admettre. La violation du principe de la liberté de conscience est trop évidente pour que cette doctrine soit admissible aujourd'hui. »¹. Et sur la base de cette conception extensive, l'auteur précise ensuite toutes les implications de la liberté de conscience, en y incluant notamment la récente législation républicaine en la matière, comme la loi du 15 novembre 1881 relative à la neutralité des cimetières (abrogeant l'article 15 du décret du 23 prairial an XII qui ne permettait pas l'inhumation digne des non-croyants), la loi du 14 août 1884 supprimant les prières publiques à la rentrée des Chambres, ou encore les dispositions imposant la sécularisation de l'état civil². Maurice Hauriou propose aussi une vision plus complète de la liberté de conscience, mais sa position est quelque peu ambiguë. Dans un premier temps, il semble limiter la liberté de conscience aux choix religieux. Il explique ainsi que sa fonction historique consiste, depuis la fin des guerres de religions, à assurer la paix entre les adeptes des différentes confessions³. Le sens de la liberté de conscience est donc focalisé sur le domaine des croyances religieuses. Mais dans un second temps, Hauriou distingue clairement, au sein de la liberté de conscience, entre la *liberté de croyance*, qui ne concerne que les religions, et la *liberté de pensée*, qui porte sur toutes les options spirituelles et visions du monde⁴.

Si ces deux exemples se rapprochent du modèle laïque, ils ne représentent qu'un phénomène tardif et peu représentatif de la doctrine commune des juristes du XIXe siècle. Ces derniers conçoivent majoritairement la liberté de conscience sous le seul angle des choix religieux.

B. – *L'affirmation de l'utilité sociale de la religion.*

45. La conception restrictive de la liberté de conscience est confortée par le postulat – caractéristique du système des cultes reconnus – de l'utilité sociale de la religion. Alors que dans la doctrine de l'Etat laïque, la puissance publique s'abstient de décider si la pratique d'une religion est préférable à tout autre choix spirituel ou philosophique, la doctrine concordataire privilégie la religion à l'athéisme ou à l'indifférence. L'influence de Portalis dans la diffusion de cette conception est déterminante. Le nom du conseiller d'Etat de Napoléon Bonaparte est très souvent cité par les auteurs du XIXe siècle, qui invoquent régulièrement son autorité. C'est qu'il a formulé la

¹ Article « Cultes », in *Répertoire du droit administratif*, tome VIII, Léon Béquet (dir), Paris, 1891, p 511.

² Article « Cultes », in *Répertoire du droit administratif*, tome VIII, Léon Béquet (dir), Paris, 1891, p 512 et s.

³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 146-147.

⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 148.

philosophie du système des cultes reconnus avec une clarté et une netteté particulières dans le *Discours sur l'organisation des cultes* prononcé devant le Tribunal à l'occasion de l'adoption de la loi du 18 Germinal an X ; en outre, dans l'exercice de ses fonctions de ministre des cultes de Bonaparte, il a fortement contribué à construire le droit cultuel du Premier Empire, en préparant la plupart des textes réglementaires relatifs à l'application du Concordat, des Articles Organiques, mais aussi de la législation propre aux congrégations et à l'enseignement. Tous ces travaux ont été regroupés au milieu du XIXe siècle par son petit-fils Frédéric dans un utile recueil de textes¹.

La philosophie politique et juridique de Portalis s'écarte du contractualisme des Lumières en ce qu'il considère que la société est fondamentalement une donnée naturelle². Dans ce cadre, la religion est un ferment de sociabilité et constitue la source de la morale et du droit³. Même s'il privilégie le christianisme, il considère que la plupart des grandes religions jouissent de vertus équivalentes. La pratique d'un culte permet à la fois de structurer l'esprit des individus et de lier les citoyens entre eux. C'est pourquoi la religion est préférée à l'athéisme, ce dernier conduisant au scepticisme et à la dissolution du lien social. Portalis explique ainsi que : « *L'essentiel est que la morale soit pratiquée ; or, en détachant les hommes des dogmes qui fondent leur confiance et leur foi, on ne réussit qu'à les éloigner de la morale même. L'essentiel pour l'ordre public et pour les mœurs, n'est pas que tous les hommes aient la même religion, mais que chaque homme soit attaché à la sienne ; car, lorsqu'on est assuré que les diverses religions dont on autorise l'exercice contiennent des préceptes utiles à la société, il est bon que chacune de ces religions soit observée avec zèle.* »⁴. De même, dans l'exposé des motifs du décret du 4 avril 1806 instituant un catéchisme uniforme pour l'Empire, Portalis fait valoir, à propos de l'enseignement religieux, « *que cet enseignement n'importe pas moins à l'Etat qu'à la religion même ; il enveloppe, pour ainsi dire, l'homme dès sa plus tendre enfance. Il met les plus grandes vérités à la portée de tous les âges et de toutes les classes, en s'adressant non à l'esprit, qui est la partie la plus bornée et la plus contentieuse de nous même, mais au cœur, dont il ne faut que diriger les affections, et qui peut saisir, sans efforts, tout ce qui est bon, tout ce qui est juste, tout ce qui est généreux, tout ce qui est aimable. Si les vertus les plus nobles et les plus élevées habitent la chaumière du pauvre comme le*

¹ F. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801 par Jean-Etienne-Marie Portalis*, Paris, Joubert, 1845.

² Sur la philosophie de Portalis et son influence au XIXe siècle, voir Jean-François Niort, « Les Portalis et l'esprit du XIXe siècle », *Droits*, n°42, 2006, p 93-118. De même, voir Eric Gasparini, « Regards de Portalis sur le droit révolutionnaire : la quête du juste milieu », *Annales historiques de la Révolution française*, n°328, 2002, p 121-133.

³ Marceau Long et Jean-Claude Monier, *Portalis, l'esprit de justice*, Michalon, 1997 ; Jacques-Olivier Boudon, *Napoléon et les cultes*, Fayard, 2002, p 39 et s.

⁴ F. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801 par Jean-Etienne-Marie Portalis*, Paris, Joubert, 1845.

palais des rois, si les hommes les plus simples et les plus grossiers sont aujourd'hui plus affermis sur la spiritualité et l'immortalité de l'âme, sur l'existence et l'unité de Dieu, sur les principales questions de morale, que l'étaient les sages de l'Antiquité, nous en sommes redevables au christianisme, qui en ordonnant les bonnes œuvres et en commandant la foi, épargne au commun des hommes les circuits, les incertitudes et les sinuosités de la science humaine. »¹.

Portalis saisit la religion dans sa dimension sociale et met au premier plan le droit de contrôle de l'Etat². Son interprétation du système concordataire est à la racine de toute la réflexion doctrinale sur le droit des cultes au XIXe siècle. A cet égard, tant Portalis que les représentants de la doctrine juridique de l'époque ont perpétué les idées philosophiques communes du XVIIIe siècle sur les matières cultuelles. Loin de faire preuve d'irréligion, la pensée du Siècle des Lumières n'a cessé d'affirmer la nécessité d'une religion pour la société et pour le peuple, pour assurer la moralité et le respect des lois civiles³. Les Montesquieu, Voltaire, Helvétius ou Rousseau, défendent tous l'utilité sociale des cultes en dépit de leurs différences philosophiques et de leurs dispositions variables envers les croyances⁴. Voltaire ou Helvétius assignent ainsi aux ministres du culte la mission d'enseigner au peuple, tandis que Rousseau considère l'existence d'une religion civile comme une condition de possibilité du contrat social. Les philosophes des Lumières, et plus largement les hommes de la Révolution⁵, n'ont pas construit une pensée laïque, mais ont transmis au XIXe siècle un héritage intellectuel qui a préparé la doctrine du système des cultes reconnus.

46. C'est donc sans surprise que l'on constate la fréquente reprise des thèmes développés par Portalis dans la doctrine concordataire. En ce sens, Foucart écrit : « *La religion, qui améliore l'homme en lui donnant la force pour réprimer ses penchants vicieux, la résignation pour souffrir en silence les maux dont il plait la Providence de l'éprouver en cette vie, qui lui inspire des sentiments d'affection et de dévouement pour ses semblables, est un élément essentiel de la civilisation. Le pouvoir temporel, qui régit l'homme extérieur, est impuissant à remplir cette tâche, s'il ne trouve des esprits animés du sentiment du devoir ; il doit donc s'efforcer de faire pénétrer partout la salutaire influence des idées religieuses, et prêter son*

¹ F. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801 par Jean-Etienne-Marie Portalis*, Paris, Joubert, 1845, p 371.

² Le cadre théorique posé par Portalis ne l'a pas empêché d'adopter une attitude très favorable à l'Eglise catholique à l'occasion de ses fonctions de ministre des cultes de Napoléon ; voir J. Laspougeas, « Concordat de 1801 », in *Dictionnaire Napoléon*, Jean Tulard (dir), Fayard, 1999, p 451.

³ Albert Mathiez, « Les philosophes et la séparation des Eglises et de l'Etat en France à la fin du XVIIIe siècle », *Revue historique*, 1910, p 63-79.

⁴ Voir Ernst Cassirer, *La philosophie des Lumières*, 1966, Fayard, coll. Presses Pocket, 1993, p 193 et s.

⁵ Jean-Louis Mestre montre ainsi que lors des débats de la Constituante, les cultes sont systématiquement présentés comme un service public (Jean-Louis Mestre, « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante », *E.D.C.E.*, 1988, p 187-209).

appui au culte et à ses ministres. »¹. Dans le même sens, le philosophe du droit Adolphe Franck fait de la religion un soutien indispensable des lois civiles. Le contenu des lois trouve sa source dans la morale, et la morale ne trouve pas de meilleure expression que par la religion. Dès lors, conclut Franck, les lois civiles ne peuvent être respectées qu'avec l'appui des religions protégées par l'Etat². Enfin, les *Etudes administratives* de Vivien fournissent un dernier exemple très éclairant. Discutant la question des traitements ecclésiastiques, Vivien développe plusieurs arguments réfutant la thèse selon laquelle la rémunération des ministres du culte est contraire à la liberté de conscience (qui exige que les citoyens ne payent pas pour un culte qu'ils ne professent pas) et porte atteinte à la dignité de l'Eglise catholique (qui impose que les prêtres ne soient pas dépendants du pouvoir temporel). « *Si l'Etat, explique Vivien, a surtout en vue les intérêts terrestres et l'Eglise le bonheur à venir, tous deux se proposent un même objet, le bien être de l'humanité, le règne de la justice, les progrès des idées morales, qui sont l'attribut et l'honneur de notre espèce.* »³. D'après cette conception, la religion est un véritable besoin social qui impose d'élever le culte au rang de service public. Cette consécration, loin d'avilir les ministres du culte, leur accorde au contraire le statut « *d'une sorte de magistrature civile* » protégeant la dignité de l'Eglise. De plus, le salaire versé assure l'indépendance et la sérénité du prêtre, tandis que le système de la contribution volontaire, imposant au prêtre une éternelle recherche de ressources, le place dans une position précaire et dégradante⁴. Pour Vivien, le statut de service public accordé aux cultes reconnus est donc à la fois une nécessité sociale, qui permet le développement de la morale et de la sociabilité, et un utile soutien de la dignité des ministres du culte, qui, par le bienfait du salaire, peuvent se détacher des contingences matérielles et apporter « *la nourriture spirituelle* »⁵ à tous les citoyens. Vivien synthétise sa défense de la rémunération des cultes par ces mots : « *quel besoin plus digne de la protection de l'Etat et du secours des contributions publiques ? Aucune croyance, si timorée qu'elle soit, ne peut s'en alarmer. Le contribuable prend part aux dépenses de l'Etat comme membre du corps social, et non en considération de son intérêt personnel à telle ou telle dépense, ou de la sympathie qu'elle lui inspire. L'habitant des montagnes subvient à l'agrandissement des ports, le marin à la construction des chemins de fer, le laboureur à l'entretien des corps savants, des musées, des bibliothèques, le savant aux écoles du peuple ; le prêtre entre pour sa part dans les allocations accordées aux théâtres. Payer son contingent d'impôt n'est pas faire acte d'adhésion ou de foi aux mille emplois qu'il reçoit. Le budget est une vaste souscription nationale où les*

¹ E. V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, 3^{ème} éd, tome I, 1843, p 443.

² Adolphe Franck, *Philosophie du droit ecclésiastique*, Paris, 1864, p 39 et s.

³ Auguste Vivien de Goubert, *Etudes administratives*, 3^{ème} éd, tome II, 1859, rééd Cujas, 1974, p 253-254.

⁴ Auguste Vivien de Goubert, *Etudes administratives*, 3^{ème} éd, tome II, 1859, rééd Cujas, 1974, p 255.

⁵ Auguste Vivien de Goubert, *Etudes administratives*, 3^{ème} éd, tome II, 1859, rééd Cujas, 1974, p 256 et s.

préférences, les goûts, les prédilections individuelles s'effacent devant les satisfactions et les nécessités générales. »¹.

Les juristes de la fin du XIXe siècle ont majoritairement adopté les positions de Vivien². Postulant la nécessité sociale de la religion, ils n'ont pas éprouvé le besoin de théoriser la notion de séparation des Eglises et de l'Etat, car, fondamentalement, ils n'en voyaient pas l'utilité.

C. – L'apparente compatibilité du régime des cultes reconnus avec les libertés de conscience et des cultes.

47. La théorie de l'utilité sociale de la religion conduit la doctrine à admettre la compatibilité du système des cultes reconnus avec les libertés de conscience des cultes. Puisque les religions doivent favoriser la moralité et la civilisation, l'Etat doit protéger les cultes, et, pour les protéger, il doit connaître leurs dogmes et leur organisation, dans le but de s'assurer qu'ils ne sont pas contraires à l'ordre public et qu'ils sont conformes aux valeurs de la nation. Si l'Etat considère qu'une confession qui se présente à lui peut être utile à la société et remplir sa fonction de service public, il va alors reconnaître ce culte, accorder à son organisation la sanction de la loi selon l'expression de Ducrocq³, et assurer une protection de ses structures, de ses dogmes, de ses ministres. Argumentant contre les adversaires du régime concordataire qui avancent que l'Etat, en reconnaissant un culte, admet la vérité de ses dogmes, l'auteur de l'article sur les cultes du *Répertoire Dalloz* expose de manière très suggestive la logique du système des cultes reconnus : « *sans s'occuper de la vérité ou de la fausseté d'une doctrine religieuse, au point de vue religieux, on peut très bien ne pas la ranger dans la classe des opinions humaines que la raison élève et renverse successivement, et la juger digne de la protection de la loi, au point de vue social. Il y a donc un milieu entre la foi et l'indifférence, pour l'Etat, et c'est ce milieu qui sert de base au système de la protection.* »⁴.

En contrepartie de cette protection, la doctrine confère à l'Etat un pouvoir de police et d'intervention étendu dans l'organisation des cultes reconnus. Ce pouvoir est classiquement justifié par les nécessités de l'ordre public, qui imposent des limitations à la liberté du culte⁵. Il trouve aussi un fondement dans la tradition gallicane d'après laquelle l'Etat doit disposer d'armes efficaces

¹ Auguste Vivien de Goubert, *Etudes administratives*, 3^{ème} éd, tome II, 1859, rééd Cujas, 1974, p 255-256.

² Voir notamment : *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853 ; Anselme Babie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome II, Cotillon, 1862 ; Dubief et Gottofrey, *Traité de l'administration des cultes*, Paris, Dupont, 1891.

³ Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 6^{ème} éd, Tome I, Ernest Thorin, 1881, p 662.

⁴ *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 734.

⁵ N. de Berty, « Cultes », in *Dictionnaire d'administration française*, tome I, Maurice Block (dir), Berger-Levrault, 1877, p 731.

contre les empiètements du pouvoir spirituel sur le pouvoir civil¹. Enfin, l'intervention poussée de l'Etat dans la vie des cultes reconnus répond à une logique quasi *contractuelle*. En ce sens, si l'administration est compétente, en vertu de l'article 1^{er} des Organiques s'agissant du catholicisme, pour autoriser la publication en France de tout acte doctrinal ou administratif de l'Eglise, cela s'explique par le *pacte* noué entre l'Etat et la religion catholique au moment de l'acte de reconnaissance. L'Etat accorde sa protection en considération des dogmes et de l'organisation qu'il connaît au moment de la reconnaissance et qu'il a jugés utiles à la société. Il est donc normal, explique le *Répertoire Dalloz*, que l'Etat puisse, par une surveillance et un contrôle constants, vérifier que l'identité du culte reconnu ne change pas au cours du temps et ne devienne contraire à l'intérêt social : « *Protecteur de la doctrine et de la discipline des cultes reconnus, l'Etat ne permet pas qu'il leur soit porté atteinte ; il ne permet même pas que les règles qu'il a autorisées, qu'il a reçues, soient, sans son autorisation, changées ou modifiées, même par l'autorité qui en a le pouvoir. La protection de l'Etat n'est pas, en effet, absolue, elle est conditionnelle ; il ne protège que ce qu'il reçoit, que ce qu'il autorise, en le protégeant il repousse toutes les modifications, tout ce qui pourrait l'altérer, sauf son autorisation.* »². Dix ans plus tôt, Foucart défend la même position : « *La charte constitutionnelle, en accordant une égale protection à tous les cultes, n'a eu en vue que ceux existants et reconnus à l'époque de sa promulgation, et non tous ceux qui pouvaient être imaginés à l'avenir. On ne peut admettre, en effet, qu'elle ait voulu étendre sa protection à des cultes qu'elle ne connaissait pas, quels que fussent d'ailleurs la nature de leurs prédications, l'exagération de leurs préceptes, le danger de leurs cérémonies. Si la liberté religieuse n'exclut pas, comme nous l'avons dit, l'intervention du pouvoir dans la police des cultes reconnus, si le gouvernement a le droit de surveiller leurs ministres, à plus forte raison a-t-il le droit, quand une secte nouvelle et inconnue se présente, de lui demander compte de ses doctrines, d'examiner si elles n'ont rien de contraire à l'ordre social, si elles ne cachent pas un but politique ou une misérable spéculation.* »³.

Le régime généralisé d'autorisation institué par le système des cultes reconnus est donc entouré d'un ensemble cohérent de justifications qui assurent sa compatibilité avec les libertés de conscience et des cultes aux yeux de la doctrine concordataire. Vivien indique ainsi que la reconnaissance est un privilège introduit au sein de la liberté⁴. Quant à Hauriou, il concilie la notion

¹ Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 6^{ème} éd, Tome I, Ernest Thorin, 1881, p 660.

² *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 733 et s.

³ E. V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, 3^{ème} éd, tome I, 1843, p 445. Voir aussi à la fin du XIXe siècle : G. Delesseux, « Des droits de police et de tutelle du gouvernement en matière de culte », *Journal de droit administratif*, octobre 1891, p 425-439.

⁴ Auguste Vivien de Goubert, *Etudes administratives*, 3^{ème} éd, tome II, 1859, rééd Cujas, 1974, p 251 ; il ajoute que « *par ce moyen [la reconnaissance], le pouvoir politique exerce une légitime influence qui ne coûte rien à la*

d'Etat laïque avec l'existence des cultes reconnus. Pour ce faire, il distingue, dans la 4^{ème} édition de son *Précis de droit administratif et de droit public général*, un principe et une exception. Le principe est celui de la laïcisation de l'Etat, qui n'a cessé de s'étendre à de plus en plus de services publics depuis la Révolution. Mais ce principe connaît une exception, c'est-à-dire le service public des cultes¹. Il y a donc alliance entre l'Eglise et l'Etat pour le service des cultes, mais séparation pour tout le reste². Cette présentation permet à Hauriou de conclure que le système des cultes reconnus est compatible avec la laïcité de l'Etat et la liberté des cultes.

48. La doctrine est moins unanime sur la question du respect des libertés de conscience et des cultes par le régime des cultes non-reconnus. Le libéral Vivien, acteur de premier plan de la Deuxième République, estime que le régime préventif auquel les cultes non-reconnus sont soumis, par le biais des articles 291 à 294 du code pénal, viole la liberté des cultes : « *Le système de l'autorisation préalable soulève une première objection : il tue la liberté. Ai-je encore un droit, si je n'en puis user que sous le bon plaisir de l'autorité publique ?* »³. Aux yeux de Vivien, le système répressif est le seul qui soit vraiment compatible avec la liberté. Il ajoute que le régime répressif s'impose particulièrement en matière de cultes. Pour prospérer, les cultes nouveaux doivent pouvoir développer leurs doctrines et leurs structures ; les schismes doivent pouvoir survenir naturellement et le prosélytisme doit être libre, car telles sont les conditions pour qu'une religion parvienne à maturité⁴. Ce raisonnement si libéral conduit-il Vivien jusqu'à l'hypothèse de la séparation des Eglises et de l'Etat ? Certainement pas. Nous avons vu plus haut que, comme la plupart des auteurs, il s'attache à fournir des justifications juridiques au système des cultes reconnus. En fait, Vivien considère que le système des cultes reconnus est conciliable avec la liberté s'il se limite à la protection et à la rémunération des cultes, et s'il implique, parallèlement, la disparition du régime préventif applicable aux cultes non-reconnus.

La position libérale de Vivien est partagée par quelques auteurs, tel que Adolphe Franck⁵, mais reste minoritaire. La majorité des auteurs se contente d'approuver la jurisprudence de la Cour de cassation qui juge les articles 291 à 294 conformes à la liberté des cultes⁶. Pour le *Répertoire*

liberté, et la société défend ses droits sans que le citoyen soit blessé dans les siens. La reconnaissance légale de cultes particuliers offre quelques-uns des avantages de l'autorisation préalable et n'en a pas les inconvénients : elle émane de la loi ; elle laisse la liberté intacte. Comme elle a pour conséquence des privilèges spéciaux, elle autorise l'Etat à stipuler en échange certaines conditions où il se propose à la fois son propre intérêt et celui de la religion. ».

¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 150.

² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 156.

³ Auguste Vivien de Goubert, *Etudes administratives*, 3^{ème} éd, tome II, 1859, rééd Cujas, 1974, p 237.

⁴ Auguste Vivien de Goubert, *Etudes administratives*, 3^{ème} éd, tome II, 1859, rééd Cujas, 1974, p 238-239.

⁵ Voir Adolphe Franck, *Philosophie du droit ecclésiastique*, Paris, 1864, p 27 et s.

⁶ Notamment : Cass. crim., 7 janvier 1848, *Lepoix et consort*, D.P., 1848, I, p 51.

Dalloz, cette conformité découle de la distinction entre *l'exercice individuel* du culte, qui est libre, et *l'exercice collectif* (c'est-à-dire, dans le cadre de l'article 291 du code pénal, des réunions ou associations religieuses supérieures à 20 personnes), qui est nécessairement borné par les nécessités de l'ordre public¹. Pour Batbie enfin, les restrictions des articles 291 à 294 du code pénal ne concernent que les droits de réunion et d'association, et ne mettent pas en cause la liberté des cultes².

* *
*

49. La vision restrictive de la liberté de conscience adoptée par la majorité des juristes du XIXe siècle disqualifie l'idée laïque. En effet, puisque les libertés de conscience et des cultes sont convenablement assurées dans le cadre du système concordataire, il n'est nul besoin de séparation des cultes et de l'Etat. La doctrine concordataire se distingue sur ce point des philosophes et des politiques acquis à la cause laïque qui considèrent que seule la Séparation peut assurer l'effectivité des libertés de conscience et des cultes. Pour le camp laïque, la liberté de conscience est la clé de voûte du droit des cultes³. Cette reformulation théorique place l'individu et ses droits au centre des relations entre l'Etat et les religions et éclipse la lourde et complexe mécanique du droit des cultes reconnus. Elle appelle en outre la séparation des Eglises et de l'Etat, qui peut seule assurer une égale liberté à l'ensemble des confessions religieuses.

§ 2. – Une approche institutionnelle du droit des cultes fondée sur la distinction des pouvoirs temporel et spirituel.

50. A la conception restrictive de la liberté de conscience, s'ajoute, chez les juristes du XIXe siècle, la perpétuation d'une lecture institutionnelle des matières cultuelles fondée sur la traditionnelle distinction des pouvoirs spirituel et temporel⁴. Après avoir donné un aperçu de cette tradition du droit public ecclésiastique (A.), nous nous pencherons, pour cerner son fonctionnement, sur l'exemple du débat relatifs à la nature du Concordat (B.).

¹ *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 728.

² Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome III, Cotillon, 1862, p 8.

³ Voir par exemple Jules Barni, *Manuel républicain*, Paris, 1872, p 87 et s ; et Jean-Michel Leniaud, *L'administration des cultes pendant la période concordataire*, NEL, 1988, p 26.

⁴ Jean-Michel Leniaud, *L'administration des cultes pendant la période concordataire*, NEL, 1988, p 27.

A. – *La tradition du droit public ecclésiastique.*

51. Pour les auteurs du XIXe siècle, le droit des cultes est moins l'organisation de droits individuels (libertés de conscience et des cultes, égalité des cultes devant la loi) qu'un droit de transaction entre le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel. Selon le terme employé au XIXe siècle, le droit des cultes est un *droit public ecclésiastique* dans lequel l'Etat et les religions, spécialement le catholicisme, entretiennent des relations de puissance à puissance. Dans son ouvrage sur la *Philosophie du droit ecclésiastique*, Adolphe Franck écrit ainsi : « *Le droit politique comprend aussi les rapports de l'Etat et de l'Eglise, ou de la société civile et de la société religieuse ; deux sociétés qui non seulement se touchent, mais qui se pénètrent dans toutes leurs parties et demeurent cependant distinctes par leur nature, quelque effort que l'on fasse pour les confondre ; dont chacune possède ou réclame son gouvernement, ses lois, sa hiérarchie, ses moyens d'action, son existence à part.* »¹. L'Eglise est donc un véritable *pouvoir dans la société*, concurrent de celui de l'Etat, et, comme l'explique Hauriou, la société politique coexiste avec une « *société religieuse* » rivale de l'Etat au point de vue politique². Dans le modèle des cultes reconnus, l'Etat n'est pas le seul à être titulaire d'une autorité sur les individus. Alors que ce dernier s'occupe des aspects matériels et sociaux de l'existence, l'Eglise jouit d'un monopole de la direction spirituelle des citoyens. La distinction n'est cependant pas radicale et il existe, aux yeux des auteurs, des points de rencontre entre les compétences de l'Etat et les compétences de l'Eglise qui sont habituellement désignés par le terme de *matières mixtes*. Les grands traits de cette théorie juridique des deux pouvoirs sont clairement exposés par N. de Berty, rédacteur de l'article sur les cultes dans le *Dictionnaire d'administration française* de Maurice Block : « *C'est un principe fondamental de la législation sur les cultes que le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel sont réciproquement indépendants l'un de l'autre ; il est basé sur la différence absolue de leur nature, de leurs attributions et de leur destination. Le pouvoir spirituel n'agit que sur les consciences, sans autre force que lui donnent les croyances de chaque individu, tandis que le pouvoir temporel s'étend sur tous les actes extérieurs, sur tous les intérêts civils et dispose de tous les moyens coercitifs.* ». Il ajoute plus loin : « *Quoique entièrement distincts l'un de l'autre, le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel ont des rapports nécessaires dans les affaires mixtes relatives au culte extérieur, aux intérêts temporels des personnes et des établissements ecclésiastiques, à l'entretien des édifices*

¹ Adolphe Franck, *Philosophie du droit ecclésiastique*, Paris, 1864, p 1-2.

² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Larose, 1900, p 162 ; sur la distinction de deux sociétés, l'une religieuse, l'autre civile, voir aussi T. Gaze, *Le droit concordataire*, Paris, 1892, p 2.

religieux. »¹. Les deux pouvoirs sont donc non seulement distincts mais indépendants l'un de l'autre. C'est là l'héritage institutionnel des luttes entre les Etats européens et l'Eglise depuis les affrontements entre Philippe le Bel et Boniface VIII au début du XIV^e siècle².

52. La nature exacte de cette indépendance réciproque fait l'objet d'appréciations variées parmi les juristes. Les canonistes, fidèles à la théologie catholique, estiment que si les deux pouvoirs sont bien séparés, le pouvoir spirituel est, de par sa nature et ses fins, supérieur au pouvoir temporel³. En 1892, l'abbé T. Gaze explique ainsi que l'Eglise est indépendante de la société civile relativement aux matières spirituelles et que l'Etat est indépendant pour ce qui touche « *à la forme du gouvernement, à l'organisation des pouvoirs publics, à la police intérieure, etc.* »⁴. En revanche, pour les matières spirituelles, l'Eglise est non seulement indépendante de l'Etat, mais *supérieure* à lui. Dans ce domaine, l'autorité civile doit obéissance et assistance au pouvoir spirituel, car celui-ci prend en charge les fins dernières de l'humanité : « *L'homme a pour fin dernière le ciel à gagner. C'est l'Eglise qui doit lui enseigner comment on se sauve, c'est elle seule qui a la mission de protéger la foi et les vérités révélées contre les imprudences ou l'ignorance de ses amis, de les défendre contre les attaques de ses ennemis. Elle seule encore a reçu le dépôt des sacrements qui sont les moyens établis par Dieu pour arriver au salut. La société civile, nous comptons l'expliquer, peut et doit apporter son concours pour aider l'Eglise dans sa mission, mais ce n'est pas un droit d'intervention, c'est seulement un devoir de protection que Dieu et la nature lui imposent.* »⁵. Ces explications illustrent l'existence d'une filiation certaine entre la doctrine des juristes canonistes du XIX^e siècle et les théories du pouvoir temporel des papes développées dès le XVI^e siècle par des auteurs comme Bellarmin⁶.

53. La lecture canoniste de la distinction des deux pouvoirs est bien sûr très différente de celle professée par les juristes laïcs. Majoritairement, les auteurs de droit public perpétuent l'esprit du

¹ N. de Berty, « Cultes », in *Dictionnaire d'administration française*, tome I, Maurice Block (dir), Berger-Levrault, 1877, p 728.

² Dominique le Tourneau, *L'Eglise et l'Etat en France*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1998, p 31 et s ; et Michel Fogel, *L'Etat dans la France moderne, de la fin du XV au milieu du XVIII*, Hachette, 2000, p 102 et s ; André Burguière et Jacques Revel, *Histoire de la France. La longue durée de l'Etat*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2000.

³ Abbé Fanton, *Traité des fabriques et du culte catholique d'après les lois civiles*, Paris/Valence, 1898.

⁴ T. Gaze, *Le droit concordataire*, Paris, 1892, p 6.

⁵ T. Gaze, *Le droit concordataire*, Paris, 1892, p 3.

⁶ Sur les luttes idéologiques entre les Etats et les Eglises après la Réforme, et les théories du pouvoir temporel indirect des papes sur les rois, voir Bernard Bourdin, *La genèse théologico-politique de l'Etat moderne*, PUF, 2004.

gallicanisme parlementaire d'Ancien Régime¹, en présentant l'indépendance des pouvoirs spirituel et temporel comme une des conditions de la liberté religieuse et comme une protection contre les empiètements de l'Eglise sur les compétences de l'Etat. Dans cette tradition doctrinale, aucune hiérarchie n'est véritablement établie entre les deux pouvoirs, mais c'est l'Etat qui dispose de la compétence pour délimiter la frontière entre les deux, notamment en définissant les matières mixtes. Ce raisonnement permet à Vivien de défendre les Articles Organiques contre les attaques venant de l'Eglise catholique, en jugeant qu'ils sont une manifestation du droit de l'Etat d'organiser les matières mixtes pour assurer sa protection contre les prétentions de l'Eglise. Donnant une interprétation nettement gallicane de la distinction, il explique : « *Sans doute le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel doivent demeurer séparés ; nul ne le conteste aujourd'hui : c'est le principe du droit moderne, le gage de la liberté de l'Eglise et de l'indépendance de l'Etat, le terme des luttes entre le sacerdoce et l'empire ; mais il est une foule d'objets mixtes où les deux pouvoirs se trouvent mêlés ; et il appartient au pouvoir politique de juger quelles questions appartiennent à son domaine et les résoudre. Cependant, nous le reconnaissons, appeler l'Etat et l'Eglise à en délibérer en commun, à se concerter, à s'entendre, est le moyen le plus propre à conserver la bonne harmonie.* »². Pour sa part, Batbie insiste sur les bienfaits de la séparation des deux pouvoirs pour les libertés individuelles et la religion. Cette séparation assure d'abord la liberté de conscience, en écartant le spectre de l'Etat théocratique, tout en maintenant l'autorité de l'Etat. Elle préserve ensuite la religion en la dégageant des « *passions terrestres* » et en prévenant la naissance du fanatisme. Pour Batbie, « *L'enthousiasme religieux, quand il ne sort pas de la sphère de la croyance, est une sublime élévation vers le ciel ; quand il veut s'imposer, quand il appelle à son secours la force matérielle, ce n'est plus une foi respectable, mais l'intolérance armée et violente.* »³.

L'ensemble de la doctrine de droit public de la fin du XIXe siècle professe une théorie des deux pouvoirs comparable à celle de Vivien et Batbie. En faisant de l'Etat et de l'Eglise deux puissances sociales, deux institutions disposant de compétences différentes et parfois concurrentes sur les citoyens (ce qui explique l'existence de matières mixtes), la doctrine a fait du droit des cultes un droit fondamentalement *institutionnel*, organisant les relations entre deux pouvoirs. Ce faisant, elle a relégué au second plan la question des libertés publiques, qui sera au centre de la loi de Séparation. Droit essentiellement *institutionnel*, le droit des cultes du XIXe siècle est en contradiction avec l'individualisme politique et juridique qui fonde l'Etat laïque, dont les libertés de

¹ Voir par exemple la version modérée du gallicanisme défendue par Claude Fleury au XVIIe siècle : Brigitte Basdevant-Gaudemet, « Autorité du pape, du roi et des évêques d'après le Discours sur les libertés de l'Eglise gallicane de Claude Fleury », *Rev. hist. droit.*, 2008, p 523-538.

² Auguste Vivien de Goubert, *Etudes administratives*, 3^{ème} éd, tome II, 1859, rééd Cujas, 1974, p 269-270.

³ Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome III, Cotillon, 1862, p 16-17.

conscience et des cultes sont l'épine dorsale. Si l'indépendance des deux pouvoirs est sans doute un acquis libéral par rapport à l'Etat théocratique, la logique du couple de notion est tout à fait éloignée de celle de l'Etat laïque pour lequel l'individu et ses droits sont au centre des relations entre l'Etat et les religions¹.

Ceci étant dit, les auteurs de droit public campent sur leurs positions jusqu'à la Séparation : l'indépendance des pouvoirs spirituel et temporel, acquis de l'histoire de l'Etat en France consacré et consolidé par le système concordataire, est jugée suffisante pour assurer la souveraineté de l'Etat et la liberté religieuse. Il n'est donc pas besoin de séparation radicale entre les cultes et l'Etat, comme le proposent les radicaux, les socialistes, certains libéraux et républicains. Sous cet angle, la dogmatique juridique du système des cultes reconnus oppose une fin de non recevoir à l'idée de séparation des Eglises et de l'Etat.

B. – *L'exemple du débat sur la nature juridique du Concordat.*

54. La domination de la distinction des deux pouvoirs comme cadre d'analyse du droit des cultes est illustrée par les débats doctrinaux de la fin du XIX^e siècle sur la nature juridique du Concordat². Il y a, s'agissant des concordats, un décalage entre l'apparition de la chose et la création du mot. Ce type d'accord est né au XII^e siècle, liant les jeunes Etats européens et la papauté. La tradition historiographique retient habituellement la convention signée à Worms par Calixte II et Henri V comme premier exemple de concordat³. L'identification de ces conventions comme une catégorie d'actes spécifiques commence véritablement au cours du XV^e siècle. Par la suite, le XVI^e siècle inaugure un mouvement de réflexion doctrinale sur les concordats chez les juristes laïcs et canonistes, qui aboutit à la formation de trois grandes théories. La première fait des concordats des privilèges accordés aux Etats par le Saint-Siège. Au contraire, la deuxième voit dans les concordats une loi émanant de la seule souveraineté de l'Etat. Enfin, la troisième retient la qualification de traité international. Plus ou moins éteinte depuis le XVIII^e siècle, la controverse regagne en vigueur au début des années 1870, à l'occasion de la parution d'un ouvrage du vicomte De Bonald. Dans un

¹ Henri Pena-Ruiz, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Gallimard, 2005, p 66 et s ; voir aussi Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, 1994, p 62 et s, où l'auteur explique que le développement de l'Etat moderne a impliqué l'effacement de la question des rapports entre les deux pouvoirs, l'Etat étant parvenu à monopoliser la puissance publique et à imposer sa souveraineté à l'Eglise.

² Voir Jean Carbonnier, « La nature juridique des concordats », mars 1960, in *Jean Carbonnier. Ecrits*, PUF, 2008, p 1318-1333.

³ J. Roussel, « L'Eglise et les concordats », *R.P.P.*, 1905, p 540-555 ; et Franck Roumy, « Le concept de concordat dans la doctrine canonique des XVI^e-XVIII^e siècles », in *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'Union européenne*, Brigitte Basdevant-Gaudemet et Pierre Messner (dir), PUF, 1999, p 35.

opuscule de 1871 consacré à la nature du Concordat de 1801¹, De Bonald reprend les théories canonistes en expliquant que l'acte de 1801 ne peut être envisagé comme un contrat entre le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel. Le premier pouvoir étant supérieur au second, le Concordat ne peut être qu'une concession, qu'une grâce accordée par l'Eglise à l'Etat français². Ayant sollicité l'avis du Saint-Siège sur sa théorie, De Bonald reçoit l'approbation de plusieurs théologiens et du pape Pie IX en personne, qui indique que l'ouvrage a correctement exposé la doctrine de l'Eglise relative aux concordats. Cet événement intellectuel ravive le problème de la nature juridique du Concordat. Son importance stratégique s'accroît du reste en raison de la montée en puissance du thème de la séparation des Eglises et de l'Etat. En effet, qu'on qualifie le Concordat de pure loi interne, et son abrogation devient possible sans l'aval de Rome. Qu'on le qualifie de traité international ou de contrat synallagmatique, et la disparition des liens concordataires devient plus difficile d'un point de vue juridique.

55. Dans ce débat juridique stratégique, la doctrine conclut unanimement, mais par des arguments divers, au caractère obligatoire du Concordat.

Un premier groupe minoritaire, composé de canonistes, fait du Concordat une concession du Pape à l'Etat français, liant uniquement ce dernier. Pour le Père jésuite Liberatore, il s'agit d'une faveur accordée à un prince, d'une loi particulière édictée par le pape pour régler les matières spirituelles et même les matières mixtes. L'auteur concède que le Concordat puisse être considéré comme un contrat seulement pour ce qui concerne les questions purement temporelles³.

Pour sa part, T. Gaze voit dans la convention de 1801 à la fois un contrat et une concession du Pape accordée à l'Etat, une sorte de « *pacte* » qui n'oblige que le pouvoir civil⁴. Par nature, explique Gaze, les concordats sont des faveurs du Pape, pour une raison juridique et une raison théologique. D'abord, le Concordat ne peut être une convention ou un contrat car il ne crée aucune obligation réciproque. Alors que le Pape transmet au prince l'usage de certains droits, comme la délimitation des circonscriptions ecclésiastiques ou la nomination des ministres du culte, le prince n'abandonne aucun élément de son autorité et se contente de promettre la liberté et la protection du culte. Par ailleurs, du point de vue théologique, il ne peut y avoir de contrat entre les Etats et l'Eglise car les

¹ De Bonald, *Deux questions sur le Concordat de 1801*, Genève, 1871.

² Voir J. Roussel, « L'Eglise et les concordats », *R.P.P.*, 1905, p 540-555.

³ P. Liberatore, *L'Eglise et l'Etat dans leurs rapports mutuels*, Paris, 1877. Voir aussi les positions de Tarquini, Palmieri ou Avanzini décrites par T. Gaze, *Le droit concordataire*, Paris, 1892, p 25 et s.

⁴ T. Gaze, *Le droit concordataire*, Paris, 1892, p 34 et s.

deux pouvoirs ne sont pas égaux. L'Eglise, en raison de sa finalité spirituelle, est supérieure au pouvoir temporel des Etats¹. La nature intime du Concordat en fait donc une concession du Pape.

Pourtant, dit Gaze, le Concordat peut aussi être considéré comme un contrat, car, par une pratique multiséculaire, l'Eglise admet, en vertu de sa propre volonté, et dans un souci de bonne entente avec les Etats, qu'il s'agit de conventions synallagmatiques qui obligent les deux parties. Cependant, dans la théorie de Gaze, cette pratique relève du pur fait et est totalement dépendante de la volonté du pape, qui pourrait décider de changer de doctrine sans illégalité. Nul doute que cette présentation, comme celle des autres auteurs canonistes, ne perpétue la lecture du droit de cultes sous l'angle institutionnel des relations entre les deux pouvoirs.

56. Du côté des juristes laïcs, les conceptions du Concordat ne sont plus intimement liées à la théologie catholique mais restent dans le cadre de la théorie des pouvoirs spirituel et temporel. Une partie importante et majoritaire des auteurs de droit public affirme que le Concordat est un *traité international* entre les deux puissances. Les conditions de formation, le vocabulaire employé dans le texte du Concordat et la forme de l'acte conduisent ce courant à retenir la qualification de traité de droit international². Cette position présuppose bien sûr la lecture du droit des cultes en termes de relations entre pouvoirs. N. de Berty expose ainsi clairement que le Concordat « réunit tous les caractères d'un traité conclu entre le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel, qui ne peut être modifié que par le concours et le consentement réciproques des deux puissances contractantes. »³. Dans un cours professé à la faculté de droit de Douai en 1885-1886, le publiciste Horoy défend une position analogue, en développant une argumentation substantielle et en défendant la légitimité du Concordat⁴. Que ce dernier soit un traité, cela découle d'abord de la forme de l'acte, qui revêt tous les caractères d'une convention diplomatique entre le pape Pie VII et Napoléon Bonaparte. Ensuite, il ne fait pas de doute pour l'auteur que le pape a la capacité juridique de conclure des concordats au

¹ T. Gaze, *Le droit concordataire*, Paris, 1892, p 37.

² N. de Berty, « Cultes », in *Dictionnaire d'administration française*, tome I, Maurice Block (dir), Berger-Levrault, 1877, p 727 ; Lucien Crouzil, *Le Concordat de 1801, étude historique et juridique*, Bloud et Cie, 1904 ; Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome III, Cotillon, 1862 ; Emile Ollivier, *Nouveau manuel de droit ecclésiastique français*, tome I, Paris, 1886, p 504 ; Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 6^{ème} éd, tome I, Ernest Thorin, 1881, p 667 ; Théophile Ducrocq, « De la personnalité civile en France du Saint-Siège et des autres puissances étrangères », *R.D.P.*, 1894, p 47-76. Si Ducrocq estime que le Concordat est un véritable traité international, il s'écarte cependant de l'idée que le Saint-Siège est avant tout le représentant du pouvoir spirituel. Dans l'article précité, il insiste, en s'appuyant sur sa théorie de la personnalité morale et des établissements publics, sur le fait que le Saint-Siège dispose en droit français de la personnalité civile au seul titre de sa puissance temporelle, et non en raison de sa qualité de pouvoir spirituel représentant tous les catholiques. De plus, Ducrocq précise que l'Etat français peut, en vérifiant le respect par le Saint-Siège du principe de spécialité des établissements public, se prémunir contre les activités de l'Eglise contraires aux intérêts et à la souveraineté de l'Etat.

³ N. de Berty, « Cultes », in *Dictionnaire d'administration française*, tome I, Maurice Block (dir), Berger-Levrault, 1877, p 727.

⁴ Horoy, *Leçons sur le Concordat*, Paris, 1891.

nom de l'Eglise. Celle-ci dispose de la personnalité juridique internationale, non pas au nom de sa puissance temporelle, mais en raison de sa finalité qui en fait une puissance spirituelle non territoriale, traditionnellement reconnue par les Etats comme un sujet de droit international¹. Répondant aux anticoncordataires, il affirme en outre que les traités ne sont pas limités aux questions de guerre et de paix ou aux alliances commerciales, mais peuvent aussi concerner les matières spirituelles. Horoy propose donc une théorie du Concordat solidement arrimée à la distinction des deux pouvoirs. Au fil de son ouvrage, il mène par ailleurs une défense du système concordataire qui atteste du caractère paradigmatique attaché au couple de notions. Il avance ainsi que le Concordat a l'irremplaçable avantage sur le régime de Séparation de déterminer avec précision la limite de chaque pouvoir². Par ailleurs, la délimitation des deux domaines est un outil précieux du pouvoir civil contre les empiètements de l'Eglise. Enfin, le Concordat a le grand mérite de permettre la conciliation du droit public ecclésiastique d'Ancien Régime avec le droit public de la Révolution française³. A cet égard, Horoy fait du Concordat un lien entre le passé et le présent, un aspect de l'identité de la nation française. Tant d'arguments aussi forts excluent évidemment l'abrogation du Concordat.

La théorie du concordat-traité est majoritaire⁴ mais coexiste avec des conceptions contractuelles alternatives. Ainsi, certains auteurs considèrent qu'il ne s'agit pas d'un traité, mais d'une convention *sui generis* d'un type particulier. Tel est le cas de Maurice Hauriou qui estime que le Concordat ne peut être un traité puisque l'Eglise n'est pas un Etat, mais qu'il s'agit d'une convention internationale particulière dans laquelle l'Eglise intervient en qualité de corporation internationale titulaire du pouvoir spirituel et disposant de la personnalité internationale⁵.

Enfin, en 1898, Georges Cahen développe une définition modernisée du Concordat comme contrat qui reste cependant dans l'orbite de la théorie des deux pouvoirs⁶. Pour parvenir à sa propre définition, Cahen évoque, pour les réfuter, les diverses théories émises sur la nature des concordats. Il s'attarde sur les arguments des laïques considérant la convention de 1801 comme une loi interne, certes convenue avec l'Eglise, mais complètement dépendante de la volonté de l'Etat. Selon les laïques, la matière du Concordat est intimement liée à la souveraineté nationale. Or, dans le cadre de

¹ Horoy, *Leçons sur le Concordat*, Paris, 1891, p 11 et s.

² Horoy écrit que supprimer le Concordat, « *se serait faire disparaître des poteaux indicateurs des limites conventionnelles soit morales, soit juridiques, nettement précisées, dans lesquelles se meuvent l'Etat et l'Eglise.* ». Plus loin, il affirme que « *Les Etats sans concordats sont des Etats qui remplacent un traité par des conventions de détails, au jour le jour, par une entente concordataire non écrite.* ».

³ Cette idée est aussi soutenue par Emile Ollivier dans son *Nouveau manuel de droit ecclésiastique français*, tome I, Paris, 1886, p 504 et s.

⁴ Georges Cahen, « De la nature juridique du Concordat », *R.D.P.*, 1898, p 221-240.

⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 156.

⁶ Georges Cahen, « De la nature juridique du Concordat », *R.D.P.*, 1898, p 221-240.

l'Etat républicain, la souveraineté nationale est la seule source de la loi. Dès lors, l'Eglise ne peut légitimement participer comme puissance spirituelle souveraine à l'édiction de la législation et contracter avec l'Etat sur l'exercice de la souveraineté¹ ; en conséquence, le Concordat ne doit pas être envisagé comme un traité. Cahen n'est pas convaincu par ces arguments. Selon lui, le Concordat se borne à organiser le libre exercice du culte catholique et n'implique à ce titre aucune aliénation de souveraineté. De plus, si la « *propriété* » de la souveraineté est inaliénable, son exercice est limité par « *une sphère de droits coexistante et supérieure dans une certaine mesure au droit de souveraineté.* »². Pour écarter les prétentions anticoncordataires, Cahen invoque donc la notion d'Etat constitutionnel limité par les droits individuels ; la lecture du droit des cultes selon la distinction des deux pouvoirs est ici paradoxalement confortée par la théorie de l'Etat constitutionnel. Cahen se penche ensuite sur le problème de la capacité du Saint-Siège pour conclure le Concordat. Une fois encore, l'auteur infléchit la conception classique qui fait de l'Eglise une personne juridique internationale au même titre que les Etats, tout en restant dans le cadre de la théorie des pouvoirs temporel et spirituel. Selon lui, le Pape n'est certes pas un souverain, mais il n'est le sujet d'aucun Etat. Le Saint-Siège jouit en fait d'une personnalité juridique intermédiaire fondée sur son autorité morale et les finalités spirituelles de l'Eglise. Plus précisément, dans le cadre du Concordat de 1801, l'Eglise ne contracte pas pour elle-même mais au nom de la communauté des catholiques français. A cet égard, Cahen compare l'Eglise aux syndicats et aux ordres professionnels ; nous sommes donc bien loin des doctrines qui présentent le Saint-Siège comme un véritable Etat souverain. L'Eglise, aux yeux de l'auteur, « *n'est qu'un simple groupement, une corporation autorisée, ni subordonnée, ni entièrement libre, n'ayant aucun caractère commun avec l'Etat.* »³. Malgré ce coin fortement enfoncé dans la théorie de l'Eglise comme puissance spirituelle, Cahen persiste à considérer que cette dernière peut contribuer à définir le droit des cultes en se liant avec les Etats par des concordats. Finalement, en expliquant que l'Etat contracte avec ses sujets catholiques représentés par l'Eglise, Cahen se rapproche en partie du régime de la Séparation qui met au centre de sa philosophie l'individu religieux envisagé comme citoyen ; mais fondamentalement, il reste dans le cadre de la théorie des deux pouvoirs, car l'Eglise, même simple représentante des catholiques français, intervient comme une puissance qui participe avec l'Etat à la confection du droit interne, par un contrat que les deux parties doivent respecter⁴.

¹ Voir par exemple Raoul Bompard, « La conclusion et l'abrogation des concordats », *R.P.P.*, 1903, p 553-580.

² Georges Cahen, « De la nature juridique du Concordat », *R.D.P.*, 1898, p 221-240, p 230. Il ajoute : « *Ne peut-on pas aller plus loin encore, et considérer que dans les pays constitutionnels, la Constitution est une limite volontaire, dans laquelle le pouvoir souverain s'enferme spontanément lui-même, en garantissant ainsi ses sujets contre sa propre autorité.* ».

³ Georges Cahen, « De la nature juridique du Concordat », *R.D.P.*, 1898, p 221-240, p 230.

⁴ Georges Cahen, « De la nature juridique du Concordat », *R.D.P.*, 1898, p 221-240, p 236.

§ 3. – *L'opinion doctrinale dominante : l'inopportunité de la Séparation.*

57. En définitive, les caractéristiques de la dogmatique juridique concordataire s'avèrent nettement incompatibles avec la notion de séparation des Eglises et de l'Etat. C'est pourquoi les juristes de la fin du XIXe siècle y sont massivement hostiles, qu'ils la jugent inutile ou funeste. Cependant, peu d'auteurs apportent une réfutation rigoureuse et développée de la notion. Il faut attendre les dernières décennies du XIXe siècle, au moment de la montée en puissance du débat politique sur la séparation des Eglises et de l'Etat, pour que quelques juristes développent un raisonnement juridique consistant opposant une fin de non-recevoir à la Séparation. Le phénomène est cependant limité.

La majorité de la doctrine garde le silence sur la question ou repousse indirectement l'éventualité de la Séparation, en adoptant la position de Ducrocq ou d'Emile Ollivier. L'interprétation implicite qui ressort des écrits du premier auteur se démarque nettement des conceptions défendues à l'époque par les philosophes et les politiques laïques. Pour ces derniers, la Séparation implique toute une théorie de l'Etat démocratique, de ses fonctions et de ses limites. Pour Ducrocq au contraire, la Séparation n'a qu'une signification résiduelle et désigne la situation des cultes non-reconnus ; elle n'est que l'envers du système des cultes reconnus. En ce sens, il explique : « *En France tous les cultes non reconnus par l'Etat sont en réalité soumis au régime que, de la part de ceux qui veulent l'étendre à tous les cultes et ne plus admettre de cultes reconnus, l'on appelle la séparation de l'Etat et de l'Eglise.* »¹. Dans une logique assez proche, Emile Ollivier assimile la séparation des Eglises et de l'Etat au système concordataire qui perpétue la sécularisation de l'Etat inaugurée par la Révolution et l'indépendance réciproque des pouvoirs temporel et spirituel ; l'auteur ne conçoit pas d'autre contenu à la notion de Séparation. Il écrit ainsi : « *Il y a trois manières de sortir du Concordat, ou, retombant dans l'inconséquence de la Constituante, après avoir proclamé l'indépendance réciproque de l'Eglise et de l'Etat, on s'immisce dans la vie intérieure de l'Eglise ; ou l'on rétablit l'union de l'ancien régime ; ou l'on revient à l'hostilité de la période déchaînée de la Révolution. Quelle que soit celle de ces portes par laquelle on sorte du Concordat, on tombe après l'avoir franchie dans les complications et les troubles.* »².

Ces arguments habituels ne sont qu'implicitement défavorables à la Séparation. Certains auteurs, comme Anselme Batbie (A.), Maurice Hauriou (B.) et Henri Doniol (C.), sont allés plus loin en justifiant leur rejet avec plus ou moins de précision.

¹ Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 6^{ème} éd, tome I, Ernest Thorin, 1881, p 662.

² Emile Ollivier, *Nouveau manuel de droit ecclésiastique français*, tome I, Paris, 1886, p 572.

A. – *L'exemple d'Anselme Batbie.*

58. En 1862, Batbie mène une réfutation des trois courants séparatistes qu'il identifie. Le premier, explique-t-il, d'inspiration catholique, demande la suppression du budget du culte pour rapprocher le fidèle de la religion qu'il devra financer lui-même, et « *ranimer le zèle des adhérents et l'ardeur des prêtres.* ». De cette façon, ce courant entend parvenir à la régénération de la religion. A l'opposé, le parti des politiques, ennemi de la religion, veut la Séparation pour affaiblir le catholicisme. Enfin, le parti des philosophes, dénonce, « *au point de vue du droit et de la justice* », l'iniquité du budget des cultes qui impose à nombre de contribuables de financer des cultes qu'ils ne pratiquent pas¹.

A ces positions, Batbie oppose trois sortes d'arguments. Aux séparatistes catholiques, il répond que la suppression de la protection de l'Etat fait courir le risque de la destruction de la religion, car la ferveur religieuse a besoin d'être encouragée et soutenue pour prospérer². Aux politiques, il répond, dans la droite ligne de la théorie concordataire inaugurée par Portalis, que le sentiment religieux fait partie de la nature humaine et qu'en voulant détruire la religion, ils risquent de détruire la morale. Enfin, aux arguments d'équité brandis contre le budget des cultes par les philosophes, il explique que s'agissant du catholicisme, le salaire versé au culte représente la contrepartie de la confiscation des biens du clergé au début de la Révolution³.

A l'issue de cette implacable réfutation, Batbie conclut à l'inutilité de la Séparation. Toutefois, à la fin de ses développements, il semble revenir sur sa position en acceptant d'un point de vue théorique l'idée de l'application du droit commun aux cultes reconnus, tout en conservant le salaire. Mais pour Batbie, la possibilité théorique ne résiste pas à la tradition historique de l'alliance entre l'Eglise et l'Etat en France, qui rend définitivement inopportune l'application d'un régime de Séparation.

¹ Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome III, Cotillon, 1862, p 178-179.

² Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome III, Cotillon, 1862, p 180. Dans *La philosophie du droit ecclésiastique*, Paris, 1864, p 10 et s, Adolphe Franck soutient une position voisine, en considérant que la Séparation, par le développement anarchique des sectes, des cultes et des sentiments envers la religion qu'elle impliquerait, conduirait à la décadence de la religion. De plus, dans les vieux pays européens comme la France qui connaissent une religion dominante, la séparation fait courir le risque que l'Eglise profite de sa liberté pour menacer la souveraineté de l'Etat.

³ Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome III, Cotillon, 1862, p 182.

B. – *L'exemple de Maurice Hauriou.*

59. Comme le remarque Charles Eisenmann, Maurice Hauriou conçoit le droit en catholique et cette attitude a évidemment marqué son approche du droit des cultes¹. Avant la loi de 1905, Hauriou aborde la question de la Séparation en deux occasions dans son *Précis de droit administratif et de droit public général*. Sa position est anti-séparatiste. Dans un premier temps, il reprend, dans la présentation qu'il donne du droit public ecclésiastique, des thèmes proches de la réfutation juridique menée par Batbie. Ensuite, dans les développements consacrés au *régime d'Etat*, il raffine sa position dans le cadre de sa théorie de l'Etat.

60. Dans le chapitre consacré au droit public ecclésiastique, Hauriou examine si la Séparation peut être un remède à « *l'asservissement du clergé* » et à « *l'assoupissement des fidèles* », principaux inconvénients de la situation concordataire qu'il identifie². Il repousse l'idée de Séparation en s'appuyant sur les notions doctrinales classiques du XIXe siècle, c'est-à-dire la distinction des pouvoirs spirituel et temporel et l'idée d'utilité sociale de la religion³. L'Etat et la « *société religieuse* », ou pouvoir spirituel, sont sans doute rivaux du point de vue politique, mais partagent la même fonction sociale, c'est-à-dire la poursuite du progrès, de la chose publique et de la liberté des membres de la société. C'est pourquoi Hauriou déplore la politique anticléricale de la République et dénonce le « *Kulturkampf administratif* » mené par l'administration contre l'Eglise catholique depuis les années 1880⁴. Au lieu de s'opposer, l'Eglise et l'Etat doivent donc coopérer pour mettre la religion au service de la société. Dans ce cadre, nul doute que la Séparation soit à rejeter. Hauriou ne conçoit pas la religion comme une pure affaire privée ; elle fait partie de la nature humaine et remplit un rôle social qui doit être favorisé⁵. La suppression du service des cultes n'est donc pas envisageable et entraînerait d'inextricables difficultés d'un point de vue pratique : en l'absence d'un cadre contractuel comme le Concordat, qui résout à l'avance les problèmes, l'Etat serait contraint de régler au cas par cas les multiples questions suscitées par ses relations avec l'Eglise et verrait sa position affaiblie par rapport au Saint-Siège.

¹ Charles Eisenmann, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue philosophique*, juillet-décembre 1930, p 231-279 ; voir aussi Lucien Sfez, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, 1966.

² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 161.

³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 162.

⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 162-163.

⁵ Hauriou indique en note que « *le sentiment religieux est incompressible au-delà d'une certaine limite* ».

61. Dans la théorie de l'Etat qu'il défend en 1900, Hauriou repousse à nouveau la possibilité de la séparation des Eglises et de l'Etat. Dès cette époque, les grands traits de la pensée d'Hauriou sont ceux que Charles Eisenmann a dégagés dans un important article de 1930¹ : sa doctrine de l'Etat est à la fois individualiste, tournée vers la défense de la liberté et des droits, et nettement élitiste et corporatiste. Hauriou part d'une distinction entre « *l'Etat chose publique* » et « *l'Etat personne souveraine* ». « *L'Etat chose publique* » correspond à la société civile, à l'ensemble des libertés particulières qui sont autant de droits subjectifs limitant la souveraineté, selon un schéma conforme à la tradition du libéralisme politique². « *L'Etat personne-souveraine* » fait quant à lui référence aux institutions qui, par l'exercice de la souveraineté, assurent la protection de la chose publique, c'est-à-dire des libertés particulières. Ici, Hauriou rompt avec la tradition libérale car il institue une hiérarchie de valeurs entre les différentes composantes de la souveraineté. Le pouvoir exécutif, réservés aux éléments d'élite de la société, est ainsi supérieur au pouvoir législatif qui représente les « *similitudes sociales* ». Pour que cette hiérarchie naturelle soit préservée et respectée, chaque organe de l'Etat doit résulter d'un processus de légitimation différent, adapté à sa nature. La faculté de faire la loi est ainsi attribuée à l'organe législatif désigné par le suffrage universel. Ceci découle de ce que le pouvoir de faire la loi est un pouvoir égalitaire, représentant les « *similitudes sociales* » ; il nécessite donc un mode de désignation égalitaire tel que le suffrage universel. En revanche, Hauriou considère que la nature égalitaire du suffrage universel corrompt le pouvoir exécutif. Il en conclut à la supériorité du suffrage corporatif représentant les intérêts professionnels, seul apte à dégager les éléments d'élite de la société. Hauriou propose donc une forme d'élitisme démocratique dans lequel les libertés particulières et la souveraineté collaborent à la réalisation de la chose publique dans ce qu'il nomme le régime d'Etat, c'est-à-dire « *la participation des libertés particulières et de la souveraineté en vue de la réalisation de la chose publique, c'est-à-dire dans des fins d'égalité individuelle.* »³. Pour le professeur toulousain, les libertés particulières sont donc à la fois un vecteur et une limite de la réalisation de la chose publique par la souveraineté.

Pour Hauriou, la chose publique et les libertés particulières représentent la structure juridique de base de la société. Cette structure est fondamentalement individualiste, car les droits publics individuels proclamés dans la Déclaration de 1789 y tiennent une place prépondérante ; mais elle comprend aussi d'autres « *existences sociales* » qui disposent de droits subjectifs et composent le régime d'Etat. Ainsi, à coté des individus, Hauriou range les corporations et les Eglises parmi les

¹ Charles Eisenmann, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue philosophique*, juillet-décembre 1930, p 231-279. Voir aussi Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus Politicum*, n°2, 2009 (www.juspoliticum.com).

² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 10 et s.

³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 22.

sujets titulaires de libertés particulières dans le régime d'Etat. Dès lors, les libertés individuelles ne sont pas les seules à faire partie des libertés particulières bornant la souveraineté. Les *libertés corporatives* relèvent aussi de cette catégorie, car, au même titre que les individus, les corporations ont « *une existence sociale certaine* »¹. Les corporations sont donc « *dans l'Etat* » et disposent de la personnalité juridique. Elles comprennent les Eglises, les corps et communautés, les administrations décentralisées, les établissements publics.

62. De cette théorie à la fois individualiste et corporatiste du régime d'Etat, Hauriou déduit que la séparation des Eglises et de l'Etat ne peut être admise car cela impliquerait la négation d'un élément de l'Etat et d'une dimension des libertés particulières constitutives du régime d'Etat. Hauriou explique ainsi : « *Les églises chrétiennes sont dans la plupart des pays organisées corporativement dans l'Etat, mais distinctes de lui. Il en est, comme l'Eglise catholique, qui constituent des corporations internationales. Il convient évidemment de les prendre telles qu'elles se présentent, d'accepter la liberté de leur existence sociale et les restrictions qu'en leur considération la souveraineté de l'Etat s'impose en matière de culte. Mais notre théorie générale de la souveraineté conduit à la condamnation de la séparation absolue des églises et de l'Etat, doctrine contraire à cette vérité que toutes les existences sociales honorables qui se meuvent dans le régime d'Etat ont droit à participer à la souveraineté de l'Etat.* »². Le système des cultes reconnus est donc la conséquence d'une des manifestations de la liberté dans le régime d'Etat. La liberté étant rien moins que le but de l'Etat, le système concordataire jouit dans cette théorie d'une position très forte, qui exclut toute idée de séparation des cultes et de l'Etat.

Nous verrons plus loin que cette position d'Hauriou va évoluer après la Séparation. Mais il reste que sa réfutation de la Séparation à la fin du XIXe siècle témoigne d'une étape précoce de la formation de sa pensée juridique influencée par le catholicisme social³.

C. – *L'exemple de Henri Doniol.*

63. Le dernier exemple de réfutation doctrinale de la séparation des Eglises et de l'Etat est celui de Henri Doniol, qui publie en 1894 un article consacré à la « *question de l'Eglise en France* ». Doniol

¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 24.

² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 24.

³ Julien Barroche, « Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2008, n°28, p 307 et s ; Yann Tanguy, « L'institution dans l'œuvre de Maurice Hauriou », *R.D.P.*, 1991, p 61 et s.

est un publiciste et historien républicain¹ et son raisonnement est très illustratif de la prégnance des doctrines concordataires après la prise de contrôle des institutions par les républicains de gouvernement en 1879. Alors qu'il donne une interprétation nettement anticléricale du système des cultes reconnus, Doniol ne se prononce pas en faveur de la séparation des Eglises et de l'Etat et se contente de préconiser une réforme du cadre concordataire.

L'argumentation de l'auteur commence par une distinction entre la religion, qu'il considère comme un besoin essentiel de l'homme, et l'Eglise catholique envisagée comme un appareil ecclésiastique, véritable Etat dans l'Etat générateur d'un danger pour la société : « *Le problème n'est point de débarrasser l'Etat du culte catholique, pas plus que des autres cultes ses voisins. Ils répondent chacun à un besoin indélébile que l'Etat n'a ni devoir ni intérêt de combattre. Dans sa conception moderne, au contraire, il a le mandat essentiel de procurer à l'individu la libre action, et, conséquemment, toute la liberté du culte compatible avec la chose publique. Ce qui lui appartient, c'est de se garder des appareils créés pour l'administration des cultes. Leurs corporations de ministres, leurs congrégations de fidèles ou d'agents et les attaches qui les lient, autrement dit les organismes propres des religions, cela seul est dangereux. L'Etat a mission, et mission unique, d'empêcher que, par ces organismes particuliers, et par les dispositions morales qu'ils produisent et entretiennent, l'un ou l'autre des cultes existants le domine ou le mène.* »². Ce n'est donc pas le culte en lui-même qui est dangereux, mais ce sont les institutions ecclésiastiques. Dans une perspective clairement anticléricale mais non antireligieuse, la problématique de Doniol consiste à protéger l'Etat contre l'influence des Eglises, particulièrement de l'Eglise catholique. En effet, celle-ci, contrairement au protestantisme et au judaïsme, vise systématiquement l'asservissement et la maîtrise des Etats³. Ses dogmes, radicalisés par Pie IX et Léon XIII⁴, sont en outre manifestement contraires à la civilisation moderne et à l'idée républicaine synonymes de « *liberté intellectuelle et politique* ».

¹ Voir Henri Doniol, « Les idées politiques et les partis en France durant le XIXe siècle », *R.D.P.*, 1902, p 385-438. Dans cet article, Doniol retrace le développement de l'idée républicaine. Il défend une République organisée et stable, dans laquelle le suffrage universel serait canalisé et où l'exécutif aurait des facultés d'action suffisantes pour gouverner efficacement.

² Henri Doniol, « La question de l'Eglise en France », *R.D.P.*, 1894, p 405-440.

³ Doniol explique que « *L'Eglise catholique maîtrisera, quand elle ne les subordonnera point, tous les Etats qui lui laisseront occuper librement chez eux la place qu'elle prétend exigée par son institution propre. Ils subissent sa dépendance par cela seul qu'ils acceptent dans leur sein l'échelle des pouvoirs partant de Rome comme d'une source spirituelle instituée divinement.* » (Henri Doniol, « La question de l'Eglise en France », *R.D.P.*, 1894, p 405-440, p 409).

⁴ Outre le Syllabus de Pie IX, le concile de Vatican I qui s'achève en 1870 pose le principe de l'infaillibilité pontificale en matière de foi. Sur Léon XIII, parfois faussement considéré comme un Pape libéral, voir Philippe Portier, « L'Eglise catholique face au modèle française de laïcité », *Arch. sc. soc. des rel.*, 2005, n°129, p 117 et s.

64. Pour mener la lutte, l'arme du Concordat apparaît comme fondamentalement inadaptée. Le Concordat a créé « *une forteresse* » pour l'Eglise, qui maintient son organisation et son emprise sur la population grâce au soutien financier et administratif de l'Etat¹. Aux yeux de l'Eglise, la convention de l'an IX n'est d'ailleurs qu'une concession au pouvoir civil, qu'il faut toujours interpréter au profit du pouvoir spirituel. Contrairement à tout un courant catholique qui fait du Concordat une arme de persécution de l'Eglise par l'Etat, Doniol estime donc sans nuances que le Concordat est nettement favorable à l'Eglise et défavorable à l'Etat. Il faut, écrit-il, « *que le pouvoir civil vive côte à côte avec cette sorte d'Etat parallèle, qui est son adversaire de chaque moment ! C'est un second Etat légalement institué. L'autre, l'Etat véritable, n'a que l'unique ressource de tenir ouverte contre celui-là une guerre irritante, blessant assez pour l'exciter, pas assez pour le détruire, l'entretenant donc en lutte, bien mieux lui permettant de saisir avec avantage les occasions de retour et l'invitant à les susciter.* »².

65. Malgré cette condamnation sans appel du système concordataire, Doniol ne préconise pas la séparation des Eglises et de l'Etat. Sa réfutation illustre encore une fois les grands traits des théories doctrinales du XIXe siècle qui ont été étudiés plus haut. La Séparation n'est pas concevable car la religion est un besoin politique et social que l'Etat doit soutenir et rémunérer, sous peine de susciter le mécontentement et le conflit au sein de la population. Selon Doniol, la religion tient lieu, pour la masse de la population inculte, à la fois « *de cours de lettres, de science, de philosophie et de morale.* »³. Elle informe les comportements moraux et contribue à déterminer l'attitude des citoyens envers l'Etat. Celui-ci ne peut donc s'en désintéresser en se séparant de l'Eglise. De plus, et dans le droit fil de sa perspective anticléricale, l'auteur estime que la Séparation, en abandonnant les contraintes du Concordat, favoriserait la puissance de l'Eglise. Même privée du budget des cultes, l'Eglise catholique ne serait pas affaiblie, car elle tire sa force « *de son organisation bien davantage que de sa fortune.* »⁴, et maintiendrait ses ressources en mettant les fidèles à contribution. Plus grave, grâce à la Séparation, elle disposerait d'un vaste champ de liberté qui lui permettrait d'étendre sa domination morale et politique et d'accentuer les fractures de la société française : « *Non rétribuée, elle récupérera bientôt sa perte d'argent sur les fidèles. En échange, elle aura acquis le droit complet d'élever au sein de l'Etat gouvernement contre gouvernement, et le droit de couper de*

¹ Henri Doniol, « La question de l'Eglise en France », *R.D.P.*, 1894, p 405-440, p 411.

² Henri Doniol, « La question de l'Eglise en France », *R.D.P.*, 1894, p 405-440, p 412.

³ Henri Doniol, « La question de l'Eglise en France », *R.D.P.*, 1894, p 405-440, p 418.

⁴ Henri Doniol, « La question de l'Eglise en France », *R.D.P.*, 1894, p 405-440, p 431.

plus en plus la France en deux Frances opposées entre elles par les notions morales, par les idées et les sentiments, par les aspirations et les conduites. »¹.

Si la séparation des Eglises et de l'Etat est à proscrire, quelle est la solution proposée par Doniol pour sortir de l'impasse concordataire ? Le remède qu'il avance est fondé sur une critique de l'organisation hiérarchique de l'Eglise catholique qu'il identifie comme la cause de presque tous les maux des relations entre l'Etat et le catholicisme. Le Concordat est dépassé et doit être rompu par une dénonciation conforme au droit international. Doniol propose de réorganiser ensuite le culte à partir de la communauté des fidèles, sur le modèle du christianisme primitif. La hiérarchie de l'Eglise devra être supprimée, les archevêques et les évêques perdront leurs prérogatives. Seules les assemblées de fidèles pourront nommer les prêtres, qui devront obtenir leurs grades canoniques dans les séminaires gérés par les assemblées. En définitive, même marqué par les doctrines républicaines et l'anticléricalisme de la fin du XIXe siècle, un juriste comme Doniol écarte la Séparation comme solution à la crise qu'il constate dans les rapports entre l'Eglise et l'Etat. Il préconise à la place un retour aux sources du christianisme, en centrant la vie religieuse sur les fidèles à l'image des églises protestantes et en cassant les institutions ecclésiastiques accusées de tous les maux. L'article de Doniol illustre la prégnance des théories gallicanes parmi les juristes du XIXe siècle. Ses positions font écho à celles des gouvernements républicains de la même époque qui préfèrent maintenir le cadre concordataire comme un outil efficace d'action contre l'Eglise dont ils se méfient, plutôt que de réaliser la Séparation qui fait pourtant partie de leur programme politique².

* *
*

66. La notion de séparation des Eglises et de l'Etat implique que les relations des cultes et de l'Etat soient pensées en fonction du simple jeu entre les libertés publiques et l'ordre public, selon l'expression de Jean-Michel Leniaud³ ; elle postule en outre une version compréhensive de la liberté de conscience, incluant l'ensemble des choix spirituels et conduisant logiquement à la remise en cause du statut de service public dont jouissent les cultes reconnus. Mais, au XIXe siècle, le thème séparatiste n'est pas reçu et développé par les juristes. La doctrine n'a pas construit juridiquement les notions de Séparation et d'Etat laïque, se maintenant ainsi dans un cadre théorique en partie

¹ Henri Doniol, « La question de l'Eglise en France », *R.D.P.*, 1894, p 405-440, p 432.

² Voir Jean-Marie Mayeur, *La question laïque, XIXe-XXe siècle*, Fayard, 1997, p 50 et s ; Chez Jules Ferry par exemple, la méfiance envers l'Eglise s'accompagne d'une analyse de la société, qu'il juge encore trop attachée à la religion pour réaliser la Séparation.

³ Jean-Michel Leniaud, *L'administration des cultes pendant la période concordataire*, NEL, 1988, p 27.

élaboré dans la seconde moitié du XVIII^e siècle¹ et précisé par Portalis au moment de la construction du système concordataire. En fait, de même que, comme le note Maurice Larkin, la longévité et l'implantation du système concordataire ont atrophié les facultés d'initiative et d'imagination des prêtres², le régime concordataire apparaît aux juristes du XIX^e siècle comme un fait aussi évident que l'air ambiant ; manifestement, cela n'a pas favorisé la réflexion sur le droit des cultes. Dès lors, alors même que les débats politiques et philosophiques sur ce thème battent leur plein à partir des années 1850-1860, la doctrine ne saisit pas l'intérêt juridique des idées de laïcité et de séparation des Eglises et de l'Etat. Seuls quelques précurseurs, tel que Edouard de Laboulaye, développent une analyse juridique de la Séparation avant l'adoption de la loi du 9 décembre 1905³.

¹ Albert Mathiez, « Les philosophes et la séparation des Eglises et de l'Etat en France à la fin du XVIII^e siècle », *Revue historique*, 1910, p 63-79.

² Maurice Larkin, *L'Eglise et l'Etat en France, 1905 : l'année de la Séparation*, Privat, 2004, p 62-63.

³ Laboulaye n'est pas un séparatiste de la première heure. Sa réflexion est partie, en 1845, d'une défense orthodoxe du régime concordataire et s'est poursuivie, à partir du milieu des années 1850, par une théorisation de plus en plus cohérente de la séparation des Eglises et de l'Etat. Dans un article de la *Revue de législation et de jurisprudence* d'avril 1845 (Edouard de Laboulaye, « De l'Eglise catholique et de l'Etat, à l'occasion des attaques dirigées contre les articles organiques du Concordat de 1801 », *Revue de législation et de jurisprudence*, avril 1845), Laboulaye réagit aux revendications séparatistes formulées par certains catholiques à la suite de Lamennais ou Lacordaire. A cette occasion, il mène un plaidoyer classique du système des cultes reconnus, fondé sur les arguments communément admis par la doctrine de l'époque. L'auteur se situe d'emblée sur le terrain de la distinction des pouvoirs spirituel et temporel. Il explique ainsi que : « *l'Eglise et l'Etat sont deux sociétés différentes qui, n'ayant ni le même but, ni le même intérêt, ni les mêmes moyens d'action, peuvent coexister l'une dans l'autre ; chacune d'elle, indépendante dans sa sphère, peut se mouvoir librement sans contrarier la puissance voisine.* » (Edouard de Laboulaye, « De l'Eglise catholique et de l'Etat, à l'occasion des attaques dirigées contre les articles organiques du Concordat de 1801 », *Revue de législation et de jurisprudence*, avril 1845, p 11). Le couple de notions est cependant interprété dans un sens gallican, en donnant la prééminence à l'Etat qui seul représente la nation, dispose de la souveraineté et de la puissance publique et délimite les frontières qui séparent les deux puissances. Pour assurer la nécessaire indépendance des deux pouvoirs, Laboulaye rejette la solution américaine de la séparation des Eglises et de l'Etat, car elle est désastreuse pour la religion et pour l'Etat, comme le prouvent l'expérience révolutionnaire française et les schismes qu'il impute à la vie religieuse des Etats-Unis. En France, où l'Eglise est une institution riche, puissante et concurrente de l'Etat, seule une alliance bien comprise entre le Saint-Siège et le gouvernement est envisageable. Le système concordataire permet ainsi à ce dernier de surveiller l'Eglise et de prévenir les assauts du pouvoir spirituel. Il permet en outre la protection de la religion, qui est un « *besoin national* ». Nous retrouvons ici l'idée de l'utilité sociale des cultes souscrite par toute la doctrine au cours du XIX^e siècle, et vigoureusement défendue par Laboulaye : « *Est-ce que la religion est moins utile que les arts ou les sciences et qu'elle a moins de titres pour réclamer une part du revenu national ? Est-ce qu'elle est moins nécessaire pour l'éducation intellectuelle, cette éducation morale que seule peut donner complètement la religion, parce que seule elle a des réponses toutes faites pour des problèmes insolubles à toutes les philosophies, et une sanction intérieure pour toute les transgressions, même les plus secrètes, pour les révoltes même involontaires de la chair et de l'esprit ? Il n'y a point dans le pays un intérêt qui soit plus grand, plus général, que l'intérêt religieux, et qui ait dans la société de plus profondes racines ; il n'y en a point, par conséquent, qui ait des droits plus réels à la protection du gouvernement.* » (Edouard de Laboulaye, « De l'Eglise catholique et de l'Etat, à l'occasion des attaques dirigées contre les articles organiques du Concordat de 1801 », *Revue de législation et de jurisprudence*, avril 1845, p 17). Si le système concordataire donne des garanties à l'Etat et apporte les bienfaits de la religion à la société, il est aussi avantageux pour l'Eglise, car il prévient les schismes et l'abaissement du sentiment religieux. Sur la base de ces arguments, Laboulaye défend alors tous les aspects du droit des cultes de l'époque : les moyens de contrôle de l'Etat prévus par les Articles organiques, l'enseignement religieux, l'appel comme d'abus, le contrôle gouvernemental sur les congrégations. Ainsi, en 1845, Laboulaye se fonde dans la masse des juristes de son temps, en proposant une lecture somme toute classique du régime des cultes reconnus. Sa position évolue en faveur de la séparation des Eglises et de l'Etat dans la seconde moitié du XIX^e siècle. Le changement d'orientation de Laboulaye repose sur une critique du droit concordataire, qu'il ne juge plus conforme à la liberté religieuse, et sur une conception renouvelée de la liberté de conscience. L'auteur dénonce d'abord le hiatus entre la proclamation constitutionnelle des libertés de conscience et des cultes et la réalité de la législation. « *Nos lois, explique-t-il, sont un démenti perpétuel donné à nos constitutions. Toutes nos chartes, celle de 1852 comme les*

autres, garantissent les grands principes proclamés en 1789, et au premier rang la liberté religieuse ; mais les lois particulières tournent ces grands principes, et en les tournant les annulent. Toucher à la conscience, c'est un sacrilège, personne n'y songe ; mais au nom de l'intérêt de l'Etat, par crainte des associations politiques, par amour de la paix publique, pour ménager les âmes simples, pour prévenir le scandale, on soumet toute église, toute association, toute réunion, toute cérémonie religieuse à une autorisation préalable. » (Edouard de Laboulaye, *Le parti libéral, son programme et son avenir*, Paris, 1863, p 44-45). Le régime concordataire n'assure donc pas une protection efficace de la liberté de conscience. Celle-ci est toujours subordonnée au droit de l'Etat, ce dernier se contentant de pratiquer « une tolérance large, exercée en général avec douceur » (Edouard de Laboulaye, *La liberté religieuse*, 3^{ème} éd, Paris, 1866, p 13), au lieu de strictement garantir les droits individuels. Si le système des cultes reconnus ne trouve plus grâce aux yeux de Laboulaye, c'est qu'il défend une conception exigeante de la liberté de conscience, avec laquelle le droit des cultes n'est plus compatible. Sa théorie, qui s'inspire des philosophes libéraux et républicains tel Jules Simon (Il écrit ainsi en 1857 un commentaire approuvé de l'ouvrage de Jules Simon sur *La liberté de conscience*, qui fait partie du recueil de Laboulaye sur *La liberté religieuse*), rompt avec l'idée d'une fonction sociale de la religion, si caractéristique de la doctrine du XIX^e siècle. A l'affirmation du rôle bienfaisant de la religion pour le développement de la morale et de la sociabilité, Laboulaye oppose une *analyse épistémologique* de la liberté de conscience. Celle-ci ne se réduit pas à pouvoir choisir entre plusieurs confessions ; elle consiste plus largement pour l'individu à pouvoir rechercher librement la vérité. Il faut donc pour le citoyen une indépendance complète à l'égard de l'Etat dans le domaine spirituel, qui lui permette d'examiner toutes les croyances, de les critiquer et de fonder en raison ses choix spirituels. En ce sens, il affirme que : « *La raison seule peut nous mener au seuil du temple, par conséquent, la liberté de conscience n'implique pas seulement le droit de croire, elle emporte aussi le droit d'examiner.* » (Edouard de Laboulaye, *La liberté religieuse*, 3^{ème} éd, Paris, 1866, p 19). Cette théorie tire toutes les conséquences de la proclamation de la liberté de conscience comme droit individuel en affirmant l'autonomie intellectuelle du sujet de droit. En 1863, l'auteur marque bien cette vision nouvelle de la croyance comme pure affaire privée : « *Ma foi ne regarde que moi ; mon église ne concerne que ceux qui partagent ma croyance. C'est mon droit d'adorer Dieu à ma guise et de faire mon salut comme je l'entends. L'Etat ne connaît pas le fidèle, il ne connaît que le citoyen.* » (Edouard de Laboulaye, *Le parti libéral, son programme et son avenir*, Paris, 1863, p 46). Cette doctrine nouvelle conduit Laboulaye à condamner tous les aspects du droit concordataire qui, sous prétexte d'exercer une utile tutelle morale sur la population, restreignent l'autonomie intellectuelle du citoyen. Ainsi, la constatation de fait de la supériorité numérique du catholicisme en France ne permet pas de limiter la liberté de conscience de ceux qui ne professent pas cette religion : « *je dis qu'alors même que la majorité serait certaine de posséder la vérité, cette conviction ne l'autoriserait ni à me gêner dans ma recherche, ni à m'imposer silence au nom de l'intérêt public. Tant que mon erreur ne se traduit pas en faits nuisibles à la société, tant qu'elle ne concerne que moi, personne n'est autorisé pour me violenter. En effet, pour que la majorité ait le droit d'invoquer l'intérêt général, il faut que l'acte qu'elle interdit soit un acte social, un acte qui tombe sous la juridiction de l'Etat.* » (Edouard de Laboulaye, *La liberté religieuse*, 3^{ème} éd, Paris, 1866, p 31). En définitive, pour garantir la liberté de conscience, il faut rompre les liens entre les religions et l'Etat, il faut supprimer la législation qui donne à l'Eglise l'appui de la puissance publique ; la séparation des Eglises et de l'Etat s'impose donc comme une nécessité, comme une question de principe. La Séparation s'impose par ailleurs en vertu des avantages pratiques qui résultent pour l'Etat et pour l'Eglise de la rupture des liens concordataires. Laboulaye est surtout attentif à la restauration de la dignité de la religion. L'auteur est un chrétien sincère, porté sur le retour aux sources, ce qui l'amène à évoquer régulièrement les Evangiles (Pierre Legendre note qu'il est proche du christianisme libéral du pasteur américain Channing, auquel il consacre du reste une longue étude, reproduite dans *La liberté religieuse* ; voir Pierre Legendre, « Méditation sur l'esprit libéral, la leçon d'Edouard de Laboulaye, Juriste-témoin », *R.D.P.*, 1971, p 83-122). Il dénonce ainsi l'alliance malsaine entre l'Eglise et l'Etat. Celle-ci expose d'abord le gouvernement à la volonté de puissance des institutions ecclésiastiques ; l'autorité de l'Etat n'a donc rien à gagner à se lier avec l'Eglise. Ensuite, la religion perd sa dignité en subissant les contrôles de l'administration et en souffrant que l'Etat favorise l'indifférence en reconnaissant quatre cultes différents et contradictoires. A cet égard, Laboulaye considère que l'abstention religieuse de la puissance publique est plus morale et chrétienne que le régime de protection (Edouard de Laboulaye, *Le parti libéral, son programme et son avenir*, Paris, 1863, p 51-52. Laboulaye écrit ainsi que : « *Quand l'Etat se déclare incompetent, il reconnaît que la religion n'est point de son domaine ; il s'incline devant la conscience et la foi ; mais quand il protège, il choisit, il fait acte de supérieur. Payer, surveiller, et jusqu'à un certain point administrer, quatre ou cinq religions diverses, n'est-ce pas donner aux peuples une suprême leçon d'indifférence, et n'est-ce pas vrai de dire que l'abstention de l'Etat est plus morale et religieuse que sa protection ?* »). Le contenu de la religion chrétienne appelle donc la Séparation. Le christianisme est même naturellement lié aux idées démocratiques car « *La liberté moderne est le fruit de l'Evangile, elle sort de la seule religion qui ait remis à l'individu le soin et de salut de son âme.* » (Edouard de Laboulaye, *Le parti libéral, son programme et son avenir*, Paris, 1863, p 61-62). Cette filiation identifiée par Laboulaye entre le christianisme et l'individualisme moderne impose l'abandon du système concordataire qui avilie le culte ; tant la République que la religion ont à gagner dans cette réforme (Edouard de Laboulaye, « La République constitutionnelle », in *Questions constitutionnelles*, 2^{ème} éd, Charpentier, 1873, p 322) : le culte retrouvera sa liberté et sa vigueur primitive, tandis que l'Etat recouvrira sa pleine souveraineté et l'appui de la religion, qui

CHAPITRE II

L'AVÈNEMENT DE LA SÉPARATION ET SA RÉCEPTION PAR LES JURISTES.

67. Les développements qui précèdent ont montré qu'à la veille de la Séparation, le système des cultes reconnus domine le droit positif en matière de cultes et apparaît comme l'unique horizon théorique des juristes. A ce moment, la notion de Séparation est quasiment absente du monde du droit. A cet égard, la loi du 9 décembre 1905 représente une coupure nette dans l'histoire du droit des cultes. D'une part, elle bouleverse la structure du droit positif en abandonnant la logique des cultes reconnus au profit de la notion d'Etat laïque. D'autre part, elle ouvre la voie au développement de la réflexion doctrinale sur la signification et la portée juridiques de la Séparation et de la laïcité.

Pour bien comprendre le sens de l'œuvre législative dont le juge administratif a contribué au succès, il faut d'abord examiner la genèse politique de la loi de Séparation et l'enchevêtrement des péripéties politiques, des choix philosophiques et des stratégies gouvernementales et ecclésiastiques dont elle est le résultat (Section I.). Ensuite, il faudra analyser la formation de la théorie juridique de l'Etat laïque grâce à laquelle le nouveau régime des cultes s'est doté d'une densité doctrinale et intellectuelle (Section II.).

Section I. – La genèse politique de la Séparation.

68. Pendant plus de trente ans, les gouvernements républicains sont réservés voire hostiles face à la perspective d'une réalisation effective de la Séparation. Cette position n'empêche pas les républicains de défendre une ferme doctrine laïque qui trouve de multiples traductions législatives pendant les années 1880-1905. La République des origines est donc *concordataire*, créant la

entretient de fortes affinités avec la démocratie lorsqu'elle est rendue à la liberté. Ce dernier argument trouve sa source chez Laboulaye dans l'étude des institutions américaines, dont il est un admirateur fidèle, comme nous l'avons vu. C'est l'observation de la prospérité du catholicisme aux Etats-Unis qui le convainc que la Séparation peut être un bienfait pour le culte. En matière de liberté religieuse cependant, sa conversion au modèle américain est tardive. En effet, dans son article de 1845, il repousse fermement l'exemple des Etats-Unis en pointant le danger du schisme. En 1857, dans son commentaire de Jules Simon, il exprime ses réserves sur la version américaine de la séparation, qui suppose la rémunération des prêtres par les seuls fidèles (Edouard de Laboulaye, *La liberté religieuse*, 3^{ème} éd, Paris, 1866, p 68). C'est à partir des années 1860 que Laboulaye manifeste une adhésion complète au modèle américain de séparation (Edouard de Laboulaye, *Le parti libéral, son programme et son avenir*, Paris, 1863, p 63 ; Edouard de Laboulaye, « La République constitutionnelle », in *Questions constitutionnelles*, 2^{ème} éd, Charpentier, 1873, p 322). En 1873, il consacre à cette question un article entier, dans lequel il vante la séparation américaine, qui facilite selon lui la vitalité de la religion et rend possible une protection véritable des libertés de conscience et des cultes (Edouard de Laboulaye, « L'Eglise et l'Etat en Amérique », *R.D.M.*, 1873, p 721). Voir ainsi Prévost-Paradol, « De la liberté des cultes en France », *R.D.M.*, 1853, p 342-366, où l'auteur défend l'idée de séparation en montrant que le système des cultes reconnus viole les libertés de conscience et des cultes.

situation paradoxale d'une laïcité sans Séparation (§1.). A partir de 1903, le processus séparatiste s'enclenche à la faveur de circonstances politiques diverses qui s'enchaînent rapidement. A l'issue de débats historiques et difficiles, le législateur adopte finalement une loi d'inspiration largement libérale (§ 2.). Néanmoins, l'œuvre républicaine est aussitôt mise à l'épreuve par le refus catholique de la réforme (§3.).

§ 1. – La République concordataire ou la laïcité sans Séparation.

69. La période de la République concordataire est fondamentale car elle met en lumière la complexité des liens entre les institutions républicaines et les notions de laïcité et de Séparation. Pendant cette trentaine d'années, de 1880 à 1905, la République n'a pas voulu la Séparation et s'est accommodée du maintien du système des cultes reconnus et du développement d'une politique anticléricale spécialement incarnée par la lutte contre les congrégations. Attachés au Concordat par prudence et anticléricalisme, les gouvernements ont pourtant préparé, malgré eux, les conditions politiques propices à la réalisation de la Séparation. Pour cerner l'importance de cette période dans la genèse de la loi de 1905, examinons d'abord les particularités de la doctrine laïque des républicains de gouvernement (A.), puis la politique anticongréganiste menée à partir de 1880 (B.) et, enfin, les événements qui ont déclenché le processus séparatiste (C.).

A. – La laïcité sans la Séparation.

70. Alors qu'il s'agissait d'un élément essentiel du discours républicain sous le Second Empire¹, il a fallu attendre plus de trente ans après l'instauration de la République pour que la séparation des Eglises et de l'Etat soit réalisée. Il est vrai que jusqu'en 1879, le rapport des forces politiques ne se prête guère à cette réforme, car les institutions républicaines échappent aux républicains. Depuis 1873, l'Etat est contrôlé par les monarchistes et les conservateurs qui, à l'initiative du président de la République Mac-Mahon, mènent une politique d'Ordre Moral. Celle-ci consiste notamment à rétablir l'influence de la religion dans l'Etat et la société pour permettre la régénération morale de la

¹ Georges Weill, *Histoire du parti républicain en France de 1814 à 1870*, Paris, Félix Alcan, 1900 ; I. Tchernoff, *Le parti républicain au Coup d'Etat et sous le Second Empire*, Paris, Pédone, 1906.

France jugée nécessaire après la défaite contre l'Allemagne¹. L'Ordre Moral perpétue en outre les atteintes aux libertés de conscience et des cultes pratiquées par les régimes antérieurs².

71. En 1879, les républicains achèvent leur conquête de tous les rouages de l'Etat. Pourtant, la Séparation n'est pas à l'ordre du jour. Au contact des réalités de la conduite des affaires de l'Etat, les républicains de gouvernement, qualifiés « d'Opportunistes », se sont convaincus de la nécessité du maintien du Concordat, de sorte que jusqu'en 1905, la République va être concordataire et consacrer une laïcité sans Séparation.

L'exemple de Jules Ferry permet de saisir les principales justifications de la continuation du système des cultes reconnus dans la République laïque³. Ferry part du constat que les conditions de la séparation des Eglises et de l'Etat ne sont pas remplies à la fin du XIXe siècle. L'abolition du Concordat se heurte d'abord à des considérations de politique constitutionnelle. En effet, la République est encore fragile et doit obtenir le soutien des « *catholiques selon le suffrage universel* », judicieusement identifiés par Emile Littré⁴, pour enfin devenir un mode de gouvernement stable et fort. Dès lors, le maintien du Concordat permet de rassurer la masse de la population et ménage les conditions d'un ralliement électoral des catholiques à la République. Pour Ferry, cette politique de prudence est d'autant plus justifiée que la période de l'Ordre Moral a illustré la vigueur du sentiment religieux en France. Il estime que la population, surtout rurale, n'est pas prête à abandonner le système concordataire et le service public des cultes. L'enracinement du sentiment catholique exclut donc la Séparation dans un avenir proche⁵. Enfin, fidèle à la tradition gallicane des juristes, Ferry fait du droit concordataire un outil précieux dans le combat de l'Etat contre l'Eglise et le cléricalisme. Comme la plupart des républicains, il juge l'Eglise encore trop puissante et agressive. Il craint que déliée du carcan concordataire, elle ne mette en danger l'Etat républicain et la société démocratique moderne auxquels elle est hostile, comme en attestent le

¹ Jean-Paul Scot, « *L'Etat chez lui, l'Eglise chez elle* », *comprendre la loi de 1905*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2005, p 89 et s.

² Les cultes minoritaires et les enterrements civils sont principalement visés : voir Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l'Etat, genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. L'Univers Historique, 2005, p 309 et s, qui rapporte les pratiques de nombreux maires n'autorisant les enterrements civils que tôt le matin ou après la tombée de la nuit, et le refus des honneurs militaires pour les défunts enterrés civilement.

³ Les positions de Jules Ferry sont partagées par des grands noms de la pensée républicaine comme Emile Littré, Auguste Scheurer-Kestner ou Charles Renouvier. Voir Emile Littré, *De l'établissement de la IIIe République*, Paris, 1880 ; sur Auguste Scheurer-Kestner, voir Jacqueline Lalouette, *La République anticléricale, XIXe-XXe siècle*, Le Seuil, coll. L'Univers Historique, p 48 et s ; sur Charles Renouvier, voir Marie-Claude Blais, *Au principe de la République, le cas Renouvier*, Gallimard, 2000, p 315 et s.

⁴ Emile Littré, *De l'établissement de la IIIème République*, Paris, 1880.

⁵ Jean-Michel Gaillard, *Jules Ferry*, Fayard, 1989, p 478 et s.

Syllabus de 1864 ou la proclamation du dogme de l'infaillibilité pontificale de 1870. Pour tenir en respect le pouvoir catholique, il faut donc garder avec lui un « *bon contrat* »¹.

Chez les Opportunistes cependant, l'abandon de la Séparation n'est pas définitif – le principe est trop lié aux exigences de liberté de conscience, de libre examen et d'égalité des cultes attachées aux doctrines républicaines² – mais la réalisation en est reportée vers un terme plus ou moins éloigné. Si, pour un farouche anticlérical comme Paul Bert, la tactique concordataire de la République doit mener à brève échéance à l'affaiblissement de l'Eglise et à la Séparation³, pour Jules Ferry, Emile Littré ou Charles Renouvier en revanche, la Séparation n'est pas exclue mais ne peut être qu'une perspective lointaine, car il faut d'abord séculariser la société en profondeur et réduire l'influence massive de l'Eglise sur la société et les institutions⁴. Dans la doctrine des républicains opportunistes, la Séparation est donc *philosophiquement nécessaire* mais demeure *politiquement inopportune*. Cette tension entre les exigences de la doctrine républicaine et les contraintes du gouvernement contribue d'ailleurs à expliquer la priorité donnée par les Opportunistes à la construction de la laïcité scolaire⁵. Cette dernière relève d'une stratégie de conquête du magistère moral sur la société par la République aux dépens de la religion catholique. En attachant les jeunes générations à la nation et à l'Etat plutôt qu'à l'Eglise, en inculquant aux enfants les idées de 1789 plutôt que le *credo* catholique, les républicains entendent créer les conditions d'une société sécularisée et laïque, qui permettra à terme la séparation définitive des cultes et de l'Etat.

Les républicains de gouvernement, regroupés autour des figures de Léon Gambetta et de Jules Ferry, relèguent donc au second plan l'idée séparatiste mais restent des laïques et des anticléricaux. Ils sont laïques car ils défendent la liberté de conscience, une stricte séparation du temporel et du spirituel, et défendent les principes démocratiques de 1789. Ils sont anticléricaux car ils souhaitent réduire l'influence de la religion catholique dans le pays et se méfient des empiètements des institutions catholiques sur le pouvoir civil. Paradoxalement, du reste, l'anticléricalisme conforte le *statu quo* concordataire car c'est dans le système concordataire que les républicains de

¹ Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l'Etat, genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. L'Univers Historique, 2005, p 324.

² Dans les années 1870-1880, un auteur comme Jules Barni expose par exemple l'exigence de séparation des Eglises et de l'Etat qui découle de l'idée d'Etat laïque ; voir Jules Barni, *Manuel républicain*, Paris, 1872 et *La morale dans la démocratie*, Paris, 1868.

³ Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l'Etat, genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. L'Univers Historique, 2005, p 327.

⁴ Jean-Michel Gaillard, *Jules Ferry*, Fayard, 1989, p 487 ; Jean-Marie Mayeur, « Jules Ferry et la laïcité », in *Jules Ferry, fondateur de la République*, EHESS, 1985, p 147 ; Marie-Claude Blais, *Au principe de la République, le cas Renouvier*, Gallimard, 2000, p 315 et s.

⁵ Jean Rivero, « L'idée laïque et la réforme scolaire, 1879-1882 », *R.P.P.*, 1931, p 367-380 ; et Pierre-Henri Prélôt, « La liberté de l'enseignement dans la séparation des Eglises et de l'Etat (1879-1905) », *R.D.P.*, 2006, p 617-635.

gouvernement trouvent les moyens nécessaires pour contrôler le clergé et mener le combat moral contre l'Eglise¹.

72. A partir de 1880, la mise en œuvre du programme laïque se développe en marge de l'idée de séparation générale entre les cultes et l'Etat. Le mouvement de laïcisation conduit par les Républicains de gouvernement comporte plusieurs politiques sectorielles, autant de « *séparations partielles* »² dont la plus ambitieuse et la plus importante est la politique scolaire. Dès le début des années 1880, l'exigence de laïcité se manifeste par une vaste politique de sécularisation de divers services publics, tels que les hôpitaux ou l'armée³. De même, la loi du 28 juillet 1881 laïcise les cimetières, celle du 15 novembre 1887 laïcise les funérailles, garantissant le strict respect des dernières volontés du défunt, et loi du 28 décembre 1904 organise le monopole des pompes funèbres au profit des communes. Par ailleurs, la loi du 12 juillet 1880 supprime l'interdiction du travail le dimanche et la loi Naquet du 27 juillet 1884 légalise le divorce. Enfin, la révision constitutionnelle du 14 août 1884 supprime les prières publiques qui devaient être prononcées à la rentrée des Assemblées en vertu de la loi du 16 juillet 1875. Dans le domaine scolaire, une quinzaine de textes, dont les importantes lois du 28 mars 1882 et du 30 octobre 1886, organisent la laïcisation des structures et du personnel de l'enseignement, du primaire au supérieur⁴. L'école primaire est particulièrement importante dans le dispositif républicain. En effet, la défaite de 1870 est imputée par les élites aux carences de l'enseignement primaire français, qui, contrairement à celui de l'Allemagne, n'a pas su former des citoyens patriotes et combattifs, aptes à défendre leur pays. Alors que les conservateurs font de la défaite une punition divine du relâchement du sentiment religieux, nécessitant un enseignement d'expiation assurant l'inculcation de la foi, les républicains considèrent pour leur part que la faiblesse du niveau d'instruction a favorisé le désastre de 1870 ; il faut donc développer l'apprentissage de la lecture, de l'écriture, du calcul, de

¹ Jean Rivero, « L'idée laïque et la réforme scolaire, 1879-1882 », *R.P.P.*, 1931, p 367-380. Sur l'exemple de Léon Gambetta, voir Pierre Barral, *Léon Gambetta. Tribun et stratège de la République (1838-1882)*, Privat, 2008.

² Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l'Etat, genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. L'univers Historique, 2005, p 305

³ Par exemple, Pierre-Yves Baudot, « La mort en attente de laïcisation, 1887-1904 », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 391.

⁴ Pierre Chevallier, *La séparation de l'Eglise et de l'école, Jules Ferry et Léon XIII*, Fayard, 1981 ; Mona Ozouf, *L'école, l'Eglise et la République, 1871-1914*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 1982 ; Dominique Gros, « La République laïque », in *La République en droit français*, Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux (dir), Economica, 1996, p 103 et s.

l'histoire et des sciences. De plus, l'école primaire doit dispenser un enseignement moral et civique permettant l'attachement des jeunes enfants à la patrie et au régime démocratique¹.

73. En lien avec la politique scolaire, la doctrine laïque s'enrichit de réflexions sur les conditions de possibilité et le contenu de la morale laïque. Depuis longtemps, des penseurs d'horizons divers entendent construire une morale « indépendante », débarrassée des sources religieuses et théologiques. L'entreprise n'est pas aisée car, au XIXe siècle, le sens commun associe volontiers la morale et la religion, celle-ci étant considérée comme le fondement de celle-là. L'enjeu des débats philosophiques s'accroît lorsque la loi du 28 mars 1882 impose l'éducation morale et civique aux élèves du primaire en remplacement de la traditionnelle éducation morale et religieuse. Dès les débats parlementaires, l'opposition entre Jules Ferry et Jules Simon sur la question de l'enseignement des devoirs envers Dieu illustre le sens de la conception opportuniste de la morale laïque². En spiritualiste adepte de la religion naturelle, Jules Simon ne conçoit pas la morale sans soubassement religieux. Il dépose ainsi un amendement tendant à préciser que l'instituteur doit entretenir les enfants des devoirs envers Dieu à l'occasion de l'éducation morale et civique. Hostile à cette position, le positiviste Ferry veut imposer une morale « *sans épithète* » qui ne se rattache à aucune confession particulière. Cette formule exprime l'idée chère à Ferry de l'unité de la morale. Qu'elles soient chrétiennes, utilitaristes, scientifiques ou issues de la philosophie des Lumières, les morales produites par la civilisation occidentale ont toutes les mêmes résultats et les mêmes conséquences pratiques. Dès lors, l'enseignement laïque que le maître devra prodiguer n'abordera pas la question métaphysique des fondements de la morale et se limitera à la morale pratique et unanime, la « *morale de nos pères* » à laquelle il fait référence dans sa lettre aux instituteurs du 17 novembre 1883³, la seule qui soit acceptable par tous, le catholique comme le libre-penseur. Pour Jules Ferry, cette doctrine est la clé de la morale laïque⁴. Pour autant, la morale républicaine ne sera ni politiquement, ni philosophiquement neutre. L'éducation morale et civique doit ainsi transmettre

¹ Mona Ozouf, *L'école, l'Eglise et la République, 1871-1914*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 1982, p 21 et s.

² Finalement, la loi du 28 mars 1882 a été adoptée sans la référence aux devoirs envers Dieu, mais celle-ci sera présente dans les programmes de l'enseignement primaire adoptés la même année par le gouvernement. Pour respecter la neutralité de l'enseignement, l'administration scolaire interpréta cet aspect du programme comme une simple référence au respect dû à l'idée de Dieu et aux croyances religieuses d'autrui. Ferdinand Buisson écrit en 1911 que les devoirs envers Dieu doivent être entendus comme « *les devoirs relatifs à la conduite religieuse* » (Ferdinand Buisson, in *Nouveau dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire*, Hachette, 1911, p 1404). Devant la difficulté de mettre en œuvre un tel enseignement, l'évocation des devoirs envers Dieu a peu à peu été abandonnée par les instituteurs.

³ Reproduite intégralement in Jean-Michel Gaillard, *Jules Ferry*, Fayard, 1989, p 459 et s.

⁴ Jean-Marie Mayeur, « Jules Ferry et la laïcité », in *Jules Ferry, fondateur de la République*, EHESS, 1985, p 147 et s.

les valeurs de la Raison, du libre examen, les acquis politiques de la Révolution, l'amour de la République et de la nation.

Expression de l'interprétation officielle de la morale laïque, la réflexion de Jules Ferry n'est pas la seule. Ferdinand Buisson, protestant libéral et directeur de l'enseignement primaire de 1879 à 1896, Félix Pécaut, directeur de l'école normale de Fontenay-aux-Roses, Jules Steeg, auteur de plusieurs manuels d'instruction civique, le philosophe kantien Charles Renouvier, mais aussi Jules Barni, Léon Bourgeois, Célestin Bouglé ou Emile Durkheim¹, contribuent chacun à leur façon à l'approfondissement de la notion de morale laïque et indépendante des dogmes religieux. Au-delà des différences doctrinales, une orientation générale se dégage de ces recherches éthiques. Pour les républicains, il s'agit de substituer une morale politique à une morale religieuse. Comme l'écrit Buisson, l'enseignement traditionnel prodigué par l'Eglise a pour seul but la religion, l'instruction n'étant « *que le moyen de conduire à la religion* »². Dans une République, au contraire, il faut une éducation morale favorable au développement de la nation qui inculque aux enfants les valeurs de l'homme démocratique³ et l'attachement à la patrie⁴.

74. Même si elle est dominante, la doctrine laïque des Opportunistes n'est pas la seule qui subsiste pendant la République concordataire. Parmi les forces politiques et au sein de la société civile, nombreux sont ceux qui ne se satisfont pas des arguments avancés par les républicains de gouvernement pour justifier le maintien du système des cultes reconnus. Aussi, de 1880 à 1905, l'idée séparatiste poursuit une carrière politique florissante. Malgré des divisions internes et des ambiguïtés doctrinales, la Séparation fait partie du discours des radicaux et des socialistes⁵. De

¹ Sur le mouvement de réflexion sur la morale laïque, voir d'une manière générale Laurence Loeffel, *La question du fondement de la morale laïque sous la IIIe République, 1870-1914*, PUF, 2000 ; Jacqueline Lalouette, *La République anticléricale, XIXe-XXe siècle*, Le Seuil, coll. l'Univers Historique, 2002, p 142 et s ; et Claude Nicolet, *L'idée républicaine en France, 1789-1924*, Gallimard, 1982. Jules Barni et Charles Renouvier développent une morale fondée sur l'œuvre de Kant dès la fin du Second Empire (Jules Barni, *La morale dans la démocratie*, Paris, 1868 ; sur Charles Renouvier, voir Marie-Claude Blais, *Au principe de la République, le cas Renouvier*, Gallimard, 2000, p 332 et s). Léon Bourgeois propose sa célèbre doctrine solidariste, qui a beaucoup inspiré le radicalisme (sur Bourgeois, voir Jean-Fabien Spitz, *Le moment républicain en France*, Gallimard, 2005). Quant à Emile Durkheim, il construit une pédagogie et une morale sociologiques qui ont eu un certain succès au sein de l'école primaire (voir Laurence Loeffel, *La question du fondement de la morale laïque sous la IIIe République, 1870-1914*, PUF, 2000).

² Ferdinand Buisson, article « Laïcité », in *Dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire*, Hachette, 1887, p 1469 et s.

³ Ferdinand Buisson, article « Laïcité », in *Dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire*, Hachette, 1887, p 1473. Voir aussi Pierre Hayat, « Ferdinand Buisson et l'individualisme », *Ach. sc. soc. des rel.*, 2003, n°124, p 5-18.

⁴ Ferdinand Buisson, *La foi laïque*, Hachette, 1918, p 156.

⁵ Au début du XXe siècle, les divers groupes socialistes s'organisent autour de deux grands partis : le *parti socialiste de France*, composé de socialistes révolutionnaires comme Jules Guesde ou Edouard Vaillant. Ces derniers sont violemment anticléricaux et souhaitent la disparition de la religion. Le *parti socialiste français* rassemble des réformistes qui acceptent de participer aux gouvernements républicains et qui professent un

même, la fin du XIXe siècle est marquée par un impressionnant bouillonnement de ligues, de sociétés de libre-pensée, de loges maçonniques, de journaux régionaux qui promeuvent la séparation des Eglises et de l'Etat et l'idée de laïcité¹. Des protestants, des juifs et quelques rares catholiques, comme l'abbé Lemire, sont aussi séparatistes². Mais si le camp séparatiste fait preuve d'une grande vitalité pendant la République concordataire, il est loin de partager les mêmes motivations. Par athéisme ou par irrégion, certains radicaux et nombre de socialistes ou de libres penseurs souhaitent rompre radicalement les liens unissant l'Etat aux cultes, et attendent de la Séparation la destruction du catholicisme, voire de toutes les religions. Pour d'autres, comme les libéraux ou les membres du centre-gauche, mais aussi certains socialistes comme Jean Jaurès, la Séparation doit être l'achèvement de la construction de l'Etat laïque et doit éviter toute persécution anti-religieuse. Pour des catholiques comme l'abbé Lemire enfin, la Séparation permettrait de libérer les énergies d'un clergé depuis longtemps anesthésié par le cadre concordataire, permettant ainsi le renouveau de la pratique et du sentiment religieux.

Mais si le thème séparatiste connaît une vitalité certaine sous la République concordataire, force est de constater que la tradition laïque s'est développée avant que la séparation des Eglises et de l'Etat n'en devienne la clé de voûte. Les mesures de sécularisation de la société, la législation scolaire et la réflexion sur les questions morales ont les premières tracé les contours de la notion de laïcité. Cette tradition est importante car elle a conditionné la perception et les conditions d'application de la loi de Séparation.

B. – La politique anticongréganiste.

75. La politique laïque ne se limite pas aux aspects qui viennent d'être évoqués ; elle comporte en outre une dimension anticléricale touchant principalement les congrégations. Les mesures anti-congréganistes sont un épisode décisif de la République concordataire car c'est en partie leur escalade qui a rendu possible le déclenchement du processus séparatiste.

L'hostilité des républicains envers le clergé régulier est ancienne et hérite d'ailleurs d'une méfiance traditionnelle de l'Etat français envers les congrégations. Elle se nourrit de la conviction

anticléricisme « modéré », hostile aux empiètements de l'Eglise sur la politique et aux doctrine rétrogrades qu'elle contribue à propager dans la nation.

¹ L'apport de l'œuvre de Jacqueline Lalouette est ici décisif : Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l'Etat, genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. l'Univers Historique, 2005, p 332 et s ; Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin-Michel, 2001, p 259 et s ; voir aussi Jean-Paul Scot, « *L'Etat chez lui, l'Eglise chez elle* », *comprendre la loi de 1905*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2005.

² Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l'Etat, genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. l'Univers Historique, 2005, p 359 et s ; Jean-Marie Mayeur, *Un prêtre démocrate, l'abbé Lemire (1853-1928)*, Casterman, 1968.

que les membres des ordres religieux cultivent une doctrine particulièrement réactionnaire et ultramontaine (surtout les jésuites, qui sont spécialement détestés) et adoptent un mode de vie contraire aux valeurs de la société moderne, impliquant des vœux perpétuels qui mènent à l'aliénation de la conscience, à l'obéissance aveugle à l'autorité ecclésiastique et au renoncement à son rôle de citoyen actif dans la société¹. Les républicains invoquent encore le danger de la mainmorte qui, par l'accumulation de richesses improductives, est supposée porter atteinte au fonctionnement de l'économie libérale². Ces arguments traditionnels ont suscité depuis la Révolution une réglementation peu fournie mais restrictive. Dès la Révolution, la loi des 13-19 février 1790 supprime toute valeur légale aux vœux monastiques et la loi du 18 août 1792 interdit tous les ordres religieux. Au début du XIXe siècle, Napoléon rompt avec le système de la prohibition absolue et, par un décret du 3 Messidor an XII, soumet la formation des congrégations à autorisation du gouvernement. Plus tard, la loi du 2 janvier 1817 impose aux congrégations une reconnaissance par la loi. A la fin de la Restauration, une ordonnance royale du 16 juin 1828 interdit l'enseignement aux membres des congrégations non autorisées. La loi du 24 mai 1825 et le décret du 31 janvier 1852 confirment le régime antérieur tout en l'assouplissant en permettant aux congrégations féminines d'obtenir une autorisation par simple décret en Conseil d'Etat. Enfin, les congrégations entrent dans le champ des dispositions restrictives sur les associations, principalement les articles 291 à 294

¹ Voir l'argumentaire caractéristique développé par Ferdinand Buisson en 1903 (Ferdinand Buisson, « La crise de l'anticléricalisme », *R.P.P.*, 1903, p 5-32 : « *Qu'un homme ou une femme décide en son particulier de s'imposer jeûnes et macérations, de renoncer au mariage et à la vie ordinaire, de s'enfermer dans une retraite sévère ou de faire le sacrifice de ses biens, de sa santé, de sa vie, de se dépenser jusqu'à l'héroïsme, jusqu'à la folie pour se dévouer corps et âme à une cause qui lui est chère, ce sont là des actes de la liberté individuelle que nous n'avons nul droit d'entraver. Mais que le nation souveraine passe un contrat avec un groupe d'hommes ou de femmes qui lui demandent d'homologuer leurs statuts, de constater qu'ils ont renoncé à leur personne et à ses droits, qu'ils ont fait le serment de ne rien posséder, de ne pas se marier, d'obéir absolument à un chef qui dispose même de leurs consciences ; et puis, qu'en échange de ces déclarations, pour bien river les chaînes de ces esclaves peut être volontaires et pour payer les services qu'elle-même, à l'occasion, peut en tirer, la nation souveraine confère à cette congrégation le plus grand de tous les avantages moraux et matériels, la qualité de personne civile factice, la capacité juridique, le droit de posséder, d'acquérir, de vendre, d'hériter, de faire des affaires absolument comme si elle était une personne en chair et en os, est-ce le droit commun ou est-ce un régime d'exception et de privilège ? Et ne sera-t-il pas permis à ceux qui voient dans l'acte constitutif d'une congrégation autorisée l'enregistrement d'un contrat de servage, c'est-à-dire d'un pacte illicite, de demander que la nation s'abstienne d'y tremper en quoi que ce soit, d'exiger même que s'en tenant aux règles du droit commun qui ne connaît que des personnes libres et des associations de personnes libres, la République se refuse à consacrer par un surcroît de faveurs un acte collectif de rupture avec la famille et la société. »). Voir aussi les explications de Pierre Rosanvallon, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2004, qui montre bien que dès la Révolution, l'hostilité aux congrégations puise sa source dans des raisons philosophiques fortes, tenant à la défense de l'autonomie de l'individu et à la construction d'une société politique composée d'individus libres et égaux, dans laquelle aucun corps intermédiaire ne vient concurrencer le lien entre l'Etat et le citoyen.*

² Voir par exemple l'argumentaire de E. des Granges, « Le droit d'association et les congrégations religieuses », *R.P.P.*, 1901, p 34-74, où l'auteur reprend les thèmes classiques de l'anticongréganisme républicain. Pour l'argumentation développée par le camp catholique en faveur des congrégations, voir A. Frétel, « Loi sur les congrégations et politique religieuse », *R.P.P.*, 1905, p 387-419.

du code pénal modifiés par la loi du 10 avril 1834. De ces diverses dispositions, il résulte donc qu'une autorisation est nécessaire pour qu'une congrégation jouisse de la personnalité juridique, et, selon certains auteurs, pour mener une existence de fait légale¹. Mais, comme le souligne la plupart des auteurs du XIXe siècle, cette législation est peu effective et les congrégations ont pu se développer grâce à la tolérance implicite ou explicite des gouvernements.

76. Lorsque les institutions républicaines s'installent, l'action des congrégations dans la société est décisive. Elles gèrent des hôpitaux et des établissements d'assistance de toutes sortes et, surtout, elles jouent un rôle primordial dans l'éducation primaire et secondaire. D'abord, elles tiennent des écoles libres qu'elles contrôlent entièrement. Ensuite, les membres de certaines congrégations, comme les Frères des écoles chrétiennes, sont massivement présents dans l'enseignement public. L'influence morale des congrégations sur la jeunesse est donc considérable. Pour les républicains, il y a là un obstacle de poids à leurs projets de transformation démocratique de la nation.

La première offensive des gouvernements républicains date des décrets du 29 mars 1880 pris par Freyssinet, alors président du Conseil, à la suite de l'échec de l'article 7 du projet de loi sur l'enseignement supérieur². Dans ce texte, qui deviendra la loi du 16 mars 1880 sur l'enseignement supérieur, Jules Ferry avait introduit un article 7 interdisant l'enseignement aux membres des congrégations non autorisées. A la suite d'âpres débats, l'Assemblée finit par adopter le projet de loi sans l'article 7. Face à cet échec, le président du Conseil Freyssinet prend deux décrets le 29 mars 1880, l'un ordonnant la dissolution et la dispersion de la compagnie de Jésus dans un délai de trois mois, l'autre prescrivant aux congrégations qui ne disposent pas d'une autorisation d'en solliciter une auprès du gouvernement dans le même délai. Les décrets sont exécutés, les Jésuites expulsés, ainsi que bien d'autres congrégations n'ayant pas sollicité l'autorisation prévue par le second décret.

La seconde offensive fait suite au regain de tension religieuse provoqué par l'affaire Dreyfus qui met fin à une période d'apaisement entre l'Eglise catholique et la République³. Le

¹ Dans l'article « Congrégations religieuses », in *Répertoire pratique Dalloz*, 1912, tome III, p 465, l'auteur estime que l'autorisation était bien une condition de l'existence légale des congrégations. Mais en 1881, Ducrocq met bien en lumière qu'en pratique, les congrégations n'ont pas été considérées comme illicites au XIXe siècle, mais plutôt comme des sociétés de fait bénéficiant de la tolérance de l'Etat (Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, Ernest thorin, 6^{ème} éd, 1881, p 710 et s). Voir aussi, sur l'histoire des congrégations aux XIXe et XXe siècle : Christian Sorrel, *La République contre les congrégations, histoire d'une passion française, 1899-1904*, Cerf, 2003 ; Patrick Cabanel, *Entre religions et laïcité, la voie française, XIXe-XXIe siècles*, Privat, 2007, p 135 et s ; Paul Nourisson, *Histoire de la liberté d'association en France depuis 1789*, tome I, Paris, 1920.

² Sur cet épisode, voir Christian Sorrel, *La République contre les congrégations, histoire d'une passion française, 1899-1904*, Cerf, 2003.

³ L'Affaire met fin à une période d'apaisement des querelles religieuses qui avait débutée vers 1890 (sur l'affaire Dreyfus, voir Michel Winock, *La fièvre Hexagonale*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2001). Très préoccupé par la situation

gouvernement de Défense républicaine constitué en 1899 sous la direction de Waldeck-Rousseau place la lutte contre les congrégations au centre de son action. Le titre III de la loi du 1^{er} juillet 1901 exclut ainsi les congrégations de la jouissance de la liberté d'association ; il maintient le régime de l'autorisation et interdit l'enseignement aux membres des ordres non autorisés¹. En mai 1902, Emile Combes, qui n'est pas séparatiste mais farouchement anticlérical, accède à la présidence du Conseil et ignore les promesses d'application modérée de la loi faites par Waldeck-Rousseau. Il mène une politique très rigoureuse se traduisant par le rejet de presque toutes les demandes d'autorisation et par de nombreuses expulsions². Plus tard, une loi du 4 décembre 1902 pénalise l'ouverture et la tenue sans autorisation d'un établissement congréganiste, et la loi du 7 juillet 1904 interdit l'enseignement aux membres des congrégations autorisées, jusque là épargnés par la législation antérieure qui ne touchait que les congrégations non autorisées.

La rigueur anticléricale propre au combisme ravive les tensions entre l'Eglise et la République. Les assauts du gouvernement dépassent du reste la question des congrégations. Les membres du clergé séculier qui critiquent le gouvernement subissent ainsi des suspensions de traitement ou des procédures d'abus. Ce climat de tension crée des conditions favorables à la réalisation de la Séparation. C'est dans ce contexte qu'en l'espace de deux ans, de 1903 à 1905, une succession d'évènements a fait passer la Séparation du monde des idées à la réalité législative.

internationale du Saint-Siège qui se dégrade fortement, le Pape Léon XIII décide d'esquisser un rapprochement avec la France pour obtenir son appui. Dans ce cadre, Léon XIII multiplie les signes en direction des catholiques français pour favoriser un ralliement à la République (entre autres : le toast l'Alger du cardinal Lavignerie en novembre 1890, l'encyclique *Au milieu des sollicitudes* du 20 février 1892. La politique du pape consiste à inciter les catholiques français à distinguer la République comme régime politique, qui est acceptable, et le contenu de la législation, qui dépend de la qualité du législateur ; voir Jean-Marie Mayeur, *Les débuts de la IIIe République, 1871-1898*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 1973, p 193 et s). Cette politique pontificale produit des effets positifs d'apaisement des tensions religieuses, d'autant qu'elle s'accompagne de l'adoption d'une position plus modérée des gouvernements républicains, à travers par exemple l'action de Casimir-Perrier ou de Méline, mais le succès reste mitigé, car les catholiques se divisent sur le mot d'ordre de ralliement (Jean-Marie Mayeur, *Les débuts de la IIIe République, 1871-1898*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 1973, p 193 et s).

¹ L'article 13 soumet les congrégations masculines et féminines à une autorisation législative, qui doit être sollicitée par les congrégations non autorisées dans un délai de trois mois à compter de la promulgation de la loi (article 18). Les communautés autorisées antérieurement à la loi par décret ne sont pas soumises à l'article 13. Aux termes du paragraphe 3 de l'article 13, la dissolution de toute congrégation peut être prononcée par décret en conseil des ministres (en 1906, le Conseil d'Etat jugera que ce décret de dissolution n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE, 3 août 1906, *D.P.*, 1906, III, p 37). Enfin, l'article 14 interdit aux membres d'une congrégation non autorisée d'enseigner ou de diriger un établissement d'enseignement

² Sur l'évolution du droit des congrégations au début du XXe siècle, voir l'article « Congrégations religieuses », in *Répertoire pratique Dalloz*, tome III, p 465. Sur l'histoire politique de la lutte anti-congréganiste, voir Christian Sorrel, *La République contre les congrégations, histoire d'une passion française, 1899-1904*, Cerf, 2003 ; Jean-Marie Mayeur, *La séparation des Eglises et de l'Etat*, Les éditions de l'atelier, 2005 ; et Maurice Larkin, *L'Eglise et l'Etat en France, 1905 : la crise de la Séparation*, Privat, 2004.

C. – *Le déclenchement du processus séparatiste.*

77. Trois épisodes peuvent être considérés comme les antécédents directs de la Séparation. En 1903, se déroule d’abord la querelle du *nobis nominavit*¹. Dans les bulles pontificales d’institution canonique des évêques et archevêques prises dans le cadre des articles 4 et 5 du Concordat, l’expression *nobis nominavit* est régulièrement employée depuis 1804 à la place de la seule locution *nominavit*. Le terme *nobis* suggère que le gouvernement français ne dispose d’aucune compétence de nomination des évêques et archevêques, qu’il se borne à présenter les candidats au pape, ce dernier étant l’unique autorité de nomination. Le Conseil d’Etat considère que la formule méconnaît les termes du Concordat et les pouvoirs du gouvernement civil en matière d’administration du culte². De plus, une part importante de la majorité républicaine est particulièrement sensible aux empiètements de l’Eglise sur le pouvoir civil, fussent-ils simplement grammaticaux, comme en l’espèce. C’est pourquoi, renouvelant de précédentes querelles sémantiques relatives à la procédure de nomination des évêques³, Emile Combes décide en 1903 de faire pression sur le Saint-Siège pour que le terme *nobis* soit supprimé des bulles d’institution canonique. Devant le refus initial du pape Pie X, Combes critique très fortement le comportement jugé anticoncordataire de l’Eglise. Dans le même temps, il s’écarte des pratiques coutumières en nommant plusieurs évêques hors du cadre de la procédure d’entente préalable qui s’est imposée dans les années 1870⁴. Finalement, en décembre 1903, le pape accepte la suppression du *nobis*, mais le blocage de l’entente préalable persiste et plusieurs sièges épiscopaux restent vacants.

78. En 1904, la mésentente entre l’Etat français et l’Eglise catholique s’envenime un peu plus. En avril, le président de la République Emile Loubet rend visite au roi d’Italie Victor-Emmanuel III. Or, depuis l’annexion des Etat pontificaux par l’Italie en 1870, le Saint-Siège est particulièrement attentif au maintien de son rang au sein des relations internationales, potentiellement mis à mal par

¹ Sur cette question, voir Olivier Poncet, « Grammaire et diplomatie sous la Troisième République. La querelle du *Nobis nominavit* entre la France et le Saint-Siège (1871-1903) », in *Mélanges de l’Ecole française de Rome. Italie et Méditerranée*, tome 109, n°2, 1997, pp. 895-945.

² Voir la note collective du Conseil d’Etat du 13 juin 1901, reproduite in Olivier Poncet, « Grammaire et diplomatie sous la Troisième République. La querelle du *Nobis nominavit* entre la France et le Saint-Siège (1871-1903) », in *Mélanges de l’Ecole française de Rome. Italie et Méditerranée*, tome 109, n°2, 1997, pp. 895-945.

³ A la fin du Second Empire, le gouvernement français obtint pour quelques temps la suppression du terme *nobis* des bulles d’institution canonique. En 1871, le Saint-Siège employa l’expression *nobis praesentavit* qui, devant les protestations du gouvernement français, fut abandonnée au profit de *nobis nominavit* (voir Antonin Debidour, *L’Eglise catholique et l’Etat sous la troisième République*, tome II, Félix Alcan, 1909).

⁴ Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l’Etat, genèse et développement d’une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. l’Univers Historique, 2005, p 376.

la perte de sa souveraineté territoriale¹. C'est pourquoi le Vatican considère toute visite d'un chef d'Etat étranger au gouvernement italien comme un acte de reconnaissance de l'annexion des Etat pontificaux, à ce titre offensant pour le Saint-Siège. Dans ce contexte, Pie X réagit vivement à la visite d'Emile Loubet. Le secrétaire d'Etat du pape, le cardinal Merry del Val, remet au gouvernement français une note de protestation. Ce dernier la transmet, augmentée d'une phrase, aux chancelleries européennes. Cette pratique, contraire aux usages diplomatiques, est révélée par le journal l'*Humanité* le 17 mai 1904. Une grave crise éclate alors entre le Saint-Siège et la France, qui se solde par le rappel de l'ambassadeur de France au Vatican².

79. Le dernier épisode de l'escalade vers la Séparation concerne deux évêques républicains, Monseigneur Geay et Monseigneur Le Nordez, accusés de diverses turpitudes par leurs entourages et leur hiérarchie. En mai 1904, les deux évêques sont convoqués à Rome sans consultation du gouvernement français, en violation de l'article 20 des Organiques³. En conséquence, la France rompt toute relation diplomatique avec le Saint-Siège le 29 juillet 1904. En septembre 1904, le président du Conseil Emile Combes, prenant acte de l'escalade de la tension, et poussé par l'intensification de la propagande séparatiste, annonce que la situation concordataire entre la France et l'Eglise catholique n'est plus tenable et débouche inévitablement sur la séparation des Eglises et de l'Etat.

§ 2. – *La difficile adoption d'une loi libérale.*

80. Il est largement admis de nos jours que la loi du 9 décembre 1905 a dégagé des solutions libérales aptes à garantir l'exercice effectif des libertés de conscience et des cultes et à ménager une liquidation équitable du système concordataire. Ces qualités n'ont toutefois pas été évidentes à acquérir et résultent d'un mouvement progressif de libéralisation des solutions séparatistes proposées à partir de 1903⁴. Ce phénomène a été favorisé par un facteur institutionnel et un facteur personnel. D'un point de vue institutionnel d'abord, l'évolution du projet de Séparation doit beaucoup aux conditions de la délibération parlementaire au début du XXe siècle : avant le développement des partis modernes et de la discipline partisane dans les enceintes législatives, la

¹ Maurice Larkin, *L'Eglise et l'Etat en France, 1905 : la crise de la Séparation*, Privat, 2004.

² Voir L. V. Méjan, *La séparation des Eglises et de l'Etat, l'œuvre de Louis Méjan*, PUF, 1959, p 40 et s ; et Maurice Larkin, *L'Eglise et l'Etat en France, 1905 : la crise de la Séparation*, Privat, 2004.

³ Maurice Larkin, *L'Eglise et l'Etat en France, 1905 : la crise de la Séparation*, Privat, 2004.

⁴ Rémi Fabre, « L'élaboration de la loi de 1905 », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 47 et s.

discussion parlementaire laisse la place à l'expression individuelle des députés et sénateurs ; par une démonstration convaincante, ces derniers peuvent espérer rallier une majorité qui n'est pas nécessairement déterminée d'avance¹. Cette structure du travail législatif a permis aux tendances libérales de s'imposer. Ensuite, la consécration de la Séparation doit beaucoup au talent politique d'Aristide Briand, qui fait figure d'homme clé de la phase législative de la Séparation².

Avant d'aborder les discussions parlementaires et le contenu de la loi (B.), il nous faut évoquer les projets de loi de Séparation, spécialement celui proposé par la Commission Buisson (A.).

A. – *La Commission Buisson et les projets de loi de Séparation.*

81. Les événements de 1903 et 1904 mettent sur le devant de la scène les travaux d'une commission parlementaire créée en 1902 à l'initiative d'Eugène Réveillaud, qui, grâce aux efforts de Francis de Pressensé, se réunit depuis juin 1903 pour examiner les sept propositions de loi de Séparation déposées depuis le début de la législature.

L'exercice de légistique séparatiste est traditionnel et presque rituel depuis les débuts de la République³. La plupart des propositions déposées devant la Chambre depuis les années 1880 sont cependant marquées par un anticléricalisme militant qui privilégie la guerre contre la religion plutôt que l'instauration d'un authentique Etat laïque. Du reste, la majorité de ces propositions a un faible niveau d'élaboration juridique. Les auteurs se sont souvent concentrés sur la simple suppression du budget des cultes ou l'abrogation du Concordat et une grande partie des problèmes posés par le passage du système des cultes reconnus à la Séparation n'a pas été traitée. C'est que la réussite d'une telle réforme suppose la résolution de questions juridiques complexes. Sous l'empire du droit concordataire, l'exercice du culte est assuré au moyen d'établissements publics jouissant de la personnalité morale. Dans le cadre d'un Etat neutre qui ne considère plus les cultes comme un service public, de telles institutions ne peuvent plus exister. Il faut donc déterminer par quel type de

¹ Nicolas Rousselier, « Deux formes de représentation politique : le citoyen et l'individu », in *La démocratie en France*, tome I, Marc Sadoun (dir), Gallimard, 2000, p 247 et s. Voir aussi Jean-Marc Guislin, « L'éloquence parlementaire aux débuts de la IIIe République », *Parlement(s)*, n°3, 2005, p 39-59.

² Christophe Bellon, « Les parlementaires socialistes et la loi de 1905 », *Parlement(s)*, n°3, 2005, p 116-136.

³ Dès la fin du Second Empire, des auteurs proposent, hors de tout cadre parlementaire, des projets de loi de Séparation ; voir à ce sujet les tentatives de André-Saturnin Miron et de Charles Ernest Hendlé analysées par Jacqueline Lalouette, « La séparation avant la séparation, « projets » et propositions de loi (1866-1891) », *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, n°87, 2005, p 41-55. A partir des années 1880, des propositions sont déposées à la Chambre notamment par Charles Boysset, Jules Roche, Edouard Planteau et Jules-Henri Michelin, Camille Dreyfus et Paul Lafargue. Par ailleurs, lors des débats annuels sur le budget, l'existence du budget des cultes est régulièrement mise en cause.

personnes morales les remplacer. De très nombreux édifices sont ensuite utilisés pour la célébration des diverses confessions reconnues ou le logement des ministres du culte. Leur propriété doit être réglée avec précision et les conditions de leur affectation aux cultes doivent être fixées. Ensuite, quel sort faut-il réserver aux charges pieuses qui grèvent certains biens du culte ? Par ailleurs, une loi de Séparation doit prévoir un droit transitoire régissant la situation des ministres du culte qui, pendant près d'une centaine d'années, ont été salariés par l'Etat. En outre, faut-il adopter une conception libérale ou restrictive de la police des cultes ? Et d'un point de vue général, la séparation des Eglises et de l'Etat implique-t-elle la fin de la participation de l'Etat au financement des cultes ? Enfin, quels droits et libertés un régime de séparation doit-il garantir ? Autant de points qui n'épuisent pas la question juridique de la Séparation mais donnent une idée de la structure logique d'un projet qui se veut opératoire.

82. Des huit propositions de loi (aux sept propositions déposées devant la Chambre, s'ajoute la proposition de Clémenceau et Boissy d'Anglas déposée devant le Sénat), peu sont abouties. Un grand nombre relève plus de l'affichage politique que de l'œuvre législative¹. Ainsi, les propositions de Victor Dejeante, d'Ernest Roche, de Sénac et de Gustave Hubbard sont clairement hostiles à l'Eglise². En revanche, celles d'Emile Flourens, ancien directeur des cultes, celle du protestant Eugène Réveillaud, et celle des catholiques Grojean et Berthoulat lui sont nettement favorables³.

En revanche, la proposition de Francis de Pressensé, socialiste et membre fondateur de la Ligue des Droits de l'Homme, déposée le 7 avril 1903, se détache par sa précision et son sérieux. Il s'agit sans doute du premier projet viable de loi de Séparation⁴. Néanmoins, le projet se caractérise par sa rigueur à l'égard des cultes, ce qui suscite les critiques des milieux catholiques et protestants. Certes, les deux premiers articles proclament les principes de la Séparation, c'est-à-dire les libertés de conscience et des cultes et la neutralité absolue de l'Etat ; certes, le projet prévoit la création d'associations soumises à la loi du 1^{er} juillet 1901 pour remplacer les établissements publics du culte. Mais la propriété de tous les biens du culte est attribuée à l'Etat et l'effectivité de l'affectation

¹ L. V. Méjan, *La séparation des Eglises et de l'Etat, l'œuvre de Louis Méjan*, PUF, 1959, p 100 et s.

² Devant le Sénat, Boissy d'Anglas et Clémenceau déposent aussi une proposition anticléricale qui vise à remettre en vigueur des dispositions du décret du 21 février 1795.

³ Voir Armand Lods, *Les propositions de lois sur la séparation des Eglises et de l'Etat*, Fichbacher, 1903 ; Jean-Paul Scot, « *L'Etat chez lui, l'Eglise chez elle* », *comprendre la loi de 1905*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2005, p 181 ; Rémi Fabre, « L'élaboration de la loi de 1905 », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 47 et s.

⁴ Jean-Paul Scot, « *L'Etat chez lui, l'Eglise chez elle* », *comprendre la loi de 1905*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2005, p 181 ; et Rémi Fabre, « L'élaboration de la loi de 1905 », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 47 et s.

des biens aux cultes n'est qu'imparfaitement garantie. Enfin, la police des cultes est réglée très sévèrement¹.

83. La Commission qui doit étudier ces propositions est composée de 33 membres. Elle est présidée par le radical-socialiste Ferdinand Buisson ; le socialiste indépendant Aristide Briand est le rapporteur. Les séparatistes forment une courte majorité avec 17 députés. Peu convaincu par les propositions existantes, Briand propose à la Commission, en octobre 1903, d'adopter un projet qu'il a établi. Le texte est fortement inspiré par la proposition de Francis de Pressensé, tout en étant nettement plus libéral, notamment sur la question des édifices du culte et de la police. Après des débats constructifs², la Commission Buisson adopte le projet en juillet 1904 avec quelques modifications libéralisant le texte de Briand³.

84. C'est à ce moment qu'entre en scène le projet du président du Conseil Emile Combes. Ce dernier n'est pas favorable à la Séparation mais considère que la rupture des relations diplomatiques entre le Saint-Siège et la France intervenue en juillet y mène inexorablement. De plus, il est poussé à agir sur le terrain de la Séparation par les radicaux qui veulent concurrencer le projet du socialiste Briand. Combes fait donc rédiger un projet de loi par Charles Dumay, directeur des cultes d'esprit concordataire. Le texte est communiqué à la Commission le 29 octobre 1904. Sa teneur est nettement néo-gallicane et ne prévoit pas une véritable séparation des Eglises et de l'Etat. Les cultes sont étroitement surveillés et contrôlés par l'Etat, les fidèles ne peuvent constituer des unions d'associations culturelles dont le ressort dépasse le département, les manifestations extérieures du culte sont interdites et la direction des cultes est maintenue. Clémenceau résume la situation en déclarant dans *l'Aurore* que le projet de Combes consacre « *un régime concordataire sans le Concordat* »⁴. Aussi, il n'est pas surprenant que les catholiques et les protestants critiquent le projet avec vigueur⁵.

L'initiative du président du Conseil concurrence le projet de la Commission Buisson et risque de faire échouer la réforme. Mais les conséquences de l'affaire des Fiches sauvent les travaux de la

¹ Sur le projet Pressensé, voir Armand Lods, *Les propositions de lois sur la séparation des Eglises et de l'Etat*, Fichbacher, 1903 et Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l'Etat, genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. l'Univers Historique, 2005, p 369 et s.

² Christophe Bellon, « Aristide Briand et la séparation des Eglises et de l'Etat, du travail en commission au vote de la loi (1903-1905) », *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, n°87, 2005, p 57-72. Voir aussi, sur les projets de loi de Séparation, L. V. Méjan, *La séparation des Eglises et de l'Etat, l'œuvre de Louis Méjan*, PUF, 1959, p 100 et s.

³ Maurice Larkin, *L'Eglise et l'Etat en France, 1905 : la crise de la Séparation*, Privat, 2004, p 118 et s.

⁴ Sur le projet Combes et les réactions qu'il a suscitées, voir L. V. Méjan, *La séparation des Eglises et de l'Etat, l'œuvre de Louis Méjan*, PUF, 1959.

⁵ L. V. Méjan, *La séparation des Eglises et de l'Etat, l'œuvre de Louis Méjan*, PUF, 1959.

Commission Buisson¹. A la suite de la démission d'Emile Combes le 18 janvier 1905, un nouveau cabinet se forme, dirigé par Maurice Rouvier. Le nouveau ministre de l'instruction publique, des beaux-arts et des cultes, Bienvenu-Martin, dépose un projet de loi de Séparation mais manifeste son intention de collaborer avec la Commission Buisson pour aboutir à un texte commun. Finalement, le 4 mars 1905, la Commission adopte un texte qui se rapproche beaucoup du premier projet Briand.

Comme le note Rémi Fabre, le processus législatif d'adoption de la loi de Séparation se caractérise par une constante libéralisation des différentes versions du texte², dans la mesure où à chaque étape, les libertés de conscience et des cultes sont de mieux en mieux garanties. Ainsi, le travail en commission se solde par une première libéralisation. Le projet définitif soumis à la Chambre, qui résulte de la synthèse entre le projet de la Commission Buisson et celui du ministre Bienvenu-Martin, est plus libéral que l'avant-projet adopté par la Commission en juillet 1904 à partir de la proposition de Briand. Quant à l'avant-projet de juillet 1904, il est lui-même plus libéral que le texte rédigé par Briand en octobre 1903.

Le projet soumis à la Chambre des députés comprend d'abord un titre 1^{er} énonçant les principes de la Séparation, c'est-à-dire les libertés de conscience et des cultes ainsi que la neutralité confessionnelle de l'Etat ; de ces principes découlent la disparition de la législation des cultes reconnus, l'absence de reconnaissance publique des cultes et l'interdiction de financement public de l'exercice des cultes. Il prévoit ensuite de remplacer les anciens établissements publics du culte par des associations cultuelles régies par la loi du 1^{er} juillet 1901, sous réserve des dispositions spéciales prévues par la loi de Séparation. Ce choix démontre le caractère décisif de l'adoption de la loi sur la liberté d'association, qui a été un préalable juridique indispensable à la réussite de la Séparation. Les associations cultuelles ont vocation à devenir propriétaires des édifices du culte construits après l'adoption du Concordat à l'aide des ressources propres de l'Eglise. L'Etat demeure propriétaire des édifices construits avant l'adoption du Concordat et de ceux qu'il a fait construire après cette date. L'affectation de ces bâtiments aux cultes ou au logement des ministres du culte est préservée, mais donne lieu, à l'expiration d'un délai de deux ans, à une location. L'organisation des associations est soumise à peu d'obligations, les différents cultes restant libres de rédiger des statuts adaptés à leurs particularités. Les associations cultuelles peuvent en outre former les unions prévues par le décret du 16 août 1901 pris pour l'application de la loi du 1^{er} juillet 1901³. Par ailleurs, les ministres du culte

¹ Le ministère de la guerre exploitait depuis plusieurs années des informations fournies par le Grand Orient sur les officiers, pour favoriser l'avancement des militaires jugés républicains. Sur cette affaire, voir Jean-Marie Mayeur, *La vie politique sous la Troisième République, 1870-1940*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 1984, p 190-191.

² Rémi Fabre, « L'élaboration de la loi de 1905 », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 47 et s.

³ *J.O.R.F.*, 17 août 1901, p 5249.

retraités et ceux qui sont encore en fonction reçoivent des pensions et des allocations pour des durées et des montants variables en fonction de la durée de leur service et de leur âge. Enfin, diverses incriminations protègent la liberté de conscience et des cultes. Hormis les funérailles, les cérémonies extérieures du culte sont interdites et l'apposition d'emblèmes religieux dans les lieux et sur les monuments publics est prohibée¹.

Au cours des débats parlementaires, ce texte de la Commission Buisson et du gouvernement va connaître une deuxième phase de libéralisation.

B. – Les débats parlementaires et l'adoption de la loi de 1905.

85. A la veille de la discussion du projet de loi et pendant les débats, les députés et le monde intellectuel se partagent schématiquement en cinq tendances à l'égard de la Séparation.

La première prône un rejet catégorique. On y trouve la majorité de l'épiscopat, des intellectuels catholiques et des députés de droite, y compris les ralliés des années 1890, comme Jacques Piou, Albert de Mun ou Grousseau. Ce groupe estime que le culte est un besoin essentiel de la population, que l'Etat ne peut cesser de soutenir. Du reste, ce soutien matériel est pour l'Etat une dette perpétuelle née sous la Révolution à la suite de la confiscation des biens du clergé. De plus, la réforme telle qu'elle se dégage du projet de loi est une négation de l'organisation de l'Eglise qui, pour certains, confine à l'apostasie.

Un deuxième groupe est constitué de républicains concordataires néo-gallicans, peu favorables à la Séparation, qui se recrutent parmi les radicaux et les héritiers des Opportunistes. Militants de l'Etat laïque, ils restent persuadés que l'Eglise est encore trop puissante et que le pays n'est pas encore prêt pour la Séparation. Ils voient dans le Concordat un outil indispensable de contrôle de l'Eglise, de défense de l'Etat républicain contre les ingérences cléricales, et craignent que la disparition du Concordat ne libère l'Eglise qui pourra déployer toutes ses forces contre la République.

Une troisième tendance compte des catholiques partisans de la Séparation, francs-tireurs et nettement minoritaires. Quelques prélats, comme Mgr Le Camus, L'abbé Lemire ou l'abbé Gayraud, pensent en effet que la rupture des liens séculaires entre l'Etat et l'Eglise sera une occasion

¹ Pour une présentation du projet définitif, voir Armand Lods, *La loi de séparation des Eglises et de l'Etat devant la chambre des Députés*, Fischbacher, 1905 ; et l'important commentaire de Paul Grunebaum-Ballin, un des collaborateurs d'Aristide Briand : Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905.

de régénérer le catholicisme, de l'adapter à la société moderne et de se débarrasser du cadre concordataire qui n'assure plus la paix religieuse mais génère le conflit permanent avec l'Etat.

Certains défendent une Séparation libérale. Les socialistes Aristide Briand et Jean Jaurès font partie de cette tendance, de même qu'une bonne partie des modérés progressistes du centre-gauche, tel Alexandre Ribot qui va jouer un rôle primordial lors des débats. Ceux-ci conçoivent la loi comme une œuvre de paix religieuse, protectrice des libertés de conscience et des cultes, respectueuse des sentiments religieux et des droits acquis des différents cultes, spécialement du catholicisme. Chez Jaurès toutefois, cette motivation libérale s'accompagne d'éléments propres à sa doctrine socialiste. Ainsi, la Séparation est moins désirée pour elle-même que comme un aspect d'une vision politique d'ensemble dans laquelle le règlement des relations conflictuelles entre l'Eglise et l'Etat est un préalable à la réalisation des réformes sociales attendues par la classe ouvrière.

Bien différente est la position des séparatistes anticléricaux, dont les plus actifs sont les socialistes, mais qui comptent aussi des radicaux. Les socialistes regroupés autour des députés Maurice Allard et Edouard Vaillant sont ainsi profondément antireligieux. Ils jugent les cultes radicalement contraires aux principes de la société moderne et en font un outil aux mains du patronat pour asservir les travailleurs. Dès lors, par la Séparation, ils désirent tout naturellement détruire la religion et déchristianiser la France.

86. A la Chambre, l'équilibre des forces politiques issu des élections de 1902 n'est pas favorable à la réussite de la Séparation. Sur les 588 députés élus en 1902, seuls 129 demandent la Séparation dans leurs professions de foi¹. La majorité du Bloc des gauches, soutien du gouvernement de défense républicaine et *a priori* favorable à la réforme, regroupe les socialistes, les radicaux et les héritiers des Opportunistes. Dans l'opposition, on compte les progressistes de centre-droit menés par Alexandre Ribot, les députés catholiques de l'Action Libérale Populaire ralliés à la République, les nationalistes et les monarchistes². Lors de la discussion générale qui s'ouvre le 23 mars 1905, les différentes composantes de la Chambre exposent leurs positions de principe sur le projet de loi, révélant que la formation d'une majorité favorable au texte n'est pas acquise.

Les membres de l'Action Libérale Populaire, les nationalistes et les monarchistes sont hostiles au projet. Les progressistes seraient disposés à accepter la Séparation, si elle était amendée dans un

¹ Jean-Paul Scot, « *L'Etat chez lui, l'Eglise chez elle* », *comprendre la loi de 1905*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2005, p 175.

² En se référant à Jean-Marie Mayeur, *La vie politique sous la Troisième République, 1870-1940*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 1984, p 185-186, les socialistes ont 48 élus, les radicaux plus de 200, les Opportunistes environ une centaine, les progressistes 127, les députés de l'Action libérale populaire sont 35, les nationalistes 43 et les monarchistes 41.

sens plus libéral. Les socialistes, menés par Maurice Allard et Edouard Vaillant, ne se satisfont pas du projet de la Commission Buisson et du gouvernement, jugé trop libéral. Maurice Allard dépose d'ailleurs un contre projet hostile à l'Eglise, à l'appui duquel il prononce un discours particulièrement anticlérical le 10 avril 1905¹. Enfin, les radicaux et les opportunistes sont séparatistes, mais nombre d'entre eux craignent les conséquences électorales de l'adoption de la loi et hésitent à abandonner le système concordataire. Néanmoins, ils demeurent le seul soutien solide au projet de loi. On le voit, l'adoption du texte est loin d'être évidente. Aristide Briand, qui domine les débats, doit fournir un important travail de conviction et faire preuve d'un sens aigu de la stratégie parlementaire, en alternant les gages de libéralisme aux progressistes et aux députés catholiques qui pourraient accepter une Séparation équitable, et les signes de fermeté anticléricale en direction des socialistes.

87. Ces débats parlementaires sont un moment d'anthologie de la vie politique de la III^e République et ont été maintes fois analysés. Les temps forts de la discussion, qui scellent le sort de la loi, ont lieu à propos de l'article 4 relatif à la dévolution des biens des établissements publics du culte aux associations cultuelles, et de l'article 6 (qui devient l'article 8 du texte définitif) relatif aux litiges portant sur l'attribution des biens. L'article 4 du projet prévoit : « *Dans le délai d'un an à partir de la promulgation de la présente loi, les biens mobiliers et immobiliers appartenant aux menses, fabriques, conseil presbytéraux, consistoires et autres établissements publics du culte, seront, avec toutes les charges et obligations qui les grèvent, attribués par les représentants légaux de ces établissements aux associations qui se seront légalement formées pour l'exercice du culte dans les anciennes circonscriptions desdits établissements.* »². Les catholiques et les progressistes craignent que par la généralité de ses termes, cette disposition favorise les schismes et la spoliation des biens cultuels. En effet, comment garantir que les biens seront dévolus à une association orthodoxe, en communion avec l'évêque et le pape ? Pour désarmer ces craintes, la Commission Buisson se réunit le 19 avril pour modifier l'article 4. A l'issue de discussions serrées, le nouvel article 4 précise que les biens seront attribués aux associations qui se seront formées conformément « *aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice.* ». Le 20 avril, interrogé par Alexandre Ribot sur la portée exacte de la modification, Briand convainc les députés réticents que le nouvel article 4 permettra de conjurer le spectre de la spoliation et du schisme. Mais dans le même temps, le rapporteur rassure les anticléricaux : si l'article 4 garantit que les biens du culte catholique seront affectés à des associations catholiques orthodoxes, il ne constitue pas une

¹ Sur le déroulement des débats et leur teneur, voir l'utile présentation au *D.P.*, 1906, IV, p 1 et s.

² Armand Lods, *La loi de séparation des Eglises et de l'Etat devant la chambre des Députés*, Fischbacher, 1905.

reconnaissance officielle de la hiérarchie de l'Église, ni un obstacle aux évolutions futures du catholicisme¹. Le 21 avril, Jean Jaurès soutient Briand à la tribune et prononce un discours favorable à l'article 4. Malgré l'habileté manœuvrière de Briand et l'éloquence de Jaurès, certains anticléricaux et députés concordataires restent hostiles à la disposition clé de la Séparation². Les députés Charles Dumont et Jean Bepmale proposent ainsi un amendement tendant à supprimer la modification de l'article 4. L'amendement est repoussé et le nouvel article 4 est adopté le 22 avril par 482 voix contre 52. Le vote de l'article 4 est capital car il rend la Séparation acceptable pour les catholiques et atteste des intentions libérales de ses promoteurs. Le succès de la Séparation s'est en grande partie joué autour de cette disposition.

Devant cet échec, les anticléricaux prennent leur revanche à l'occasion de la discussion de l'article 6 du projet³. Le texte prévoit que le juge judiciaire sera compétent en cas de litige entre plusieurs associations culturelles sur l'attribution des biens. Le député radical Cruppi propose un amendement confiant ce contentieux au Conseil d'Etat, qui se prononcera en tenant compte « *de toutes les circonstances de fait* ». Dans l'esprit des anticléricaux, cette modification doit permettre de favoriser les schismes : le Conseil d'Etat n'a-t-il pas été un rouage efficace de la politique anti-congréganiste des gouvernements républicains ? De plus, la référence aux « *circonstances de fait* » permettra au juge de contourner l'article 4 en se prononçant au regard d'autres critères que l'orthodoxie des associations culturelles. Pour déjouer cette stratégie, Briand essaie de montrer à la tribune que cet amendement ne modifie pas la portée de l'article 4. Finalement, le nouvel article 6 est adopté le 27 mai. L'épisode de l'article 6 montre que dès les débats parlementaires, la justice administrative est un enjeu stratégique. Nous verrons plus loin que les espoirs des anticléricaux seront déçus par la jurisprudence du Conseil d'Etat⁴. Mais, sur le moment, l'article 6 est perçu par les catholiques et les modérés comme un abandon de la garantie consacrée par la nouvelle rédaction

¹ Sur les débats relatifs à l'article 4, voir *D.P.*, 1906, IV, p 1 et s ; Jean-Marie Mayeur, *la séparation des Eglises et de l'Etat*, Editions de l'atelier, 2005 ; Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l'Etat, genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. l'Univers Historique, 2005 ; Jean-Paul Scot, « *L'Etat chez lui, l'Eglise chez elle* », *comprendre la loi de 1905*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2005 ; Rémi Fabre, « *L'élaboration de la loi de 1905* », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 47 et s.

² Les anticléricaux virulents et antireligieux fulminent contre le nouvel article 4, qui compromet leurs projets de déchristianisation du pays. Quant aux concordataires, radicaux ou opportunistes, ils voient d'un mauvais œil la reconnaissance de la hiérarchie catholique et l'attribution automatique des biens aux associations orthodoxes. Selon eux, ces dispositions privent l'Etat d'un indispensable moyen de contrôle sur l'Église. Enfin, une personnalité comme Ferdinand Buisson soutient l'amendement Bepmale-Dumont car sa philosophie religieuse tend à la démocratisation et à la laïcisation de la religion, par le retour aux sources, la rupture avec la hiérarchie et l'accroissement du rôle joué par les fidèles ; voir Ferdinand Buisson, *La foi laïque*, Hachette, 1918 ; et Rémi Fabre, « *L'élaboration de la loi de 1905* », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 72.

³ L. V. Méjan, *La séparation des Eglises et de l'Etat, l'œuvre de Louis Méjan*, PUF, 1959.

⁴ Voir *infra*, n° 278 et s.

de l'article 4. Cet élément psychologique pèsera quelques mois plus tard sur les conditions d'application de la loi.

Le reste du projet de loi suscite moins de débats. Le 3 juillet, la loi est adoptée par 341 voix contre 233. Rapidement discutée devant le Sénat, elle ne fait l'objet d'aucun amendement et est adoptée le 6 décembre 1905, promulguée le 9 décembre.

La procédure législative a permis une deuxième phase de libéralisation du texte, par le biais de plusieurs modifications du projet de loi. Le nouvel article 4 permet ainsi de préserver les droits acquis des anciens cultes reconnus en maintenant l'affectation des biens aux associations orthodoxes. Par ailleurs, l'article 2 qui prohibe le financement public des cultes est amendé pour permettre l'inscription au budget des personnes publiques de dépenses relatives à des services d'aumônerie dans les prisons, collèges, lycées, hôpitaux, entre autres. L'article 13 prévoit ensuite, contrairement au projet, la mise à disposition gratuite pour une durée indéfinie des édifices affectés à l'exercice public du culte. S'agissant des presbytères, évêchés et archevêchés, l'Eglise bénéficie à leur égard d'une période de jouissance gratuite, qui passe de deux ans dans le projet, à cinq ans dans le texte définitif ; à l'issue de cette période, ils peuvent rester à la disposition des ministres du culte en contrepartie d'un loyer. Ensuite, l'article 3 a été complété en prévoyant un inventaire des biens mobiliers et immobiliers des établissements publics du culte et de l'Etat. En outre, l'article 27 du texte définitif soumet les manifestations extérieures du culte aux dispositions de l'article 97 de la loi municipale du 5 avril 1884, alors que le projet posait une interdiction générale des manifestations du culte sur la voie publique (article 25 du projet définitif)¹. Enfin, la loi du 9 décembre 1905 ne modifie pas la législation sur les congrégations et sur l'enseignement, mais abroge le Concordat et les nombreuses dispositions qui composaient le régime des cultes reconnus.

88. En définitive, l'exercice d'équilibriste conduit par Aristide Briand entre les forces politiques de la Chambre explique en grande partie le tropisme libéral qui marque la phase parlementaire de la Séparation². Briand a d'abord su neutraliser, sauf à propos de l'article 6 du projet, les exigences antireligieuses des socialistes et des anticléricaux. Ensuite, le rapporteur savait qu'il fallait que la loi soit acceptable pour les catholiques et pour les membres de la droite modérée. C'est pourquoi il a sans cesse donné des signes d'apaisement au cours des débats, en soutenant les amendements qui adoucissaient les dispositions du projet et en promettant d'appliquer la loi dans un esprit de paix religieuse. Ce travail de conviction, qui révèle l'orientation largement libérale de la loi, a été

¹ Pour une comparaison entre le texte définitif et le projet, voir Armand Lods, *La loi de séparation des Eglises et de l'Etat devant la chambre des Députés*, Fischbacher, 1905.

² Christophe Bellon, « Aristide Briand et la séparation des Eglises et de l'Etat, du travail en commission au vote de la loi (1903-1905) », *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, n°87, 2005, p 57-72.

particulièrement facilité par les échanges entre Briand et les progressistes, spécialement Alexandre Ribot¹. Les déclarations de Briand à la Chambre orientent ainsi la loi vers une Séparation libérale. Briand rejette toute idée d'une loi de persécution. La Séparation doit respecter les droits acquis par les anciens cultes reconnus, notamment s'agissant des biens du culte. Répondant à Alexandre Ribot lors du débat sur l'article 4, Briand déclare ainsi : « *Nous n'avons jamais eu la pensée d'arracher à l'Eglise catholique son patrimoine, pour l'offrir en prime au schisme [...]. Ces Eglises ont des constitutions que nous ne pouvons pas ignorer [...]. Il serait puéril de croire que la promulgation de la loi entraînerait un bouleversement complet de l'organisation ecclésiastique de la religion catholique, apostolique et romaine.* »². En conclusion de la partie historique de son rapport, il déclare déjà, à propos de la loi : « *En la votant, vous ramènerez l'Etat à une plus juste appréciation de son rôle et de sa fonction, vous rendrez la République à la véritable tradition révolutionnaire et vous aurez accordé à l'Eglise ce qu'elle a seulement le droit d'exiger, à savoir la pleine liberté de s'organiser, de vivre, de se développer selon ses règles et par ses propres moyens, sans autre restriction que le respect des lois et de l'ordre public.* »³. Finalement, les idées de Briand se rapprochent de celles des auteurs libéraux du Second Empire tels Laboulaye⁴, Prévost-Paradol ou Jules Barni pour lesquels la séparation des Eglises et de l'Etat s'impose car elle est une conséquence de « *l'inévidance des religions positives.* »⁵ ; elle doit conduire à l'application du droit commun des libertés publiques tout en ménageant les situations acquises sous le régime des cultes reconnus⁶.

§ 3. - *Le défi du refus catholique de la loi de Séparation.*

89. Les intentions libérales exprimées par les auteurs de la loi sont de bon augure pour la réussite de la Séparation. Dès le début de l'année 1906, la plupart des aspects de la réforme sont mis en œuvre. Les dépenses relatives aux cultes disparaissent des budgets de l'Etat, des départements et des communes. L'Etat n'intervient plus dans le fonctionnement des Eglises, ne donne aucun *exequatur* aux actes de celles-ci et ne nomme plus les ministres du culte. Le Saint-Siège profite rapidement de cet aspect de la loi pour nommer librement des évêques ultramontains et intransigeants. Ensuite, plusieurs milliers de prêtres, des rabbins et des pasteurs font valoir, au cours de l'année 1906, leurs

¹ Christophe Bellon, « Les parlementaires socialistes et la loi de 1905 », *Parlement(s)*, n°3, 2005, p 116-136.

² Cité par Jean-Paul Scot, « *L'Etat chez lui, l'Eglise chez elle* », *comprendre la loi de 1905*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2005, p 234.

³ Aristide Briand, *La Séparation des Eglises et de l'Etat. Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés, suivi des pièces annexes*, Paris, 1905.

⁴ Voir supra, n° 66, note 3.

⁵ Prévost-Paradol, « La liberté des cultes en France », *R.D.M.*, 1858, p 342-366.

⁶ Jules Barni, *Manuel Républicain*, Paris, 1872, p 87 et s ; Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, Paris, 1868, p 233 et s.

droits à pension de retraite et leurs droits à allocation. Par ailleurs, un délai d'un an à compter de la promulgation de la loi (soit avant le 9 décembre 1906) est fixé pour le remplacement des établissements publics du culte et l'affectation des biens aux nouvelles associations culturelles.

90. Les protestants et les juifs acceptent toutes les dispositions de la loi et, dès le début de l'année 1906, forment des associations culturelles. A partir de février, ils se soumettent de bonne grâce à la formalité des inventaires prévue par l'article 3 de la loi.

Les catholiques sont loin d'être aussi bien disposés à l'égard de la loi et redoutent qu'elle ne devienne un outil de plus de la politique anticléricale des républicains. Il est vrai que certains faits entretiennent l'ambiguïté sur les intentions des auteurs de la loi. Il suffit de parcourir la partie historique du rapport d'Aristide Briand devant la Chambre pour constater que son libéralisme est mêlé d'une certaine dose d'anticléricisme. De même, les socialistes, qui ont majoritairement voté la loi, n'ont-ils pas cessé, au cours des débats parlementaires, de développer leurs doctrines antireligieuses ? Enfin, la Séparation intervient alors que les politiques anti-congréganiste et de laïcisation des structures de l'école battent leur plein. Tous ces éléments inquiètent une partie des catholiques français. L'inquiétude et l'incertitude sont renforcées par la crise des inventaires qui fait monter la tension et déclenche la prise de position intransigeante du Saint-Siège à l'égard de la Séparation¹.

91. Dans une circulaire du 2 janvier 1906 destinée à régler le déroulement des inventaires, la direction générale de l'enregistrement a prévu que les prêtres devront « ouvrir les tabernacles », en présence des agents de l'Etat, pour en inventorier le contenu. Dès février 1906, quelques groupes nationalistes et monarchistes, comme les Camelots du Roi, prennent prétexte de ce passage de la circulaire publié dans la presse pour empêcher l'accès des agents de l'Etat à quelques églises parisiennes, contre l'avis des prêtres qui se résignent à une mise en œuvre non violente des inventaires. Après des interventions musclées de la police, les inventaires ont lieu. Le phénomène s'étend en province, dans les zones rurales de vieille chrétienté, où toute une population liée aux notabilités locales manifeste sa peur de la spoliation et sa réaction épidermique vis-à-vis de l'incursion de l'Etat dans la pratique religieuse. Dans un premier temps, le gouvernement et les préfetures appliquent fermement la loi et le règlement d'administration publique du 29 décembre

¹ Jean-Marie Mayeur, *La séparation des Eglises et de l'Etat*, Editions de l'atelier, 2005 ; Jean-Marie Mayeur, « Religion et politique : géographie de la résistance aux inventaires (février-mars 1906) », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, n°6, 1966, pp. 1259-1272 ; Guillaume Tronchet, « Le cabinet Rouvier et l'administration préfectorale dans la crise des Inventaires (janvier-mars 1906) », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 77 et s.

1905, en délogeant les paroissiens par la force. Mais la mort de deux personnes au cours de deux échauffourées change la donne. Ces drames provoquent la chute du cabinet Rouvier qui est remplacé par un cabinet dirigé par Sarrien, dans lequel Clémenceau devient ministre de l'intérieur et Briand ministre de l'instruction publique et des cultes. Dès la constitution du cabinet Sarrien, Clémenceau décide de mettre fin à la crise en reportant l'achèvement des inventaires à un moment moins troublé. Pour sa part, Briand affirme la résolution du gouvernement à appliquer pleinement la Séparation, malgré la crise des inventaires, et met en avant l'esprit libéral qui anime les pouvoirs publics dans la mise en œuvre de la loi¹. Même s'il ne faut pas surévaluer l'ampleur de l'épisode des inventaires car, dans l'immense majorité des paroisses, les opérations se sont passées sans incident, le phénomène est important dans la mesure où il radicalise les intransigeants et convainc le pape du bien fondé de sa position de rejet absolu. En pleine crise, il publie d'ailleurs son encyclique *Vehementer nos* du 11 février 1906 condamnant vigoureusement la loi de Séparation, sans se prononcer sur le détail de ses conséquences pratiques.

92. Les inventaires confortent certains catholiques dans leur refus radical de la loi et les enferment dans une attitude de résistance systématique². Mais la majorité des personnalités catholiques prend position, dans les mois qui suivent la Séparation, en faveur de « l'essai loyal » de la loi et notamment des associations culturelles. En mars 1906, à l'initiative de Ferdinand Brunetière, directeur de la *Revue des deux mondes*, un groupe d'intellectuels appelé les « cardinaux verts » en raison de la présence d'un grand nombre de membres de l'Académie Française, adresse une lettre aux évêques français dans laquelle ils argumentent en faveur de la constitution d'associations culturelles. Ils avancent que l'article 4, tel qu'il a été modifié, peut permettre à ces associations d'être compatibles avec la vie de l'Eglise. De plus, disent-ils, le refus de la loi présente de gros risques pour l'avenir du culte catholique ; les croyants réduits au culte privé, l'Eglise frustrée de ses biens, la guerre religieuse relancée : pour les cardinaux verts, le refus en bloc de la loi aurait des conséquences bien trop graves pour être envisagé³. La majorité de l'épiscopat français adopte des positions analogues. D'abord, à la fin du mois de décembre 1905, les cardinaux déclarent que la loi est acceptable sous réserve de la parole du pape et d'un éventuel durcissement du texte par le biais des règlements d'administration publique. Ensuite, les prélats se prononcent à l'occasion d'une assemblée plénière des évêques français, convoquée par le pape au début de 1906 dans l'espoir

¹ L. V. Méjan, *La séparation des Eglises et de l'Etat, l'oeuvre de Louis Méjan*, PUF, 1959, p 263 et s.

² Voir par exemple les prises de position d'Albert de Mun, du député Groussau, de l'assomptionniste Emmanuel Bailly, des évêques Turinaz, Dubillard ou De Cabrières ; voir Jean-Marie Mayeur, *La séparation des Eglises et de l'Etat*, Editions de l'atelier, 2005.

³ La lettre des cardinaux verts est reproduite in Jean-Marie Mayeur, *La séparation des Eglises et de l'Etat*, Editions de l'atelier, 2005, p 160 et s.

d'obtenir une déclaration unanime de soutien à la position de rejet intransigeant qu'il compte adopter. Après plusieurs ajournements, dans l'attente des règlements d'administration publique et des résultats des élections de mai 1906, l'assemblée se tient fin mai 1906. Les évêques et archevêques doivent se prononcer sur l'acceptation du principe des associations cultuelles, puis sur la possibilité pratique de constituer des associations cultuelles « canoniques et légales » respectant la hiérarchie de l'Eglise. Tirant les conséquences de l'encyclique *Vehementer nos*, l'assemblée se prononce logiquement contre le principe de la Séparation. En revanche, une large majorité considère que l'essai des associations cultuelles est possible et adopte le projet de statuts d'associations canonico-légales préparé par Monseigneur Fulbert-Petit¹.

Ainsi donc, il y a chez les catholiques français une volonté largement partagée de s'accommoder de la loi dans l'espoir de parvenir à la paix religieuse².

93. Cet espoir est rapidement déçu par la politique du Saint-Siège. Pie X et son secrétaire d'Etat, le Cardinal Merry del Val, espéraient un vote hostile à la Séparation à l'occasion des élections de mai 1906. Mais les électeurs portent à la Chambre une majorité de gauche renforcée. Dès lors, le pape ruine toute possibilité de conciliation en choisissant l'intransigeance la plus absolue à l'égard de la loi de 1905. Les conclusions prudentes et conciliatrices de l'assemblée générale des évêques ne sont prises en compte ni par la Congrégation des affaires ecclésiastiques extraordinaires, ni par Pie X et ses conseillers. Aussi, dans l'encyclique *Gravissimo Officii* du 10 août 1906, le pape condamne les associations cultuelles et défend aux catholiques français d'en constituer. Ces derniers obéissent et presque aucune association n'est formée à la fin de l'année 1906³.

Du 4 au 7 septembre, le clergé français tire les conséquences de l'interdit pontifical lors d'une nouvelle assemblée des évêques, en organisant les modalités de la vie du culte sans associations et sans financement public, notamment par la création du denier du culte.

¹ L. V. Méjan, *La séparation des Eglises et de l'Etat, l'œuvre de Louis Méjan*, PUF, 1959 ; Maurice Larkin, *L'Eglise et l'Etat en France, 1905 : la crise de la Séparation*, Privat, 2004 ; Philippe Portier, « L'épiscopat français et la loi de Séparation, retour sur un processus de reconnaissance », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 203.

² Voir les prises de position conciliatrices de nombreux catholiques à la suite de l'adoption de la loi par la Chambre décrites par Paul Grunebaum-Ballin, « Le projet de loi sur la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.P.P.*, 1905, p 43-58, note 1.

³ Certains catholiques laïcs et certains prélats, comme le cardinal Lecot, forment des associations qui sont désavouées par la hiérarchie. Quelques unes de ces expériences schismatiques sont discrètement soutenues pendant quelques mois par le gouvernement. Sur l'expérience du Cardinal Lecot à Bordeaux, voir Gérard D. Guyon, « A propos de l'application de la loi de séparation des Eglises et de l'Etat dans le diocèse de Bordeaux entre 1905 et 1925 », *Rev. hist. droit*, 2005, p 611-634 ; sur la brève tentative de soutien des associations schismatiques : Jean-Paul Scot, « *L'Etat chez lui, l'Eglise chez elle* », *comprendre la loi de 1905*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2005, p 291.

Par son intransigeance, le pape place donc les catholiques français dans une position très précaire et difficile. Cette politique s'explique d'abord par la répulsion de Pie X et de Merry del Val pour les principes de la République et de la démocratie, dont la Séparation est largement une conséquence. Sur ce point, le pape se situe dans la lignée de ses prédécesseurs du XIX^e siècle qui ont invariablement rejeté l'idée séparatiste. De plus, la loi de 1905 est volontiers conçue comme le résultat d'un complot laïque et maçonnique contre la religion catholique. D'un point de vue stratégique enfin, l'intransigeance pontificale découle de considérations de politique internationale. Depuis la perte de sa souveraineté territoriale consécutive à l'annexion des Etat pontificaux par l'Italie en 1870, le Saint-Siège est préoccupé, voire obsédé par le maintien de son prestige et de son rang international. Dans ce contexte, l'adoption de la Séparation dans un grand pays catholique comme la France est perçue comme une grave menace. Que la France se dote d'un Etat entièrement laïque, qui relègue la religion dans la sphère de la vie privée et ne reconnaît plus l'Eglise comme une puissance, est de nature à affaiblir la position internationale du Vatican¹. Pie X craint un effet de contagion de l'expérience française car, dans certains pays comme l'Espagne, un courant séparatiste commence à gagner en vigueur. Le rejet total de la loi de 1905 vise donc à faire un exemple, à montrer aux autres pays catholiques que la voie de la Séparation n'est pas une option viable aux yeux de l'Eglise. Mais, ce faisant, le Saint-Siège a sacrifié la possibilité d'une paix religieuse en France sur l'autel du prestige international de l'Eglise². Nous verrons plus loin quelles ont été les conséquences de l'intransigeance papale sur l'évolution du droit positif et spécialement de la jurisprudence administrative.

94. Cette situation représente un défi pour le législateur, le gouvernement et le juge. Face au refus catholique, les deux premiers ont adopté, par le biais de plusieurs lois et textes règlementaires, une ligne de conduite globalement libérale, qui a permis d'assouplir encore certaines dispositions de la loi et de garantir le libre exercice du culte catholique³. Parallèlement, le juge administratif a joué un rôle décisif en approfondissant et en confortant les choix du législateur et du gouvernement, contournant par le droit une situation politique explosive. Ce faisant, il a contribué à préciser les contours de la laïcité républicaine. Avant d'analyser l'apport de la jurisprudence administrative, il faut d'abord achever l'explication de l'émergence de la notion juridique de Séparation en analysant la construction doctrinale de la théorie juridique de l'Etat laïque.

¹ Ces motivations pontificales contribuent à expliquer la vigueur avec laquelle le Saint-Siège condamne la dénonciation unilatérale du Concordat, qui est à ses yeux la négation même de sa souveraineté.

² Maurice Larkin, *L'Eglise et l'Etat en France, 1905 : la crise de la Séparation*, Privat, 2004.

³ Voir le ferme rappel de l'inspiration libérale de la loi par Aristide Briand à l'occasion de plusieurs interpellations sur les conditions d'application de la réforme à la fin de l'année 1906 (« La discussion des interpellations sur la politique religieuse », *R.I.C.*, 1906, p 457 et s).

Section II. – La formation de la théorie juridique de l'Etat laïque.

95. Au lendemain de la loi du 9 décembre 1905, il n'existe encore aucune doctrine juridique de l'Etat laïque. Seuls quelques rares auteurs, tels que Edouard Laboulaye ou Paul Grunebaum-Ballin, ont apporté des éléments de réflexion. Le législateur ayant rompu avec la tradition juridique séculaire des cultes reconnus, la doctrine doit réinventer une nouvelle théorie juridique pour rendre compte du droit des cultes républicain. La réflexion se développe dans les années qui suivent la Séparation et présente plusieurs caractéristiques originales par rapport à d'autres débats juridiques de la même période.

Le débat est d'abord fortement déterminé par les positions politiques et confessionnelles des juristes. A la suite de Jean-Louis Halpérin¹, il est possible d'établir une classification sommaire des auteurs en quatre groupes, en fonction de leur *hostilité*, de leur attitude *réservée*, *raisonnée* ou *enthousiaste* envers la loi de Séparation. Des républicains laïques affichés comme Adhémar Esmein, Gaston Jèze, Paul Grunebaum-Ballin ou Henri Lévy-Ullmann sont bien sûr très favorables à la loi. Léon Duguit et Joseph Barthélémy (de sympathie républicaine), Henri Berthélémy, Raymond Saleilles ou Louis Le Fur (qui se présentent tous trois comme des juristes catholiques) sont des partisans raisonnés de la Séparation. Les catholiques Maurice Hauriou ou Léon Michoud adoptent quant à eux une attitude réservée, sans être ouvertement hostile à la loi. En revanche, une grande majorité d'auteurs catholiques rejette catégoriquement la Séparation. On compte au sein de ce groupe les juristes Henry Taudière, Gustave de Lamarzelle, Anatole Biré, Emile Ollivier, Lucien Crouzil² ou Aymard-Duvernay par exemple. La lecture des contributions doctrinales de l'époque doit donc prendre en compte le subtil entrelacement des convictions religieuses et des positions politiques plus ou moins favorables aux gouvernements républicains, sans oublier les divisions académiques au sein de la science du droit, qui ont influencé l'importance donnée à la Séparation par les auteurs³.

En outre, la réflexion sur l'Etat laïque se caractérise par la relative et paradoxale rareté des travaux théoriques approfondis. Si à partir de 1906 la loi de Séparation fait couler beaucoup d'encre chez les juristes, nombre d'entre eux se contentent d'une simple description du droit positif, sans aborder la théorie de l'Etat laïque, beaucoup de catholiques s'enfermant pour leur part dans une

¹ Jean-Louis Halpérin, « La représentation de la laïcité parmi les juristes français et étrangers », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 181.

² Lucien Crouzil est un acteur important du débat doctrinal sur la Séparation par l'abondance et de l'intérêt de ses contributions. Sur Crouzil, voir Bernard David, « Les réactions de deux canonistes français à la Séparation », in *Christianisme et politique dans le Tarn sous la Troisième République*, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2000, p 139.

³ Jean-Louis Halpérin, « La représentation de la laïcité parmi les juristes français et étrangers », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 185-186.

argumentation de combat, qui, par définition, n'apporte aucune contribution à la notion juridique de laïcité. Comme le note Jean-Louis Halpérin, « *traiter de la laïcité en droit français n'était donc pas une figure imposée dans les années 1900-1914, mais un choix délibéré de la part de professeurs convaincus de la grande portée de la loi de Séparation dans le domaine du droit qui les intéressait.* »¹.

96. Il reste qu'un discours juridique cohérent sur l'Etat laïque issu de la Séparation se développe dans la première moitié du XXe siècle. Il contribue, avec l'œuvre du juge administratif, à l'élaboration de la notion de laïcité républicaine, élément fondamental de l'identité des institutions républicaines et de la conception républicaine de l'Etat. Dans les développements qui suivent, nous nous intéresserons au commentaire doctrinal des grands principes de la Séparation énoncés par le titre 1^{er} de la loi et à la question des associations cultuelles. A cet égard, la doctrine a été confrontée à deux grandes problématiques au lendemain de la loi de 1905. La première, relativement circonstancielle et d'actualité brûlante dès la fin de l'année 1905, concerne à titre principal le groupe des juristes catholiques. Ces derniers se sont ainsi demandé, dans les premiers mois suivant la loi de 1905, si la Séparation était acceptable par les catholiques (§1.). L'autre problématique a conduit l'ensemble de la communauté des juristes à mener un travail de réflexion de grande ampleur impliquant une reformulation complète de l'analyse du droit des cultes. Leur objectif a été de saisir la portée de la Séparation et de formuler juridiquement le lien entre Etat laïque et garantie des libertés de conscience et des cultes (§2.).

§ 1. – L'enjeu doctrinal immédiat : la loi de Séparation est-elle acceptable par les catholiques ?

97. Contrairement aux juristes juifs et protestants qui acceptent la Séparation sans véritables débats, les juristes catholiques opposent un rejet de principe à la loi du 9 décembre 1905. Les auteurs entreprennent d'examiner, d'un strict point de vue catholique, si la loi est favorable ou défavorable à l'Eglise, et estiment en général que la Séparation est délibérément hostile (A). En revanche, et au-delà du refus de principe, quelques auteurs catholiques modérés prônent la conciliation et l'essai pratique de la loi et des associations cultuelles. Cette attitude a suscité un intéressant travail collectif de réflexion juridique dans les premiers mois de 1906. Jusqu'à la publication en juillet 1906 de l'encyclique *Gravissimo Officii* condamnant définitivement la loi et les associations cultuelles, une

¹ Jean-Louis Halpérin, « La représentation de la laïcité parmi les juristes français et étrangers », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 186.

partie de la doctrine catholique a ainsi proposé des projets d'organisation technique du culte catholique sous le régime de Séparation, dans le but de ménager à l'Eglise un statut légal indispensable à sa survie et à son développement. Ce faisant, elle a contribué à démontrer la compatibilité des associations culturelles avec l'organisation de l'Eglise catholique (B).

A. – *Le refus de principe des juristes catholiques intransigeants.*

Les juristes catholiques intransigeants articulent leur argumentation autour des anciens thèmes concordataires (I.) et de l'affirmation du caractère anticatholique de la loi de Séparation (II.).

I. – La rémanence des arguments concordataires.

98. Rares sont les juristes catholiques qui ne critiquent pas sévèrement la loi de Séparation au lendemain de son adoption. La majorité de la production doctrinale catholique oppose à la Séparation une fin de non-recevoir définitive fondée pour l'essentiel sur les figures classiques de la doctrine concordataire. D'une manière générale, les critiques de la loi de Séparation perpétuent l'idée de l'utilité sociale de la religion et la distinction des pouvoirs temporel et spirituel¹.

Chez Emile Ollivier, la loi de 1905 méconnaît la véritable notion de séparation des cultes et de l'Etat, qui se limite à la distinction des pouvoirs temporel et spirituel telle qu'elle a été consacrée par la Révolution puis le Concordat². Ce système n'exclut pas la collaboration des deux pouvoirs et les points de contacts entre les deux « *souverainetés* », selon le terme de De Lamarzelle et Taudière³.

Par ailleurs, la loi ignore l'utilité sociale de la religion. Anatole Biré estime ainsi que « *le culte est une nécessité sociale dont l'Etat ne peut se désintéresser* »⁴, tandis que De Lamarzelle et Taudière font valoir qu'il n'est pas concevable que le culte cesse d'être un service public dans un pays à forte majorité catholique⁵. Pour leur part, Th. Ferneuil⁶, Emile Ollivier⁷ ou Jean Guiraud entendent montrer, à la faveur d'un raisonnement *a fortiori*, que le maintien du service des cultes,

¹ Voir *supra*, n° 45 et s. Certains auteurs développent une argumentation de rejet radical de la démocratie et de la République ; voir G. Théry, « Un catholique français peut-il être républicain ? », *R.C.I.D.*, 1909, n°43, p 24-35.

² Emile Ollivier, *Nouveau manuel de droit ecclésiastique français*, tome II, Garnier frères, 1907, p 23 et s.

³ Gustave de Lamarzelle et Henry Taudière, *La séparation de l'Eglise et de l'Etat. Commentaire théorique et pratique de la loi du 9 décembre 1905*, Plon, 1906, p 21.

⁴ Anatole Biré, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Commentaire de la loi du 9 décembre 1905*, Arthur Rousseau, 1905, p 19.

⁵ Gustave de Lamarzelle et Henry Taudière, *La séparation de l'Eglise et de l'Etat. Commentaire théorique et pratique de la loi du 9 décembre 1905*, Plon, 1906, p 20 et 21.

⁶ Th. Ferneuil, « La loi sur la séparation. Ses origines, sa portée, ses conséquences », *R.P.P.*, 1905, p 225-238, p 227.

⁷ Emile Ollivier, *Nouveau manuel de droit ecclésiastique français*, tome II, Garnier frères, 1907, p 45.

qui concerne des millions d'usagers, est légitimé par l'existence de services publics qui ne concernent en fait qu'un petit nombre de bénéficiaires. En ce sens, ils expliquent que nonobstant l'existence d'athées et de libres-penseurs, le principe de la solidarité sociale exige qu'un besoin aussi universellement partagé que la religion soit maintenu comme service public financé par l'Etat, au même titre que l'opéra, les musées ou les bibliothèques, qui ne sont pourtant fréquentés que par une proportion minime de la population. De manière très caractéristique, Jean Guiraud explique, dans un ouvrage farouchement anti-séparatiste publié peu avant l'adoption du texte par le Sénat : « *en vertu de la loi de solidarité sociale chacun doit contribuer aux charges communes sans trop se demander dans quelle mesure il en tirera un profit personnel. Il n'y aurait pas de société, il n'y aurait pas de nation si chacun ne voulait participer qu'aux seules dépenses dont il serait appelé à éprouver lui-même l'évidente nécessité. Le devoir du gouvernement consiste toutefois à donner une attention spéciale aux nécessités sociales qui intéressent le plus grand nombre. Or, qui contesterait, même à notre époque, l'universelle importance du besoin religieux ?* »¹. L'utilité fondamentale de la religion s'oppose donc à la suppression du service public des cultes réalisée par la loi de Séparation.

99. A supposer que le culte cesse d'être un service public, la doctrine catholique estime que la suppression du budget du culte n'est pas la conséquence nécessaire de la Séparation. En effet, plusieurs exemples étrangers, comme la Belgique, souvent citée, montrent qu'un système de Séparation peut cohabiter avec un budget des cultes. Ensuite, de nombreuses activités privées, jugées utiles à la société, ne reçoivent-elles pas de soutien financier de la puissance publique ? Pourquoi donc une activité aussi importante que le culte ne pourrait-elle recevoir quelques subsides de l'Etat ?²

Ce raisonnement général est complété par l'invocation rituelle et quasi systématique de la théorie de la dette perpétuelle. Selon cette thèse historico-juridique qui date du XIXe siècle, l'Etat serait *juridiquement* tenu de financer perpétuellement le culte catholique³. Dans la doctrine catholique, la dette de l'Etat envers l'Eglise repose essentiellement sur le décret de la Constituante du 2 novembre 1789, sur l'article 2 du titre V de la Constitution du 3 septembre 1791 et sur les articles 13 et 14 du Concordat de 1801.

¹ Jean Guiraud, *La Séparation et les élections*, Paris, 1906, p 83 et s.

² Anatole Biré, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Commentaire de la loi du 9 décembre 1905*, Arthur Rousseau, 1905, p 43 ; Emile Ollivier, *Nouveau manuel de droit ecclésiastique français*, tome II, Garnier frères, 1907, p 57, qui explique qu'une loi de Séparation légitime devrait s'écrire de la manière suivante : « *Article premier : Les lois organiques, celles sur les fabriques, etc, sont abrogées. Article 2 : Un salaire continuera à être payé au clergé et les églises, presbytères, palais épiscopaux, séminaires resteront à la libre disposition des évêques. Article 3 : L'Eglise est soumise aux règles du droit commun.* ».

³ Pour un exemple parmi d'autres de ces arguments courants au XIXe siècle, voir Charles Cathala, « Situation légale des ministres du culte catholique vis-à-vis de l'Etat », *R.C.I.D.*, juillet 1879, p 37-42.

Dans les premiers mois de la Révolution¹, la Constituante décide de nationaliser les biens du clergé et d'en vendre une partie pour faire face aux énormes charges financières supportées par l'Etat. Un décret du 2 novembre 1789 prévoit ainsi que « *Tous les biens ecclésiastiques sont à la disposition de la nation, à la charge de pourvoir d'une manière convenable aux frais du culte, à l'entretien de ses ministres et au soulagement des pauvres.* ». La prise en charge par l'Etat des frais du culte catholique est confirmée par l'article 2 du titre V de la Constitution du 3 septembre 1791 qui dispose que « *Le traitement des ministres du culte catholique, pensionnés, conservés, élus en vertu des décrets de l'Assemblée nationale constituante, fait partie de la dette nationale.* ». La doctrine catholique tire de ces deux textes l'idée que le budget du culte catholique est la contrepartie de l'appropriation des biens ecclésiastiques par l'Etat. Elle considère en outre que les articles 13 et 14 du Concordat ont confirmé et renforcé ce fondement du budget des cultes. L'article 13 stipule que « *Sa Sainteté, pour le bien de la paix et l'heureux rétablissement de la religion catholique, déclare que ni elle ni ses successeurs ne troubleront en aucune manière les acquéreurs des biens ecclésiastiques aliénés et qu'en conséquence la propriété de ces mêmes biens, les droits et revenus y attachés demeurent incommutables entre leurs mains et celles de leurs ayants cause.* ». L'article 14 prévoit quant à lui que « *Le gouvernement français assurera un traitement convenable aux évêques et aux curés dans les diocèses et les paroisses qui seront compris dans la circonscription nouvelle.* ». Invoquant la proximité des deux articles dans le texte du Concordat et les déclarations faites au début du XIXe siècle par les négociateurs français et pontificaux, les auteurs catholiques font des articles 13 et 14 un véritable contrat synallagmatique² en vertu duquel la charge du budget du culte doit durer aussi longtemps que l'appropriation des biens ecclésiastiques se perpétue. Or, l'article 13 du Concordat rend définitive les aliénations de biens réalisées pendant la Révolution. De plus, la loi de Séparation confirme la propriété de l'Etat sur la plupart des bâtiments du culte. Puisque l'appropriation opérée par l'Etat sous la Révolution semble définitive, la doctrine catholique en conclut que le budget du culte doit être maintenu même sous le régime de Séparation³ en raison de la dette perpétuelle contractée par l'Etat.

100. En dépit de ses assises textuelles, qui demeurent fragiles au demeurant, cette argumentation échoue à fonder une véritable obligation *juridique* de maintenir le budget des cultes à la charge de

¹ François Furet, « La Constitution civile du clergé », in *Dictionnaire critique de la Révolution française, institutions et créations*, Champs-Flammarion, 1992, p 207 et s.

² Lucien Cruzil, *Le Concordat de 1801, étude historique et juridique*, Bloud et Cie, 1904 ; *Quarante ans de Séparation*, Didier, 1947, p 117.

³ Gustave de Lamarzelle et Henry Taudière, *La séparation de l'Eglise et de l'Etat. Commentaire théorique et pratique de la loi du 9 décembre 1905*, Plon, 1906, p 96 et s ; Jean Guiraud, *La Séparation et les élections*, Paris, 1906, p 95 et s ; Aymard-Duvernay, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Le clergé, les Eglises et le culte catholique dans leurs rapports avec l'Etat*, Paris, 1906.

l'Etat. L'Etat moderne, qui a le monopole de l'édiction du droit positif, ne peut être lié perpétuellement par des textes à la portée douteuse, et nous verrons plus loin que Gaston Jèze n'aura pas de mal à montrer que l'Etat pouvait légalement décider de supprimer le service public des cultes et le budget qui en est le complément¹. Les auteurs catholiques se rendent d'ailleurs sûrement compte des lacunes de leur raisonnement, car ils invoquent souvent des arguments moraux tirés de l'équité et du sentiment religieux pour conforter l'idée d'une dette perpétuelle. Pour Jean Guiraud et Emile Ollivier le budget des cultes est ainsi une dette « sacrée »². Pour De Lamarzelle et Taudière, la perpétuation du budget du culte est une question d'honnêteté, de loyauté et d'honneur³. Enfin, Cruzil estime que la dotation du culte était une sorte d'obligation naturelle au lendemain de la Séparation⁴. En définitive, comme le rappelle Hauriou dans son opuscule sur la loi de Séparation, seuls les arguments d'équité étaient vraiment opérants à l'encontre de la suppression du budget du culte : « Cette suppression [du budget des cultes] a suscité les plus énergiques protestations et se produit, en effet, dans des conditions insolites. Il faut, pour s'en rendre compte, distinguer entre les deux ordres de considérations qui ont souvent été confondus, soit pas les adversaires de la loi, soit pas ses défenseurs ; il s'agit moins de savoir si l'Etat, en rayant de ses budgets les traitements ecclésiastiques et les subventions, sans constituer à titre de compensation une dotation suffisante, manque à une dette juridique véritable, que de savoir s'il manque à une obligation de haute politique et d'équité. Adversaires et partisans de la loi se sont volontiers placés sur le terrain de la dette juridique et les avocats de la loi n'ont pas eu de peine à en démontrer la non-existence. Mais le droit n'est pas tout. Une séparation entre l'Etat et les Eglises, après une longue cohabitation où celles-ci lui ont malgré tout rendu des services, est comme un divorce entre des époux. Il est

¹ Voir *infra*, n°117.

² Jean Guiraud, *La Séparation et les élections*, Paris, 1906, p 115 ; Emile Ollivier, *Nouveau manuel de droit ecclésiastique français*, tome II, Garnier frères, 1907.

³ Gustave de Lamarzelle et Henry Taudière, *La séparation de l'Eglise et de l'Etat. Commentaire théorique et pratique de la loi du 9 décembre 1905*, Plon, 1906, p 105 : « Mais au dessus de la question juridique il est une question d'équité, d'honnêteté et de loyauté qui devrait primer tout. Cette question d'équité, la voici. Il y avait en 1789 une multitude de catholiques qui avaient des besoins religieux. A ces catholiques leurs ancêtres avaient constitué par des dons personnels un patrimoine plus que suffisant pour leur procurer la satisfaction des besoins religieux. En 1789, l'Etat leur a dit : je me trouve dans une situation difficile, la banqueroute me menace ; pour l'éviter, il me faut m'emparer de ce patrimoine. Mais, si je prends les biens, j'assume en même temps l'obligation de satisfaire les besoins religieux auxquels ils étaient chargés de pourvoir. Vous n'avez pas à redouter que cette obligation cesse jamais d'être remplie : car je suis l'Etat, par conséquent une entité perpétuelle. Vous n'avez donc rien à redouter, vous catholiques, ni pour vous-mêmes, ni pour vos descendants. L'Etat s'empare donc ainsi des biens en 1789. Puis, cent vingt-cinq ans après, il vient dire aux descendants de ces catholiques qui ont les mêmes besoins religieux que leurs aïeux : maintenant je cesse de me charger de l'entretien du culte : tirez-vous d'affaire à ce sujet comme vous l'entendrez, je cesse de payer la rente afférente au culte catholique. Mais alors les biens dont cette rente était le prix ? Les biens, je les ai aliénés et je n'en rends pas la contre-valeur ! ».

⁴ Lucien Cruzil, *Quarante ans de séparation*, Didier, 1947, p 118-119.

convenable que la femme répudiée reçoive une dotation. L'Eglise aussi et c'est ce qui se fait généralement. »¹.

II. – Une loi jugée anticatholique.

101. La charge menée par la majorité des juristes catholiques contre la loi de Séparation ne se limite pas à la reprise des thèmes traditionnels de la doctrine concordataire. La partialité du législateur est aussi mise en cause et la loi est accusée d'être délibérément anticatholique. L'économie générale du texte et presque toutes les dispositions de la loi font ainsi l'objet d'une critique en règle.

Peu d'auteurs font confiance aux déclarations d'intentions libérales d'Aristide Briand à la Chambre. Aucune portée n'est vraiment accordée à l'article 1^{er} énonçant que « *la République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public.* ». Anatole Biré note à ce propos que « *cette déclaration de principe n'est qu'une pure apparence quand on la rapproche de l'ensemble de la loi qui apporte des entraves sans nombre à la libre organisation des cultes et par suite, à leur libre exercice.* »². La Séparation est perçue comme un complot républicain contre la religion, comme la continuation de la politique anticléricale du combisme³, comme la consécration de « *l'athéisme d'Etat* »⁴. Pour De Lamarzelle et Taudière, « *Les auteurs de la loi (cela ressort plus de l'ensemble des textes que de tel ou tel d'entre eux spécialement), ont voulu créer une législation qui fût une arme contre l'autorité du souverain pontife et un instrument du schisme.* »⁵. Sur un ton très virulent, Jean Guiraud explique même que la loi est un projet entièrement guidé par la franc-maçonnerie dans le but d'abattre le catholicisme en France⁶. Par ailleurs, plusieurs auteurs catholiques refusent d'admettre que la loi de 1905 a véritablement séparé les cultes et l'Etat. Loin de placer l'Eglise sous l'empire du droit commun, la Séparation est accusée d'organiser un contrôle policier et tatillon sur l'Eglise, plus sévère encore que sous le régime concordataire⁷. La police des cultes est jugée trop rigoureuse, les

¹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 484.

² Anatole Biré, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Commentaire de la loi du 9 décembre 1905*, Arthur Rousseau, 1905, p 41.

³ Henry Lucien-Brun, « Les associations cultuelles et l'exercice du culte », *R.C.I.D.*, 1906, tome 36, p 436 et s.

⁴ Anatole Biré, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Commentaire de la loi du 9 décembre 1905*, Arthur Rousseau, 1905, p 20 ; voir aussi Emile Ollivier, *Nouveau manuel de droit ecclésiastique français*, tome II, Garnier frères, 1907.

⁵ Gustave de Lamarzelle et Henry Taudière, *La séparation de l'Eglise et de l'Etat. Commentaire théorique et pratique de la loi du 9 décembre 1905*, Plon, 1906, p 354.

⁶ Jean Guiraud, *La Séparation et les élections*, Paris, 1906, p 115

⁷ Gustave de Lamarzelle et Henry Taudière, *La séparation de l'Eglise et de l'Etat. Commentaire théorique et pratique de la loi du 9 décembre 1905*, Plon, 1906, p 354 Anatole Biré, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Commentaire de la loi du 9 décembre 1905*, Arthur Rousseau, 1905, p 20 ; Aymard-Duvernay, *La séparation des*

incriminations contre les ministres du culte trop nombreuses et injustifiées. Pour beaucoup d'auteurs, les règles concernant les biens ecclésiastiques représentent une véritable spoliation au profit de l'Etat. L'attribution à l'Etat de la propriété de la majorité des bâtiments du culte prive ainsi les catholiques de leurs édifices et n'est pas susceptible d'être compensée par le droit de jouissance accordé par l'article 13 de la loi. De plus, l'article 7, qui prévoit la dévolution des biens ecclésiastiques affectés à des œuvres charitables ou scolaires à des établissements publics ou d'utilité publique conformes à la destination des biens, consacre une nouvelle spoliation de l'Eglise, mal justifiée par le prétexte des exigences du principe de spécialité des personnes morales¹. Enfin, les contrôles auxquels sont soumises les associations cultuelles seraient contraires à la liberté des cultes, de même que les limites prévues à leurs ressources financières.

102. En outre, le principe même de l'association cultuelle est contestable du point de vue de l'Eglise, car elle confie l'exercice du culte aux membres de l'association, qui pourront être en majorité des éléments laïques et non des ministres du culte. Beaucoup d'auteurs suspectent le législateur d'avoir voulu favoriser les schismes en adoptant un tel système.

L'idée même d'organiser l'exercice public du culte par le biais de la forme associative est repoussée par nombre de juristes. La conviction que la hiérarchie catholique doit être reconnue par l'Etat et que son respect doit être garanti par lui est encore profondément ancrée. Ainsi, De Lamarzelle et Taudière ne peuvent concevoir l'exercice public du culte sans la tutelle de la puissance publique : « *La loi du 9 décembre 1905 est en outre une œuvre d'hypocrite tyrannie, l'Etat méconnaissant volontairement la hiérarchie catholique et réglementant le culte sans même nommer les prêtres et les évêques. Si l'association cultuelle est adoptée, elle pourra demeurer sans doute, au moyen de statuts dans le genre de ceux que nous avons indiqués, unie et rattachée à la hiérarchie catholique ; mais ce ne sera pas en vertu de la loi, ce sera contrairement à son esprit sinon à son texte, ce sera uniquement de par la volonté des membres qui la composent, des membres qui ont accepté ces statuts et qui continuent à les observer.* »². En 1910, Lucien Cruzil explique que les règles d'organisation du culte catholique ne peuvent s'accommoder du contrat

Eglises et de l'Etat, 1906 ; Abbé Fanton, *Traité de l'organisation des cultes dans le régime de séparation*, Paris/Valence, 1911.

¹ Pour un résumé des griefs articulés par les juristes catholiques contre la loi, voir Gustave de Lamarzelle et Henry Taudière, *La séparation de l'Eglise et de l'Etat. Commentaire théorique et pratique de la loi du 9 décembre 1905*, Plon, 1906, p 351 et s.

² Gustave de Lamarzelle et Henry Taudière, *La séparation de l'Eglise et de l'Etat. Commentaire théorique et pratique de la loi du 9 décembre 1905*, Plon, 1906, p 353. Dans son *Précis de droit administratif et de droit public général*, 12^{ème} éd, Sirey, 1933, rééd Dalloz, 2002, p 647, Maurice Hauriou semble admettre aussi le bien fondé de la condamnation pontificale des associations cultuelles fondée sur leur incompatibilité avec la hiérarchie catholique.

d'association. Ce dernier implique l'égalité des associés, alors que les règles d'organisation de l'Eglise instituent une inégalité et une hiérarchie entre les fidèles et les ministres du culte, le pape étant au sommet de l'édifice¹. Crouzil refuse de considérer le culte sous la seule catégorie des libertés publiques et revendique encore la vocation de l'Eglise à être une puissance : « *Quand donc arrivera-t-on à considérer l'Eglise telle qu'elle est, c'est-à-dire comme une société indépendante et parfaite, débordant en tous sens le cadre de l'Etat, et quand voudra-t-on reconnaître en elle une personne souveraine de droit international qui s'impose aux Etats eux-mêmes comme s'imposent les Etats-Unis, l'Allemagne ou l'Angleterre ?* »². Ces préventions catholiques auraient pu être apaisées, au moins en partie, par l'article 4 de la loi qui dispose que les biens des établissements publics du culte seront exclusivement dévolus, par les représentants légaux de ces établissements, aux associations cultuelles qui se conforment aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice. Mais nous verrons à l'occasion de l'étude de la jurisprudence du Conseil d'Etat que sur ce point précis de la loi comme sur d'autres, les juristes catholiques ont d'abord opposé un rejet de principe avant de se rallier plus ou moins complètement aux solutions du droit positif, notamment en considération de l'œuvre du juge administratif. Il reste que dans les premiers mois qui suivent l'adoption de la Séparation, les écrits doctrinaux catholiques révèlent la profonde inquiétude suscitée par une loi dont la portée et l'esprit qui présidera à son application sont encore très incertains³.

B. – Les propositions d'organisation du culte catholique sous le régime de Séparation.

103. En février 1906 (encyclique *Vehementer nos*), Pie X condamne le principe de la Séparation dans les termes les plus radicaux ; en juillet, l'encyclique *Gravissimo Officii* rejette le système des associations cultuelles et interdit aux catholiques français d'en constituer. Le pape estime « *qu'elles ne peuvent absolument pas être formées sans violer les droits sacrés qui tiennent à la vie elle-même de l'Eglise* », et exclut tout autre système d'association qui se voudrait à la fois canonique et légal⁴. L'encyclique *Gravissimo Officii* prend appui sur l'avis de l'assemblée des évêques réunie quelques semaines plus tôt, mais en travestit la teneur, car la majorité des évêques avait conclu à la possibilité d'un essai loyal de la loi et à la compatibilité entre les associations cultuelles et les règles de l'Eglise.

¹ Lucien Crouzil, « L'Eglise catholique est-elle une association ? », *R.I.C.*, 1910, p 268-277.

² Lucien Crouzil, « L'Eglise catholique est-elle une association ? », *R.I.C.*, 1910, p 268-277, p 274.

³ Cette incertitude résulte en partie de la coexistence, au sein de la majorité, d'un discours libéral, porté notamment par Aristide Briand, et des discours anticléricaux ou antireligieux de l'extrême gauche ou de certains radicaux. Voir, pour un exemple de cette source d'inquiétude chez les juristes catholiques, Henri Lucien-Brun, « Les associations cultuelles et l'exercice du culte », *R.C.I.D.*, tome 36, p 436 et s.

⁴ Maurice Larkin, *L'Eglise et l'Etat en France. 1905 : la crise de la séparation*, Privat, 2004, p 224 et s.

Il est vrai que les déclarations pontificales ont été largement motivées par des considérations de théologie et de politique internationale, dans lesquelles le droit a tenu peu de place.

104. Du point de vue juridique, une partie de la doctrine catholique a tenté, dans les premiers mois de 1906, de convaincre le Saint-Siège et les catholiques réticents d'accepter l'essai pratique de la loi en démontrant, par un intéressant travail de réflexion juridique, que des associations culturelles pouvaient être constituées légalement tout en respectant les règles d'organisation de l'Église. Ces efforts doctrinaux deviennent sans objet après le *non possumus* pontifical de juillet 1906. Quoiqu'il en soit, les juristes catholiques conciliants voient dans la loi de Séparation un texte globalement libéral auquel l'Église peut s'adapter sans remettre en cause ses règles d'organisation. Même si certains de ces juristes réprouvent le principe de la Séparation, ils acceptent le fait accompli et entendent acclimater le catholicisme français au nouveau droit des cultes, spécialement aux associations culturelles qui constituent le point central de la loi. Le civiliste Paul Bureau, qui se présente comme un catholique modéré et un citoyen français, reconnaît ainsi les qualités libérales de la loi de 1905. Contrairement à beaucoup de ses collègues, il accorde une valeur juridique à l'article 1^{er}. Pour sa part, Louis le Fur défend les articles 4 et 8 de la loi, qu'il estime aptes à protéger la hiérarchie catholique et à garantir l'affectation des édifices du culte à des associations authentiquement catholiques².

Deux tendances doctrinales se dessinent au sein des contributions les plus importantes qui vont nous retenir. Une première tendance, représentée par Georges Lagrésille, De Lamarzelle et Taudière, choisit de modifier le moins possible le fonctionnement du culte catholique en vigueur sous le système concordataire, en proposant de transposer l'institution et le fonctionnement de la *fabrique* sous le régime de Séparation. En revanche, Léon Michoud, Raymond Saleilles ou Raymond Beudant, proches des courants démocratiques du catholicisme, souhaitent réorganiser le culte pour favoriser la participation des fidèles et la revitalisation de la pratique, tout en respectant les exigences de la hiérarchie catholique. Aussi, les deux tendances se distinguent principalement en ce que la première entend assurer une maîtrise totale des associations culturelles par la hiérarchie ecclésiastique, c'est à dire d'en faire des associations « fermées » (I.), tandis que la seconde prône la constitution d'associations « ouvertes », dans lesquelles les fidèles seraient beaucoup plus impliqués (II.).

¹ Paul Bureau, *Quinze ans de séparation, étude sociale et documentaire sur la loi du 9 décembre 1905*, Bloud et Gay, 1921, p 1 et s.

² Louis le Fur, « Le problème de la séparation. Les "règles d'organisation générale du culte" et la hiérarchie catholique », *R.I.C.*, 1906, p 312-327.

I. – Les plans d'organisation fermée.

105. Georges Lagrésille est le directeur de la *Revue des institutions culturelles*, fondée à la fin de l'année 1905. Dans le programme publié à l'occasion de la première livraison, il explique que la revue adopte une ligne d'ouverture, favorable à l'essai loyal de la loi, sans se départir d'une vigilance constante vis-à-vis des possibles écarts anticléricaux du gouvernement¹. Dans deux articles du début de 1906, Lagrésille propose un « *plan de réorganisation légale de l'Eglise de France* »². Il y pose d'abord les termes de l'enjeu auquel sont confrontés les catholiques vis-à-vis des associations culturelles. Un refus de constituer des associations rendrait impossible l'exercice public et légal du culte : les articles 18 et 19 de la loi de 1905 disposent que le culte public ne peut s'exercer qu'au moyen d'associations culturelles, et exclut le recours aux associations de droit commun de la loi du 1^{er} juillet 1901 et aux simples réunions publiques de la loi du 30 juin 1881. Du reste, les catholiques perdraient la propriété des biens des établissements publics du culte car en vertu des articles 4, 8 et 9 de la loi, les biens doivent être dévolus aux associations culturelles par les représentants légaux des établissements publics, dans le délai d'un an à compter de la promulgation de la loi, sous peine d'une mise sous séquestre des biens et de leur attribution à des établissements publics de bienfaisance. En outre, l'absence d'associations ferait perdre aux fidèles le bénéfice du droit de jouissance des édifices du culte appartenant à l'Etat prévu par l'article 13 de la loi³. Autant dire que pour Lagrésille, le refus de la loi aurait des conséquences dramatiques, compromettant gravement la survie du culte catholique en France : « *ou bien il y aura des associations culturelles catholiques, écrit-il, ou bien il n'y aura plus de culte catholique en France.* »⁴. C'est pourquoi il préconise l'acceptation et l'apaisement, d'autant qu'il démontre qu'il est possible de transposer le fonctionnement traditionnel de la paroisse et du diocèse sous le régime de Séparation.

106. Il propose ainsi, à la faveur de la grande liberté contractuelle accordée par la loi dans la rédaction des statuts, de s'inspirer des dispositions du décret du 30 décembre 1809 relatif aux fabriques en instituant une « *association fabricienne* » par paroisse, qui viendra remplacer l'ancienne fabrique. L'enjeu principal est d'éviter que les éléments laïques dominent les associations

¹ Voir *R.I.C.*, n°1, 1906. La revue était primitivement intitulée *Revue des associations culturelles* mais son titre a été modifié probablement en raison des condamnations pontificales de l'année 1906.

² Georges Lagrésille, « Y aura-t-il des associations culturelles ? », *R.I.C.*, 1906, p 82-93 ; et « Un plan de réorganisation légale de l'Eglise de France », *R.I.C.*, 1906, p 172-185.

³ Article 13 alinéa 1^{er} : « *Les édifices servant à l'exercice public du culte ainsi que les objets mobiliers les garnissant seront laissés gratuitement à la disposition des établissements publics du culte, puis des associations appelées à les remplacer auxquelles les biens de ces établissements auront été attribués par application des dispositions du titre II.* ».

⁴ Georges Lagrésille, « Y aura-t-il des associations culturelles ? », *R.I.C.*, 1906, p 82-93.

culturelles, comme le craignent nombre de catholiques. Il faut au contraire préserver l'organisation hiérarchique classique de l'Eglise dans laquelle le clergé dirige seul le culte. Pour ce faire, le curé devra être le directeur de l'association fabricienne, les vicaires étant membres de droit. L'association comprendra un conseil de fabrique dirigé par le curé, ainsi qu'un bureau des marguilliers, identique à l'ancienne institution concordataire, qui pourvoiera à la gestion matérielle de l'association. Les statuts seront rédigés par le curé, en communion avec l'évêque et le pape. Pour éviter que la hiérarchie ecclésiastique ne soit déstabilisée, il faut en outre que les ministres du culte opèrent un strict contrôle sur les membres des associations fabriciennes. Les personnes admises à faire partie de l'association devront donc être proposées par le curé et agréées par l'évêque, devant lequel tout nouveau membre devra prêter un serment de fidélité aux statuts de l'association et aux lois de l'Eglise. Si les membres ne respectent pas les règles de l'Eglise, le curé ou l'évêque dispose d'un pouvoir d'exclusion. Par ailleurs, Lagrésille est partisan du système de l'association « fermée », ne comprenant que le nombre minimal de membres prescrit par la loi, de manière à écarter le spectre de la démocratisation de l'Eglise. De cette manière, l'auteur parvient à perpétuer le système de la fabrique tel qu'il résulte du décret du 30 décembre 1809, et insiste sur le fait que son projet est conforme à la fois à la loi de Séparation et aux règles de l'Eglise. Lagrésille reconstitue ensuite les diocèses. Pour ce faire, il prévoit d'abord, conformément à l'article 20 de la loi, des unions d'associations fabriciennes dirigées par l'évêque et assistées d'un conseil diocésain, puis une association diocésaine remplaçant les anciennes menses épiscopales qui géraient les biens mobiliers et immobiliers consacrés aux dépenses de l'évêché. Enfin, au sommet de l'organisation ecclésiastique française, une autre catégorie d'association remplacera l'archevêché. En quelques pages, Lagrésille développe donc un plan d'organisation convaincant, à la fois simple et légal, qui permet à l'Eglise de conserver ses habitudes et son organisation. Partisan de la conciliation, il prend les catholiques à témoin : *« Voici donc, dans notre plan de réorganisation légale de l'Eglise de France, reconstitués, dans le sens même des revendications de l'encyclique, tous les organismes essentiels du culte et de la hiérarchie catholique : le curé, administrant la paroisse avec la fabrique ; puis l'évêque, administrant le diocèse avec son conseil épiscopal et un conseil diocésain ; enfin, l'archevêque, exerçant son autorité spéciale sur les évêques de sa province. Et maintenant, nous demandons aux esprits impartiaux et sincères : cette organisation nouvelle – à part le paiement par l'Etat des traitements ecclésiastiques, mais à part aussi l'ingérence de l'Etat dans les négociations et la discipline ecclésiastiques – sera-t-elle bien sensiblement différente de l'organisation qu'elle doit remplacer ? »*¹.

¹ Georges Lagrésille, « Un plan de réorganisation légale de l'Eglise de France », *R.I.C.*, 1906, p 172-185.

107. Gustave de Lamarzelle et Henry Taudière partagent la préoccupation de Georges Lagrésille de maintenir la structure hiérarchique de l'Église sous le nouveau régime juridique des cultes. Malgré de fortes réserves envers les associations cultuelles, les auteurs exploitent la liberté contractuelle garantie par la loi pour élaborer un projet de statuts. Taudière et De Lamarzelle sont tous deux catholiques et professeurs à la faculté libre de droit de Paris. De Lamarzelle est en outre sénateur du Morbihan et a participé de manière active à la discussion parlementaire de la loi.

Ils dessinent en quatre points les grands traits d'une association à la fois canonique et légale : « *Pour faire partie de l'association, il faut : 1. Nécessairement faire profession de la religion catholique, apostolique et romaine ; 2. Se soumettre aux prescriptions des bulles pontificales et des ordonnances épiscopales fixant les conditions que doit réunir une association cultuelle pour être conforme aux règles d'organisation générale du culte catholique ; 3. S'engager à accepter exclusivement pour l'exercice du culte le prêtre qui sera envoyé par l'Ordinaire et à exclure au contraire le prêtre auquel l'Ordinaire aurait retiré ses pouvoirs ; 4. Ne considérer l'association cultuelle comme formée, qu'après l'approbation des statuts par l'Ordinaire. Une fois le groupement constitué, les membres de l'association peuvent être exclus par le comité de direction avec approbation de l'Ordinaire, s'ils ne satisfont plus aux conditions que nous venons d'énumérer, et pour toute autre cause grave, sans que le comité de direction ait à donner de motifs, mais l'intéressé entendu.* »¹. De Lamarzelle et Taudière montrent donc que, même par le biais de la forme associative, le clergé peut conserver son contrôle sur le fonctionnement de l'Église et l'exercice du culte. Les deux juristes regrettent toutefois que le maintien de la hiérarchie ecclésiastique ne soit assuré que par des statuts, sans que la loi lui donne sa sanction : « *Il faut remarquer d'ailleurs que si, grâce à ces clauses, les associations cultuelles peuvent se relier et se soumettre à la hiérarchie catholique, ce n'est pas par l'effet de la loi, dont l'esprit au moins, et même le texte, veulent ignorer cette hiérarchie. C'est uniquement par l'effet de la volonté des associés ; et la subordination nécessaire ne sera maintenue que si cette volonté persiste. Sans doute, en effet, les statuts pourront exiger l'adhésion de l'Ordinaire à toute modification pour qu'elle puisse être adoptée. Il n'en restera pas moins toujours aux membres d'une association cultuelle qui ne voudrait pas continuer à se soumettre au clergé le droit de rompre l'ancienne association, fût-ce pour en constituer une plus indépendante le lendemain. Nous ne devons donc nullement nous illusionner sur la portée des*

¹ Gustave de Lamarzelle et Henry Taudière, *La séparation de l'Église et de l'État. Commentaire théorique et pratique de la loi du 9 décembre 1905*, Plon, 1906, p 237 et s.

garanties, réelles mais non efficaces, pouvant résulter des statuts les mieux rédigés pour assurer la suprématie de l'autorité religieuse »¹.

Cette réserve prise en compte, il reste que De Lamarzelle et Taudière, tout comme Lagrésille, démontrent assez facilement comment la loi de Séparation permet la formation d'associations culturelles « fermées », comprenant un nombre restreint de membres, où le rôle des laïques est limité et sur lesquelles les ministres du culte conservent un contrôle étroit. D'autres juristes catholiques, inspirés par les courants modernes du catholicisme, profitent des opportunités créées par la Séparation pour proposer d'associer plus étroitement les fidèles à la vie de l'Eglise et réorganiser le culte dans un sens démocratique.

II. – Les plans d'organisation ouverte.

108. Du point de vue théorique, Léon Michoud n'est pas hostile à la loi de 1905 ; pour ce qui concerne les associations culturelles et les règles de l'attribution, il estime que le législateur a respecté les principes gouvernant la liquidation et la succession des personnes morales. Si, finalement, Michoud émet des doutes sur l'équité de la réforme, cela résulte du refus catholique et de ce que l'absence d'entente entre l'Etat et l'Eglise a généré une situation inéquitable s'agissant de la transmission et du statut des biens². En dépit de ces réserves, Michoud propose, au cours de l'année 1906, un projet détaillé d'organisation du culte composé d'une constellation d'associations culturelles dédiées aux divers besoins du culte catholique

L'*association paroissiale* est le centre du dispositif ; il s'agit d'une association ouverte remplaçant la fabrique dans chaque paroisse pour assurer l'exercice public du culte. Les autres structures sont fermées : une caisse diocésaine se charge de la gestion des traitements ecclésiastiques ; plusieurs associations remplacent ensuite les menses épiscopales, les chapitres, les séminaires et les caisses de secours aux prêtres âgés ou infirmes ; enfin, une association de secours aux paroisses pauvres permet d'assurer la solidarité entre les communautés catholiques³.

Michoud émet une opinion nuancée à propos des associations culturelles. S'il estime qu'elles jouissent d'une capacité limitée, notamment financière, il reconnaît la grande liberté laissée par la loi dans l'organisation interne des associations, sans commune mesure avec le régime policier qui était imposé aux fabriques par le droit concordataire. Cette liberté est pour lui la clé de la compatibilité

¹ Gustave de Lamarzelle et Henry Taudière, *La séparation de l'Eglise et de l'Etat. Commentaire théorique et pratique de la loi du 9 décembre 1905*, Plon, 1906, p 242.

² Léon Michoud, *Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, tome II, 2^{ème} éd, LGDJ, 1924, p 481 et s.

³ Léon Michoud, « Une organisation légale des associations culturelles », *R.I.C.*, 1906, p 247-267.

des associations culturelles avec l'organisation de l'Eglise. A l'aide de quelques stipulations, les statuts permettent de garantir l'orthodoxie des associations et leur rattachement à la hiérarchie catholique. Les deux premiers articles de son projet d'association paroissiale prévoient ainsi : « *Art 1^{er}. – Il est fondé dans la paroisse de une association culturelle, ayant exclusivement pour but de subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public du culte catholique dans les conditions prévues par la loi du 9 décembre 1905. Cette association déclare se soumettre aux règles générales d'organisation du culte catholique. Elle est placée sous la direction, la juridiction et la pleine et entière autorité des évêques successifs du diocèse de en communion avec le souverain pontife, chef de l'Eglise catholique, apostolique et romaine, en ce qui concerne la hiérarchie, la doctrine, la morale, la discipline et le temporel du culte. Art 2. – Elle reconnaîtra toujours pour curé de la paroisse le prêtre nommé et maintenu à ses fonctions par l'évêque.* »¹. De plus, l'association se compose d'un conseil d'administration dont les membres sont agréés par l'évêque et dont le curé est membre de droit ; il est aussi prévu un bureau destiné à remplacer l'ancien bureau des marguilliers ; enfin, l'assemblée générale se réunit une fois par an pour examiner les actes d'administration et de disposition qui intéressent la paroisse entière.

109. Contrairement à Lagrésille, Michoud ne pense pas qu'il faille verrouiller l'association culturelle en limitant le nombre de membres laïcs et en confiant au curé ou à l'évêque le soin de désigner les membres. Au contraire, tous les catholiques de la paroisse ont vocation à faire partie de l'association, pourvu qu'ils soient admis par le conseil d'administration. Du reste, l'ouverture de l'association paroissiale n'est pas synonyme d'anarchie puisque le conseil dispose d'un pouvoir de radiation contre les membres qui violeraient les statuts, notamment les deux premiers articles.

Le choix de Michoud pour le système de l'association « ouverte » s'explique par sa conception du nouveau statut de la religion en régime de Séparation. Pendant la période concordataire, la puissance de l'Eglise dans la nation était assurée par l'Etat. Devenue une affaire privée, le culte doit bénéficier de l'intérêt et du soutien constant du peuple catholique pour conserver sa force morale et sa position sociale. Dès lors, Michoud rejette l'association « fermée » dans les termes suivants : « *Cette dernière apparaîtrait toujours à la masse du peuple catholique comme quelque chose d'étranger, d'entièrement soustrait à son contrôle, et dont elle n'aurait qu'à se désintéresser ; en beaucoup d'endroits même, elle apparaîtrait comme la chose d'une ou deux familles opulentes, le prêtre-nom du château ou de l'usine. Rien ne serait plus dangereux pour la cause catholique que cette apparence. Le catholicisme serait perdu en France s'il se présentait à*

¹ Léon Michoud, « Une organisation légale des associations culturelles », *R.I.C.*, 1906, p 247-267, p 267.

l'esprit de la masse, contrairement à son principe divin, comme la religion des riches et des favorisés de ce monde. Il doit, au contraire, aller au peuple, essayer de lui faire comprendre que c'est à tous les catholiques, sans distinction, à soutenir leurs prêtres, et qu'il est du devoir étroit de chacun d'y contribuer dans la mesure de ses ressources. »¹. Au contraire, l'association paroissiale doit être « *le groupement, au point de vue financier, de tous les catholiques de la paroisse. Elle ne doit exclure ni les femmes, ni les enfants ; elle est le peuple catholique lui-même, s'entendant pour maintenir sa foi et son culte, et se réunissant une fois par an dans le local de l'association culturelle, pur délibérer sur les intérêts financiers, comme il se réunit dans l'église pour prier.* »².

Tout en rejoignant Lagrésille, De Lamarzelle et Taudière sur la nécessité d'assurer le respect de la hiérarchie ecclésiastique par les associations culturelles, Michoud s'en distingue lorsqu'il défend le développement d'une forme de « catholicisme populaire » par le biais des associations paroissiales qu'il propose³. Léon Michoud n'est pas seul à défendre cette conception de l'évolution de l'organisation du culte. Dans un esprit analogue, Raymond Saleilles propose sans doute la contribution la plus fouillée et la plus stimulante à la réflexion sur les associations culturelles.

110. Le civiliste Raymond Saleilles, un des cardinaux verts qui ont défendu l'essai loyal de la loi de Séparation au mois de mars 1906⁴, se présente comme un juriste catholique libéral. Partisan d'un christianisme populaire, il refuse de considérer que les catholiques sont persécutés par la loi de Séparation et repousse toute idée d'un parti catholique qui lutterait politiquement contre l'Etat

¹ Léon Michoud, « Une organisation légale des associations culturelles », *R.I.C.*, 1906, p 247-267, p 256.

² Léon Michoud, « Une organisation légale des associations culturelles », *R.I.C.*, 1906, p 247-267, p 257.

³ Raymond Beudant, cité par Michoud dans son article, défend une orientation proche de ce dernier dans un article consacré à un projet d'organisation financière d'un diocèse sous le régime de Séparation (Raymond Beudant, « Projet d'organisation financière du diocèse de Grenoble sous le régime de la Séparation », *R.I.C.*, 1906, p 186-198). Il explique que le curé, désormais privé du traitement de l'Etat, ne doit pas dépendre des fortunes et des notabilités locales pour sa subsistance. Le prêtre doit au contraire veiller jalousement sur son indépendance matérielle, condition de son indépendance spirituelle. Pour cela, Beudant préconise de confier le paiement des curés non pas à l'association paroissiale, mais à une caisse diocésaine, ayant pour support une association diocésaine dirigée par l'évêque ; il présente un système élaboré de calcul de la contribution de chaque paroisse. De cette manière, non seulement les fidèles pourront remplir le devoir de solidarité qui s'impose entre paroisses riches et pauvres, mais les ministres du culte pourront tirer tous les bénéfices religieux que l'on peut attendre de la Séparation : « *Ce nouvel état de chose [la Séparation] présente un avantage au point de vue religieux, puisque l'expérience prouve que l'homme ne s'attache vraiment qu'aux choses qu'il paie et qu'il se procure aux prix d'un sacrifice personnel. Par contre, il est à craindre que les fidèles, payant désormais leurs prêtres, ne tendent à les regarder comme des subordonnés ; il y a risque de voir cette tendance se manifester surtout dans les familles riches, qui, supportant la plus large part de la charge, seront inclinées à traiter les prêtres comme des clients et l'Eglise elle-même comme un obligée, tenue par conséquent à une certaine déférence et à une certaine docilité envers ses bienfaiteurs. Si un pareil risque venait à se réaliser, c'en serait fait de la dignité et de l'indépendance des ministres de Dieu, et l'Eglise deviendrait de plus en plus la chose des classes fortunées. Or, jamais nos prêtres n'ont eu un besoin plus pressant de lever haut la tête et de ne dépendre d'aucun laïque ; jamais non plus la nécessité ne s'est fait mieux sentir pour l'Eglise de plonger ses racines dans le peuple, de dépouiller jusqu'à l'apparence d'être prisonnière de qui que ce soit.* ».

⁴ Patrice Rolland, « un "cardinal vert" : Raymond Saleilles », *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2008, n°28, p 273 et s.

républicain¹. Les catholiques français ne doivent pas se considérer comme une force politique placée dans un face à face avec l'Etat, mais plutôt comme de simples citoyens vivant leurs croyances dans la paix et la liberté, à l'image des catholiques selon le suffrage universel identifiés par Emile Littré en 1880. Dans deux articles de 1906 et 1907, Saleilles conduit un important travail d'interprétation des dispositions essentielles de la loi pour désarmer les nombreuses réticences et inquiétudes catholiques². Les règles concernant les biens culturels et les associations sont particulièrement visées. Sur ces deux points, Saleilles s'attache à montrer que la loi de Séparation consacre des notions juridiques nouvelles qui offrent des garanties solides et efficaces aux intérêts catholiques.

111. Saleilles s'intéresse d'abord au régime des édifices du culte. En vertu de l'article 12 de la loi, la grande majorité des bâtiments demeure la propriété de l'Etat, des départements et des communes. L'article 13 prévoit un droit de jouissance sur ces édifices au bénéfice des associations culturelles pour assurer le libre exercice du culte. Par ailleurs, les biens qui appartenaient aux établissements publics du culte sont dévolus en pleine propriété aux associations culturelles qui se seront formées avant la fin de 1906. Sur ces deux points, l'Eglise conclut à la spoliation : le droit de jouissance n'est pas suffisant pour garantir le libre exercice du culte, la pleine propriété aurait dû être accordée à l'Eglise ; de plus, la transmission des biens des établissements publics du culte aux associations culturelles prive l'Eglise de la propriété de ses édifices pour les confier à des groupements étrangers à la hiérarchie ecclésiastique, sur lesquels les ministres du culte n'auront pas un entier contrôle, et dont les règles de composition ne garantissent pas l'orthodoxie.

Pour Saleilles, ces craintes ne sont pas fondées. Les dispositions relatives aux biens sont certes déroutantes, car elles ne peuvent se rattacher complètement aux notions traditionnelles du droit civil ou du droit administratif. Cependant, la loi de Séparation a prévu un mécanisme très protecteur qui bouleverse les catégories traditionnelles mais apporte d'importantes garanties au catholicisme comme aux autres cultes.

L'adoption de la Séparation bouleverse le statut des biens affectés aux cultes. Le juriste, en effet, est en présence de biens qui étaient affectés à un service public, confiés à des établissements publics et dont l'affectation était protégée à ce titre par les règles du droit administratif. Dorénavant, les cultes ne sont plus un service public et le recours à la technique de l'établissement privé d'utilité

¹ Raymond Saleilles, « Le régime juridique de la Séparation », *R.I.C.*, 1907, p 185-208.

² Raymond Saleilles, « Etude sur l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.T.D.civ.*, 1906, p 847-874 ; et Raymond Saleilles, « Le régime juridique de la Séparation », *R.I.C.*, 1907, p 185-208.

publique n'est pas possible. Pourtant, l'affectation des biens aux différentes confessions subsiste. Ce sont les associations culturelles, groupements de droit privé représentant les intérêts privés de l'Eglise et des fidèles, qui bénéficient désormais d'une affectation qui aurait dû cesser avec la disparition du service public des cultes.

Cette situation juridique s'explique selon Saleilles par les exigences du libre exercice du culte et par les spécificités de l'organisation ecclésiastique. Le législateur a adapté la notion de propriété en la combinant avec l'idée *d'affectation*. Malgré la suppression du service public des cultes et la propriété des personnes publiques sur les bâtiments, les édifices du culte sont mis à la disposition des associations culturelles par le jeu d'une « *affectation d'utilité publique ou d'intérêt public* »¹. L'affectation se manifeste différemment selon la provenance des biens. Elle concerne d'abord les édifices appartenant à une commune, un département, ou à l'Etat. Dans ce cas, la disjonction entre la propriété et l'affectation est nette. La propriété de la personne publique est grevée d'une charge à durée indéterminée, tant que dure l'exercice public du culte, qui interdit à l'administration de disposer du bien à sa guise. Dans cette hypothèse, explique Saleilles, le propriétaire reste le même, seule la jouissance étant déplacée des anciennes fabriques vers les associations culturelles. Pour les biens ayant appartenu aux établissements publics du culte, l'idée d'affectation ressort avec force de l'article 4. En effet, celui-ci prévoit qu'un bien ne sera dévolu à une association que dans la mesure où cette association fera usage de ce bien pour exercer le culte auquel il était précédemment affecté. Là encore, Saleilles conclut à l'existence d'une forme « *d'attribution avec charge* » au profit de l'association, qui limite son droit de propriété.

Pour l'auteur, ces limitations de la propriété par le biais de l'affectation ne sont pas paradoxales mais traduisent les modifications du concept de propriété. Les juristes français sont imprégnés de l'idée d'un droit absolu et exclusif déduit de l'article 544 du Code civil. D'autres conceptions sont pourtant envisageables : la propriété peut être « *conditionnée par un but* » et prendre en compte des intérêts collectifs : « *en face de la propriété exclusivement individuelle, il y a une propriété sociale, qui doit remplir sa fonction sociale ; et il n'est plus permis à l'individu, fût-ce même à une collectivité d'individus, de l'employer indifféremment à des fins qui la détourneraient de son affectation collective. En réalité, celui que l'on appelle encore le propriétaire n'est plus qu'un administrateur pour autrui, un gérant de l'affectation. Le vrai propriétaire, c'est l'affectataire.* »². Dans le cas des édifices du culte, la notion d'affectation limite la propriété des associations pour garantir que les bâtiments qui étaient dédiés à un ancien culte reconnu sont bien

¹ Raymond Saleilles, « Etude sur l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.T.D.civ.*, 1906, p 847-874.

² Raymond Saleilles, « Etude sur l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.T.D.civ.*, 1906, p 847-874.

dévolus aux associations qui pratiquent ce culte et respectent ses règles d'organisation. De même, l'affectation limite le droit de propriété des personnes publiques pour que les fidèles puissent bénéficier en tout temps des bâtiments nécessaires au libre exercice du culte. En fait, la notion d'affectation est la traduction juridique et le biais technique permettant d'assurer la liberté des cultes quant aux édifices et de prendre en compte l'organisation ecclésiastique. Ces mécanismes, s'ils ne relèvent pas de l'idée classique de propriété, n'en sont pas moins très efficaces et adaptés à la protection des intérêts catholiques, car l'important n'est pas la propriété mais la fermeté de l'affectation des biens. La « *propriété-affectation* » est donc pour Saleilles une forme de « *propriété sociale* », propriété limitée et relative qui combine la notion d'affectation issue du droit administratif à la notion de propriété du droit civil. L'interprétation de la loi de Séparation par Saleilles s'inscrit de la sorte dans le mouvement de socialisation de la propriété initié par une partie de la doctrine au début du XXe siècle, notamment à travers le développement de la notion d'abus de droit à laquelle Saleilles consacre d'ailleurs des réflexions en 1905¹. En définitive, Saleilles résume la nouveauté de la loi de 1905 dans les termes suivants : « *ce qui aurait dû se faire, d'après la pure tradition française, par la personnification de l'ancien fond des fabriques, sous forme d'établissements d'utilité publique soumis à la tutelle administrative, se réalise, d'après la loi de 1905, par le seul effet de l'affectation, sans qu'il y ait fondation au sens juridique du mot. Il est donc vrai de dire que c'est bien une forme nouvelle de la propriété que crée la loi de 1905, la propriété d'affectation, en dehors de toute idée de service public et de création d'établissement d'utilité publique. L'affectation à un but d'utilité collective frappe la propriété aux mains de son propriétaire, encore que ce propriétaire soit une association privée, et entraîne à sa suite certaines conséquences qui réagissent, d'une part sur l'étendue de la propriété, et d'autre part, comme nous allons le voir, sur le concept même de l'idée d'association.* »².

¹ Raymond Saleilles, « De l'abus de droit », *Bulletin de la société des études législatives*, 1905, p 325. D'autres auteurs, tels que Louis Josserand (*De l'abus des droits*, 1905 ; et *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927) et Georges Ripert (« L'exercice des droits et la responsabilité civile », *R.C.L.J.*, 1905, p 352 ; « Abus ou relativité des droits », *R.C.L.J.*, 1929, p 33), élaborent à la même époque une théorie de la fonction sociale des droits, ou de la « *relativité des droits* », selon l'expression de Josserand. La doctrine raisonne spécialement à partir du droit de propriété, dont le caractère absolu est affirmé par l'article 544 du Code civil. Pour Josserand par exemple, les droits subjectifs doivent être exercés « *socialement* ». Il compare ainsi la théorie de l'abus de droit et la notion de détournement de pouvoir du contentieux administratif : toutes les prérogatives accordées par la loi aux individus doivent être exercées en fonction de leur but, de l'objectif qui a été assigné au droit subjectif par le législateur (Louis Josserand, *De l'abus des droits*, 1905 ; et *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927). Ces théories ont trouvé de solides fondements dans la jurisprudence qui, dès le milieu du XIXe siècle, a reconnu des limites à l'exercice du droit de propriété car ce dernier peut être mis en œuvre dans l'unique intention de nuire à autrui. En 1915, un célèbre arrêt de la Cour de cassation donne une importante illustration de la notion d'abus de droit (Cass. req., 3 août 1915, *Coquerel c/ Clément-Bayard*, *D.P.*, 1917, I, p 79). Sur les débats du début du XXe siècle relatifs au droit de propriété, voir Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, coll. Quadrige, 2001, p 195 et s.

² Raymond Saleilles, « Etude sur l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.T.D.civ.*, 1906, p 847-874.

112. Dans la démonstration de Saleilles, l'affectation modifie non seulement l'idée de propriété, mais aussi celle d'association. Le phénomène est de nature à répondre aux inquiétudes des catholiques qui craignent l'attribution des biens des établissements publics du culte à des groupements qui ne font pas partie de la structure de l'Eglise et risquant d'être dominés par des éléments laïcs ; le nouveau régime des cultes semble conduire à une perte de contrôle de l'Eglise sur les fidèles qui, à la tête des associations culturelles, pourraient gérer à leur guise le culte et les biens auquel ils sont affectés, en dehors de tout contrôle de la hiérarchie ecclésiastique.

Mais pour Saleilles ces craintes sont infondées car la loi de Séparation garantit la pérennité de l'organisation hiérarchique catholique par le biais de la catégorie nouvelle de « *l'association-fondation* », fondée sur la notion d'affectation.

Aux termes de l'article 19, les associations culturelles pourront être « fermées », c'est-à-dire se limiter à un nombre restreint de membres. Si de telles associations catholiques se constituent, elles seront peu compatibles, au premier abord, avec l'idée selon laquelle l'Eglise prétend à l'universalité et s'adresse à tous. Dès lors, pour prendre en compte cette particularité du catholicisme, l'article 19 doit être interprété, aux yeux de Saleilles, comme une consécration du caractère *représentatif* de l'association culturelle : celle-ci n'a pas pour vocation de gérer les intérêts des seuls associés et ne doit pas être comprise comme « *la corporation globale des fidèles* » d'une paroisse, mais comme un organe en charge des intérêts de tous les catholiques, y compris ceux qui ne sont pas membres des associations culturelles. La Séparation n'implique donc pas que chaque association comprenne tous les fidèles d'une paroisse. La loi, ainsi interprétée, prend correctement en compte la volonté de l'Eglise de ne pas limiter son action à un groupe fermé et délimité : « *Puisque l'association peut être fermée, on ne peut plus dire que les associés possèdent et administrent pour eux, et qu'ils doivent se considérer comme seuls intéressés à l'exercice du culte et comme ayant droit de le diriger d'après leur point de vue spécial. Ils sont représentatifs d'une collectivité. Ils administrent en vue d'un but, lequel est le culte public, tel qu'il existe et doit exister pour la collectivité des fidèles, c'est-à-dire avec les règles spéciales qui le caractérisent, règles auxquelles ont adhéré tous les fidèles auxquels le culte s'adresse. Et il ne saurait appartenir à un petit groupe, fût-ce même à un groupe d'associés, alors qu'il n'est même pas forcément élu par la collectivité, de modifier les règles fondamentales dont le maintien est en quelque sorte, la première obligation qui s'impose à l'égard de cette collectivité anonyme que représente l'association. A l'idée de corporation se substitue l'idée de représentation.* »¹.

¹ Raymond Saleilles, « Etude sur l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.T.D.civ.*, 1906, p 847-874.

Cette interprétation de la loi affaiblit fortement l'idée avancée par la plupart des catholiques selon laquelle le système de l'association culturelle est incompatible avec l'orthodoxie catholique. Dans le système de Saleilles, les associés ne doivent administrer les biens de l'association culturelle catholique qu'en considération de l'affectation à l'exercice du culte catholique. C'est donc la notion d'affectation qui domine en grande partie l'institution de l'association culturelle et explique son régime spécifique dont le but est de s'adapter aux caractéristiques de chaque confession. Ainsi donc, si les règles d'organisation de l'Eglise catholique imposent l'intervention constante des autorités ecclésiastiques dans le fonctionnement des associations, cette intervention est parfaitement légale, puisqu'elle est une conséquence de l'affectation des moyens des associations au culte catholique : « *L'association culturelle pour être légale n'a pas besoin d'être orthodoxe ; mais le but qu'elle poursuit est dominé par les règles du culte auquel elle se rattache, et par conséquent elle ne peut prétendre se rattacher à tel ou tel culte déterminé que si elle ne se met pas en contradiction avec les règles de ce culte spécial. Elle est dominée par l'idée d'affectation au service du culte qu'elle a pour but de réaliser ; cette affectation exige que ses biens soient mis à la disposition du culte sous les conditions exigées par les prescriptions ecclésiastiques pour que les biens culturels servent à leur destination. Si donc ces règles ecclésiastiques imposent l'ingérence de certaines autorités extérieures à l'association, cette ingérence, qui dérive de l'idée de fondation, telle qu'elle se superpose à l'idée d'association, ne contredit en rien ce concept lui-même.* »¹. Comme l'illustre ce passage, l'idée d'affectation a pour fonction de réintégrer les règles d'organisation des différents cultes – qui sont traitées par préterition par la loi de Séparation – dans le fonctionnement de l'association culturelle. Il se forme ainsi comme un cœur à trois voix, composé de l'association culturelle, de l'Eglise et de l'Etat, dans lequel l'Etat garantit que l'Eglise catholique sera toujours présente sous les habits de l'association culturelle à laquelle les biens du culte catholique ont été dévolus.

L'article 4 est une autre manifestation de cette idée. En disposant que les biens des établissements publics du culte ne seront dévolus qu'aux associations légalement constituées qui se conforment aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice, l'article 4 fait du respect de règles extérieures à l'association une condition de la dévolution des biens. « *L'association, explique Saleilles, devient comme une collectivité dans laquelle se fixera le droit de propriété, ou, comme disent les juristes, qui sera le sujet du droit de propriété, mais qui ne doit user de sa propriété que conformément au but qui lui est assigné ; et ce but est de servir à l'exercice d'un culte déterminé, conformément aux règles propres de ce culte lui-même. Elle est*

¹ Raymond Saleilles, « Etude sur l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.T.D.civ.*, 1906, p 847-874.

dans la situation de tout propriétaire qui a reçu une donation avec charge, et qui détient par suite une propriété d'affectation ; il ne peut plus user de sa propriété d'une façon qui soit en contradiction avec l'affectation qu'elle doit réaliser. »¹. Puisque la loi consacre l'idée d'affectation d'un patrimoine à un but, Saleilles estime que la Séparation développe la notion de fondation en droit français, développement que le civiliste appelle de ses vœux car il correspond aux besoins de la société moderne². En combinant les règles de l'association et la logique de l'affectation, l'association culturelle s'en rapproche et constitue une avancée notoire du droit positif dans le domaine du contrat d'association et du droit de propriété.

113. Finalement, la loi de 1905 interprétée par Raymond Saleilles s'avère très protectrice des intérêts catholiques et ne semble pas devoir modifier les pratiques et les traditions de l'Eglise. Aux catholiques qui font de la Séparation une œuvre de persécution et invoquent la liberté et le droit commun des associations de la loi de 1901, Saleilles répond que les règles spéciales relatives aux biens et aux associations culturelles étaient indispensables pour garantir l'exercice du culte³. La mise en œuvre de l'idée d'affectation, notamment par l'article 4, était un complément nécessaire de la loi du 1^{er} juillet 1901, sans lequel la liberté du culte n'aurait pas été convenablement assurée : « *Il fallait créer des associations. Mais je vous ai dit pourquoi nos pauvres petites associations de 1901, avec leur capacité restreinte, étaient insuffisantes ; comment surtout elles n'avaient aucun caractère distinctif qui permit, en cas de conflit, de sauvegarder les droits de la hiérarchie et de l'orthodoxie.*

¹ Raymond Saleilles, « Etude sur l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.T.D.civ.*, 1906, p 847-874.

² Au XIXe siècle et au début du XXe siècle, la question des fondations est à l'ordre du jour des débats doctrinaux. Le problème principal porte sur la pertinence de la consécration et du développement des fondations en droit français. Car, en effet, la constitution des fondations est traditionnellement difficile ; la catégorie n'est pas directement reconnue par le droit positif, et l'affectation par un particulier d'un ensemble de biens à un but doit passer la plupart du temps par le procédé de l'établissement d'utilité publique, donc par le contrôle étroit de l'Etat (voir Léon Michoud, « Note sur le projet relatif aux fondations », *Bulletin de la société d'études législatives*, 1909, p 172-179). Une partie de la doctrine approuve ces restrictions, en faisant valoir que le procédé de la fondation rompt avec l'individualisme juridique propre au droit civil, qui impose que tout patrimoine soit imputé à un sujet de droit, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale. En permettant l'affectation d'un ensemble de richesses à un but, sans qu'une personne morale ne soit nécessairement encore créée, la fondation s'écarte des principes les mieux admis du droit civil. Mais un courant doctrinal puissant milite au contraire pour la consécration législative de fondations totalement privées, la puissance publique ne disposant que d'un pouvoir d'opposition dans l'hypothèse d'une fondation contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. C'est le cas de Saleilles, qui défend l'adoption d'une loi en ce sens, pour permettre notamment les legs à personne morale future, avec un contrôle minimal de l'administration, ce qui représenterait un complément de la législation sur les associations (voir Raymond Saleilles, « Note sur les fondations », *Bulletin de la société d'études législatives*, 1909, p 161-172). C'est aussi le cas de Léon Duguit, dont les présupposés théoriques objectivistes s'accrochent très bien de l'idée de fondation détachée de la notion de sujet de droit. Sur ce débat sur les fondations au début du XXe siècle, voir notamment Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd, tome I, De Boccard, 1927, p 510 et s ; et Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2^{ème} éd, 2 tomes, LGDJ, 1924 ; Raymond Saleilles, *De la personnalité juridique*, 1910, rééd La Mémoire du droit, 2003.

³ Raymond Saleilles, « Le régime juridique de la Séparation », *R.I.C.*, 1907, p 185-208.

Voilà pourquoi il fallait une association privilégiée, une association dont la capacité fût élargie, et une association qui fût spécialisée, donc caractérisée du point de vue de l'orthodoxie. Sinon, c'était le chaos, le conflit et la lutte entre associations rivales, se disputant les biens de l'Eglise. Ce criterium d'orthodoxie avait été malheureusement formulé dans une de ces formules abstraites qui sont chères aux juristes, mais qui effraient toujours un peu les profanes. Vous connaissez tous le célèbre article 4 de la loi de 1905, qui donnait les biens à l'association formée en conformité avec les règles de son culte. »¹. En insistant sur la rédaction de l'article 4, Raymond Saleilles révèle le sens de son travail d'interprétation, qui est essentiellement pédagogique. L'abstraction de l'article 4 était sans doute rendue nécessaire par le principe de laïcité, mais elle a du même coup dérouté les fidèles, déjà rendus méfiants par la politique religieuse de la République concordataire. Pour désarmer les préventions de ses coreligionnaires, Raymond Saleilles explicite et éclaire la loi, mettant en lumière l'intérêt de ses dispositions essentielles qu'il perçoit comme un facteur de pacification religieuse : « ces quelques idées pourront servir surtout, le jour où elles seraient notoirement acceptées, à calmer les appréhensions, à constituer des garanties solides et durables et à préparer par là un accord que tout le monde souhaite et espère, puisque sur lui repose le maintien de la paix sociale dans notre pays. »².

114. Les écrits des juristes catholiques conciliants sont importants car ils ont donné un aperçu précoce et convaincant de la logique du régime de Séparation et du mécanisme des associations culturelles. Ils répondent cependant à des préoccupations conjoncturelles. Ils sont relayés par un travail doctrinal approfondi grâce auquel se constitue peu à peu la théorie juridique de la Séparation et de l'Etat laïque.

§ 2. – La Séparation est-elle nécessaire ? La portée juridique de l'Etat laïque.

115. Dans un ouvrage antérieur à l'adoption de la loi de 1905 et consacré à la séparation des Eglises et de l'Etat, Paul Grunebaum-Ballin, alors jeune membre du Conseil d'Etat et conseiller d'Aristide Briand, remarque la rareté des études juridiques sur la Séparation³. L'adoption de la loi du 9 décembre 1905 met fin à l'indigence doctrinale en la matière en stimulant la réflexion des juristes, même si, nous l'avons vu, l'élaboration de la théorie de la Séparation et de l'Etat laïque ne suscite

¹ Raymond Saleilles, « Le régime juridique de la Séparation », *R.I.C.*, 1907, p 185-208.

² Raymond Saleilles, « Etude sur l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.T.D.civ.*, 1906, p 847-874.

³ Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 2.

pas un intérêt universel, seul un petit groupe d'auteurs s'intéressant de manière approfondie à la question.

Le principal enjeu de la réflexion doctrinale consiste à fournir des fondements juridiques à la Séparation et à l'Etat laïque. En effet, au lendemain de la loi de 1905, la doctrine concordataire est le seul cadre conceptuel pour appréhender le droit des cultes. Les juristes doivent donc construire une grammaire juridique de l'Etat laïque, en montrant que la Séparation était nécessaire pour garantir une protection effective de la liberté religieuse et en formulant les liens entre laïcité de l'Etat, égalité des cultes et libertés de conscience et des cultes. Le travail doctrinal réalisé en ce sens pendant la IIIe République fournit une théorie juridique à un aspect central de l'identité des institutions républicaines.

Trois grandes étapes logiques peuvent être distinguées dans la production doctrinale. Il a d'abord fallu montrer que le législateur était compétent pour supprimer le service public des cultes et qu'aucune obligation juridique ne s'y opposait (A.). Ensuite, certains auteurs, comme Adhémar Esmein et Maurice Hauriou, ont insisté sur l'importance de la Séparation dans le perfectionnement de la souveraineté de l'Etat républicain (B.). Enfin, dans le nouveau discours doctrinal sur le droit des cultes, la doctrine s'est attachée à élucider l'articulation entre le principe de neutralité religieuse de l'Etat et les libertés de conscience et des cultes (C.).

A. – La fin du service public des cultes.

116. Les juristes qui ont entrepris de théoriser la Séparation au lendemain de la loi de 1905 ont été confrontés aux anciens arguments postulant l'impossibilité de supprimer le service public des cultes. Nous avons déjà rencontré le thème de la dette perpétuelle, beaucoup exploité par les catholiques. S'y ajoute l'idée que la Séparation ne pouvait être légalement accomplie avant que le Concordat ne soit rompu d'un commun accord avec le Vatican, ou, à tout le moins, après une dénonciation réalisée dans les formes du droit international. Des débats qu'ont suscités ces arguments, ressort l'idée que le législateur disposait d'une entière compétence pour supprimer le service public des cultes.

Il faut d'ailleurs noter que beaucoup d'auteurs traitent les arguments anti-séparatistes par prétérition, trahissant le peu de cas qu'ils font de thèmes maintes fois repris depuis le XIXe siècle. S'appropriant à réfuter la théorie de la dette perpétuelle, Paul Grunebaum-Ballin écrit par exemple : « *A vrai dire, nous ne pensions pas, quand nous avons commencé cette étude, qu'il fût encore nécessaire aujourd'hui de répondre à une argumentation si souvent réfutée par des*

historiens, par des hommes d'Etat, par des juristes. »¹. Des auteurs comme Hauriou², Berthélémy³, Moreau⁴ ou Barthélémy⁵ semblent partager ce jugement et ne prennent pas la peine de discuter la thèse du budget des cultes obligatoire ou les opinions émises sur la dénonciation du Concordat.

117. Sur la question de la dette perpétuelle, seuls Paul Grunebaum-Ballin, Léon Duguit et Gaston Jèze mènent une réfutation développée. D'un point de vue juridique, ils mettent en cause l'existence d'une véritable dette à la charge de l'Etat. N'ayant ni montant précis ni créancier bien désigné, sa juridicité est très douteuse. Gaston Jèze résume ainsi : « *Une dette juridique suppose un quantum déterminé ou dont on a précisé les éléments de calcul, et des ayants droit faciles à désigner. A ces deux points de vue, les textes sont conçus en termes très généraux. Touchant le quantum, il est dit que la nation "pourvoiera d'une manière convenable". Quant aux ayants droit, il est parlé de l'entretien des ministres et du soulagement des pauvres. Mais quel est le nombre des ministres ayants droit ? Les textes ne le disent pas. La charge prévue est donc tout à fait incertaine. En 1803, le budget des cultes atteignait 4 millions de francs. Est-ce cette somme qui est juridiquement due ? En 1905, le budget des cultes était de 40 millions. Sous le Second Empire, il avait été de 50 millions. Quel est le quantum de la dette juridique ? Voilà bien des raisons de faire douter que la volonté des gouvernants de la période révolutionnaire ait été de créer une dette juridique véritable. Il faut voir dans les textes invoqués la promesse d'organiser les cultes et l'assistance des pauvres en services publics à la charge de l'Etat.* »⁶.

De plus, nos trois auteurs doutent de la portée des textes révolutionnaires invoqués par les partisans de la théorie de la dette perpétuelle. Les juristes catholiques considèrent que la nationalisation des biens du clergé par le décret du 2 novembre 1789 a créé une dette d'entretien du culte à la charge de l'Etat en contrepartie de la prise de possession des biens. Ce faisant, ils prêtent aux constituants un *raisonnement de droit privé*. Or, Grunebaum-Ballin montre que le décret du 2 novembre 1789 est surtout un *texte de droit public* par lequel les révolutionnaires ont affirmé la disparition de la société d'ordres d'Ancien Régime et l'avènement de la nation comme unique principe de légitimité politique. C'est pour cette raison que les biens ecclésiastiques ont été réputés

¹ Paul Grunebaum Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 60.

² Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 467 et s.

³ Henri Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^{ème} éd, Arthur Rousseau, 1920, p 251 et s.

⁴ Félix Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 8^{ème} éd, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1917, p 511 et s.

⁵ Joseph Barthélémy, *Précis de droit public*, Dalloz, 1937.

⁶ Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, tome II, 3^{ème} éd, 1930, rééd Dalloz, 2004, p 178 ; voir aussi Paul Grunebaum Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 62

avoir toujours appartenu à la nation, le clergé n'étant qu'un usufruitier et un administrateur¹. Dans ce cadre, la nation a pu prendre le service des cultes à sa charge, mais en raison d'une *décision discrétionnaire* et sans que ce choix ait un caractère perpétuel².

118. Le Concordat est aussi exploité pour justifier l'impossibilité juridique de supprimer le service public du culte catholique. Le nœud du problème concerne la dénonciation de la convention dans le respect du droit international³. Se pose d'abord la question de la qualification du Concordat. Sur ce point, les opinions varient, certains juristes estimant qu'il s'agit d'un traité⁴, d'autres d'une convention internationale *sui generis*⁵, d'autres enfin d'un simple contrat. Mais tous s'accordent pour considérer que le Concordat est au moins un accord de volontés entre deux personnes de droit international⁶.

De cette qualification, certains juristes déduisent que chaque partie ne peut valablement se dégager du lien concordataire qu'en dénonçant la convention selon les formes diplomatiques. Esmein s'oppose à cette conclusion en reprenant un aspect de l'argumentation d'Aristide Briand à la Chambre consistant à faire valoir que la dénonciation était inutile car la convention du 26 Messidor an IX a pu légalement être abrogée avec la loi du 18 Germinal an X l'ayant introduite en droit interne⁷. Pour Grunebaum-Ballin, en revanche, il existe bien une obligation de dénonciation mais elle n'a pas eu l'occasion d'être mise en œuvre dans le contexte de la Séparation car le gouvernement français a constaté, dans la note du ministre des affaires étrangères Delcassé du 29 juillet 1904, rédigée à l'occasion de l'affaire des évêques Geay et Le Nordez⁸, que le Vatican a violé de manière répétée et délibérée le Concordat. Par conséquent, le gouvernement a pu, en vertu du principe de l'article 1184 du Code civil, que Grunebaum-Ballin juge transposable dans l'ordre

¹ Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 65 et s.

² Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925, p 535 et s.

³ Quelques juristes catholiques (Gustave de Lamarzelle et Henry Taudière, *La séparation de l'Eglise et de l'Etat. Commentaire théorique et pratique de la loi du 9 décembre 1905*, Plon, 1906, p 62) suggèrent que le Concordat ne pouvait être rompu sans l'accord des deux parties. Mais Grunebaum-Ballin montre que le Concordat est une convention à exécution successive qui, ne prévoyant pas de terme, peut nécessairement être rompue unilatéralement par une des parties, car les engagements perpétuels sont proscrits par l'ordre public français et international (Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905).

⁴ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925, p 528 ; Joseph Barthélémy, *Précis de droit public*, Dalloz, 1937.

⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Larose, 1900, p 156, et *supra*, n°56.

⁶ C'est la qualification minimale retenue par Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, tome II, 3^{ème} éd, 1930, rééd Dalloz, 2004, p 137, note 1.

⁷ Adhémar Esmein, *Eléments du droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd, Sirey, 1914, rééd Panthéon-Assas, 2001, p 1191. Pour l'argumentation d'Aristide Briand, voir *D.P.*, 1906, IV, p 1 et s.

⁸ Voir *supra*, n°79.

international, constater la résolution pour inexécution de la convention du 26 Messidor an IX aux torts de l'Eglise et rompre les relations diplomatiques avec le Vatican¹.

Duguit, malgré ses sympathies républicaines, n'est pas aussi conciliant qu'Esmein et Grunebaum-Ballin sur la question de la dénonciation du Concordat. Pour lui, la note du 29 juillet 1904 ne peut valablement faire office de dénonciation car elle n'a pour objet que la rupture des relations diplomatiques. Du reste, la résolution pour inexécution de l'article 1184 du Code civil n'est pas applicable à l'ordre international. En fait, le Concordat est un authentique traité international qui nécessitait une dénonciation expresse et conforme aux usages du droit international pour être légalement rompu : « *Le Concordat était en effet un traité-loi, intervenu entre deux personnes du droit des gens, soumis par conséquent aux règles du droit international, d'après lequel un pareil traité peut sans doute toujours être dénoncé par l'une des parties contractantes, mais d'après lequel celle-ci ne peut faire un acte de législation interne qui lui soit contraire que lorsqu'elle a été déchargée, par une dénonciation, des obligations qui résultaient pour elle du traité. La dénonciation n'est pas une simple formalité. Elle contient la fixation par l'Etat dénonçant d'un délai à l'expiration duquel il considèrera que le traité cesse d'être en application et, par conséquent, elle implique l'offre de négocier à nouveau pour tenter de substituer un nouvel accord à celui qui est dénoncé. Le Gouvernement français devait donc, avant de demander au parlement le vote d'une loi de séparation, dénoncer le Concordat par la voie diplomatique, indiquer un délai ; et si, à l'expiration de ce délai aucune négociation n'avait été amorcée, il pouvait faire légalement la séparation. En ne procédant pas ainsi il a incontestablement violé les règles du droit des gens.* »².

119. Contrairement à ses collègues qui discutent la question de la rupture du Concordat sur le terrain du droit international, Gaston Jèze insère le problème dans sa théorie juridique du service public³. Jèze est un positiviste. Pour lui, le régime de service public est avant tout un procédé technique qui exclut les considérations politiques ou morales. La distinction du juridique et du politique revient

¹ Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 40 et s. Il reprend l'autre partie de l'argumentation de Briand présentée devant la Chambre pour justifier la disparition du Concordat. C'est Louis Méjan qui a développé cette argumentation lors de la préparation du rapport avec Briand. Voir L. V. Méjan, *La séparation des Eglises et de l'Etat, l'œuvre de Louis Méjan*, PUF, 1959, p 199 et s.

² Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925, p 528-529.

³ Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, tome II, 3^{ème} éd, 1930, rééd Dalloz, 2004, p 2. Jèze définit ainsi le service public : « *« Dire que, dans telle hypothèse, il y a service public, c'est dire que, pour donner satisfaction régulière et continue à telle catégorie de besoins d'intérêt général, les agents publics peuvent appliquer les procédés du droit public, c'est-à-dire un régime juridique spécial, et que l'organisation du service public peut être modifiée à tout instant par les lois et règlements sans qu'aucun obstacle insurmontable d'ordre juridique puisse s'y opposer. Toutes les fois qu'on est en présence d'un service public proprement dit, on constate l'existence de règles juridiques spéciales, de théories juridiques spéciales, qui, toutes, ont pour objet de faciliter le fonctionnement régulier et continu du service public, de donner le plus rapidement et le plus complètement possible satisfaction aux besoins d'intérêt général.* »

d'ailleurs comme un leitmotiv dans les *Principes généraux du droit administratif* ; elle permet de déterminer le véritable objet de la science juridique, consistant à ordonner le droit positif, à dégager les grands principes de la jurisprudence, et non à construire des systèmes abstraits en fonction d'axiomes politiques ou philosophiques indémontrables¹.

Pour Jèze, le procédé du service public est une technique à la disposition des gouvernants. Face à un besoin d'intérêt général, les gouvernants déterminent discrétionnairement si sa satisfaction doit être assurée par l'Etat à l'aide du régime exorbitant du service public ou par des procédés du droit privé, ou bien encore par l'initiative privée, organisée par exemple dans le cadre d'un établissement reconnu d'utilité publique.

Le pouvoir politique – spécialement le législateur – étant seul juge de l'opportunité d'ériger une activité en service public, la méthode d'identification des services publics se borne à l'étude minutieuse des intentions des gouvernants : « *A mon avis, il faut rechercher uniquement l'intention des gouvernants touchant à l'activité administrative considérée. Sont uniquement, exclusivement, services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public. L'intention des gouvernants est seule à considérer. L'opinion de tels ou tels écrivains est sans aucune espèce d'importance. L'avis personnel du juriste qui résout la difficulté est indifférente.* »².

Jèze prend ensuite l'exemple du service public des cultes pour montrer que, selon les époques, les gouvernants changent d'appréciation sur les activités qui doivent être érigées en services publics : « *Par exemple, en France, à une certaine époque, la religion a été un service public proprement dit : il y était satisfait aux besoins religieux de la population par les procédés du droit public. Il y avait des théories spéciales, un régime juridique spécial. Certains considèrent regrettable qu'on ait, en 1905, abandonné le procédé du service public. D'autres s'en félicitent. Cela n'a pas d'importance au point de vue juridique. Ce que nul juriste ne doit contester, c'est qu'à l'heure actuelle, les besoins religieux de la population française ne sont plus satisfaits par le procédé du service public. Et pourquoi en est-il ainsi ? Parce que la loi du 9 décembre 1905, article 2, proclame solennellement la volonté des gouvernants qu'il n'y ait plus là un service public : "La République ne reconnaît, ne salarie, ni ne subventionne aucun culte". Les motifs qui ont amené les gouvernants à adopter cette solution ne sont pas d'ordre juridique.* »³. C'est bien par l'analyse de la volonté du législateur que Jèze reconnaît l'existence d'un service public. Dans le cadre des

¹ Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, tome I, 3^{ème} éd, 1925, rééd Dalloz, 2005, p 1 et s ; et Marcel Waline, « L'œuvre de Gaston Jèze en Droit public », *R.D.P.*, 1953, p 879 et s ; et Jean-Clause Vénézia, « Gaston Jèze et le service public », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1991, p 93-103.

² Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, tome II, 3^{ème} éd, 1930, rééd Dalloz, 2004, p 16.

³ Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, tome II, 3^{ème} éd, 1930, rééd Dalloz, 2004, p 19.

discussions sur la disparition du service public des cultes, cette méthode tranche avec les innombrables contributions qui invoquent des arguments philosophiques, moraux ou sociologiques, et posent en principe qu'une activité peut être un service public en raison de sa *nature* même¹.

Après avoir constaté l'existence d'un service public des cultes avant la loi de 1905, il faut s'intéresser à son régime et aux possibilités de modification qu'il comporte. Et, de ce point de vue, les règles exorbitantes auxquelles le service public est soumis s'expliquent principalement par les exigences de continuité et de mutabilité. Les besoins d'intérêt général doivent être assurés à tout instant et le contenu du service doit pouvoir varier en fonction de l'évolution des données économiques et sociales. Jèze insiste beaucoup sur le principe de mutabilité. Il énonce ainsi que « *L'organisation d'un service public proprement dit est susceptible d'être modifiée à tout instant.* » et qu'« *Aucun obstacle juridique ne peut empêcher cette modification.* »². La manifestation extrême de la mutabilité, c'est la suppression du service public.

Selon Jèze, la loi de Séparation est un exemple particulièrement topique de suppression d'un service public car, en vertu de la loi, l'Etat ne peut dorénavant prendre en charge le besoin religieux, ni par le biais du régime de service public, ni par le biais du droit privé, ni en soutenant l'initiative privée à l'aide de subventions. Le législateur disposait d'une indiscutable compétence pour décider cette suppression radicale, car de même qu'il apprécie discrétionnairement si une activité doit être érigée en service public, il apprécie discrétionnairement s'il convient de faire disparaître un service public (Jèze précise toutefois que les services institués par les lois constitutionnelles, comme les activités législative et exécutive, ne peuvent sans doute pas être supprimés)³. Jèze fonde ce pouvoir discrétionnaire du législateur sur un des axiomes du droit public moderne formulé sous la Révolution, selon lequel une génération passée ne peut lier à jamais les générations futures⁴. En matière de droit public, c'est bien la volonté *actuelle* de la nation qui doit être préférée aux volontés

¹ Voir par exemple la note d'Hauriou sous l'arrêt *Astruc* (CE, 7 avril 1916, S., 1916, III, p 41) dans laquelle l'auteur estime que les activités de spectacle ne peuvent *par nature* être érigées en service public du fait de leur immoralité. Du reste, il critique la méthode d'identification des services publics fondée sur l'analyse de la volonté des gouvernants en expliquant que « *la définition du service public par l'intention subjective de l'administration qui organise l'entreprise serait éminemment dangereuse, s'il devait en résulter que l'administration pourrait ériger en services publics toutes sortes d'entreprises. Il y a, évidemment, dans la nature même des entreprises, des obstacles, des résistances, des limites objectives. Toute la jurisprudence du Conseil d'Etat sur la municipalisation des services repose sur cette idée que l'entreprise, dont l'exploitation conserve des aléas industriels ou commerciaux, répugne par elle-même au service public ; de même, sa jurisprudence sur les théâtres doit reposer sur cette idée que l'entreprise de spectacles, dont l'exploitation renferme tant d'éléments de démoralisation, répugne par elle-même au service public, et, si le juge ne croit pas devoir avouer expressément ce fondement moral, il appartient à l'interprète de le mettre en évidence.* ».

² Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, tome II, 3^{ème} éd, 1930, rééd Dalloz, 2004, p 5.

³ Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, tome II, 3^{ème} éd, 1930, rééd Dalloz, 2004.

⁴ Voir notamment : Joseph Barthélémy et Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel*, 1^{ère} éd, 1926, rééd Panthéon-Assas, 2004, p 227 et s.

passées¹ : « Les générations futures ne peuvent avoir été enchaînées par les gouvernants d'une époque à un culte déterminé, à une certaine organisation religieuse. Toute génération a le pouvoir imprescriptible de rejeter toute organisation qui ne convient pas à son idéal. La solution est la même, qu'il s'agisse de culte ou d'organisation de chemins de fer, de tramways, de distribution d'eau, de gaz, d'électricité, etc. L'objet du service public ne change pas le principe fondamental qui est à sa base. La caractéristique essentielle de tout service public, quel qu'il soit, est de pouvoir être modifié, supprimé à tout instant. La clause de modification et de suppression unilatérale du Concordat était donc sous-entendue ; juridiquement, elle n'aurait pas pu être écartée par les signataires du Concordat. »². Le Concordat, qu'il soit d'ailleurs un traité international, un contrat ou un simple accord de volonté, ne pouvait donc empêcher *juridiquement* la Séparation. Jèze concède qu'il puisse exister une obligation de dénonciation du Concordat, mais il ne lui accorde qu'une importance secondaire, sa méconnaissance ne faisant pas obstacle au principe même de la Séparation, mais pouvant éventuellement engager la responsabilité internationale de l'Etat. Du reste, Jèze estime que l'obligation de dénonciation a été amplement remplie par les délais d'application prévus pour les dispositions essentielles de la loi³.

¹ Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, tome II, 3^{ème} éd, 1930, rééd Dalloz, 2004, p 136 : « Juridiquement, les gouvernants d'une époque ne pouvaient pas décider que toujours il y aurait en France un service public du culte catholique, pas plus qu'ils ne pourraient aujourd'hui décider qu'il n'y aura jamais plus en France de service public du culte catholique. Cette organisation du culte catholique, il appartient à chaque génération de l'établir, de la modifier, de l'écartier selon son idéal religieux. Le juriste impartial ne connaît ni la « divine constitution de l'Eglise, ni les droits sacrés de l'Eglise », ni les « droits immuables du pontife romain et des évêques ». Pour le juriste, le service public du culte catholique n'était qu'un procédé juridique pour donner satisfaction à un besoin général. Lorsque les autorités publiques compétentes ont décidé que ce procédé devait être écarté parce qu'il ne convenait plus aux conditions sociales du moment, le juriste doit s'incliner. Ceux qui politiquement estiment que la solution adoptée par les gouvernants ne vaut rien ont, dans un pays libre, le pouvoir de s'organiser légalement en vue d'agir sur l'opinion publique par les procédés légaux, et d'amener ainsi le législateur à établir un nouveau régime juridique, conforme à leur idéal religieux. Mais ce qui est inadmissible, c'est qu'un groupe d'hommes, affirmant être en possession de la vérité, prétende lier les autres hommes et à jamais à une certaine organisation religieuse. Cette atteinte intolérable à l'un des principes essentiels du droit public a sa meilleure sanction dans l'impossibilité pratique de la réaliser. ».

² Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, tome II, 3^{ème} éd, 1930, rééd Dalloz, 2004, p 138.

³ Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, tome II, 3^{ème} éd, 1930, rééd Dalloz, 2004, p 139 : « Mais il faut remarquer que l'obligation de dénoncer n'équivalait pas du tout à l'impossibilité, pour le parlement français, de supprimer le service public du culte catholique sans le consentement du Pape. Seule, la responsabilité pécuniaire de l'Etat français aurait pu être engagée pour le préjudice causé par une faute délictuelle (violation d'une règle du droit public international et interne : inobservation du délai de prévenance). D'ailleurs, à mon avis, l'Etat français ne devait, de ce chef, absolument rien. La loi de 1905, en prescrivant que les dispositions du nouveau régime n'entreraient en vigueur qu'un certain délai après la promulgation de la loi (article 4, 13, 14), a accordé au Saint-Siège le délai habituellement usité dans une matière voisine, mais non identique : celle de la dénonciation des traités internationaux. Toute la question revient donc à se demander s'il y a eu ou non, pas une incorrection juridique (il n'y en a pas eu à mon avis), mais une faute politique (méconnaissance d'une force sociale, qu'il y avait intérêt à ménager dans l'intérêt de la paix sociale), une procédure peu courtoise. Ceci n'est pas une question de droit. ». Sur cette question de la dénonciation, Jèze mène une critique musclée de la position de Duguit. Celui-ci affirme que l'absence de dénonciation du Concordat rend la loi de 1905 illégale au regard des principes du droit des gens et regrette que l'Etat n'ait pas discuté avec le Saint-Siège à propos de la Séparation pour que la loi soit acceptée par les catholiques. Ce faisant, estime Jèze, le doyen de Bordeaux traite une question politique et sort du strict cadre de la technique juridique (Jèze critique aussi la position désapprouvée de Duguit

120. L'analyse de Jèze se singularise car l'auteur examine la question de la rupture du Concordat sous l'angle de la technique juridique et de sa théorie du service public. Au nom de la séparation entre le juridique et le politique, il s'interdit de porter une appréciation sur l'attitude du gouvernement envers le Vatican lors de l'adoption de la loi. Cette position reste isolée car presque tous les auteurs, quelles que soient leurs positions sur l'existence d'une obligation de dénonciation du Concordat et sur son respect par l'Etat, jugent que le gouvernement aurait dû, pour des raisons politiques et morales, discuter les modalités de la Séparation avec le Saint-Siège pour obtenir l'acceptation des catholiques¹.

Une double tendance se dégage donc chez les théoriciens de la Séparation sur la question de la rupture du Concordat. La doctrine affirme d'une part qu'aucun obstacle juridique ne s'opposait à la rupture du Concordat. Si une formalité de dénonciation s'imposait, tous, hormis Léon Duguit, estiment qu'elle a été remplie d'une manière ou d'une autre. Mais d'autre part, si la suppression du service public des cultes et la disparition du Concordat étaient juridiquement possibles, subsistent des exigences morales et politiques qui commandaient au gouvernement de s'entendre avec le Saint-Siège pour que la loi soit acceptée et appliquée par les catholiques français. En résumé, la suppression unilatérale du service public des cultes est *juridiquement correcte* mais *politiquement discutable*.

B. – La Séparation et la souveraineté de l'Etat (Adhémar Esmein et Maurice Hauriou).

121. La loi de 1905 s'inscrit dans l'histoire séculaire des rapports entre l'Etat et les Eglises, spécialement l'Eglise catholique. Pendant son lent développement, l'Etat français a rencontré la volonté de domination et les prétentions universalistes de Rome. Il a fallu contrer les théories théocratiques du pouvoir plaçant l'Eglise à la source de toute légitimité politique, et soumettre les

sur les dispositions relatives aux biens ecclésiastiques). Le positivisme et la conception technique du droit défendus par Jèze ne l'empêchent pas d'avoir, à titre personnel, une nette préférence pour la Séparation, qui transparaît parfois dans les développements qu'il consacre à la loi de 1905. La portée de la distinction introduite par Jèze entre la technique juridique et la politique doit donc être relativisée.

¹ Duguit juge que le législateur a méconnu le « *fait catholique* » et commis une faute politique en ne négociant pas avec le Saint-siège (Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925, p 500). Pour Berthélémy, « *On pouvait renoncer au Concordat de 1801. On était même fatalement conduit à cette solution. Elle n'était raisonnable cependant qu'à la condition d'être négociée avec Rome.* » (Henri Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^{ème} éd, Arthur Rousseau, 1920, p 263). Voir aussi Félix Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 8^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1917, p 514 ; Joseph Barthélémy, *Précis de droit public*, Dalloz, 1937, p 232 ; Georges Lachapelle, « La crise religieuse en France », *R.P.P.*, 1907, p 228-243 ; Raymond Saleilles, « Le régime juridique de la Séparation », *R.I.C.*, 1906, p 185-208.

clercs à la loi commune du royaume en supprimant les privilèges de juridiction¹. En somme, l'indépendance de l'Etat a été en partie gagnée contre l'Eglise ; quant au concept de souveraineté, il s'est constitué à partir de l'époque moderne en s'affranchissant des questions religieuses, en les rendant inopérantes pour la définition du lien civil et en attribuant à l'Etat sécularisé le monopole de la création du droit positif². Pourtant, si l'idée d'une souveraineté indivisible, exclusivement temporelle et supérieure aux Eglises dans l'ordre politique est exprimée dès la fin du XVIIe siècle, la réalité institutionnelle est toute autre et perpétue des rapports étroits entre l'Etat et les cultes – spécialement l'Eglise catholique – jusqu'au début du XXe siècle. Aussi, certains auteurs tels que Esmein et Hauriou ont interprété la Séparation dans la perspective de l'histoire longue de la construction de l'Etat, en identifiant le développement de l'Etat laïque comme un perfectionnement et un achèvement de la souveraineté.

122. Esmein traite de la Séparation principalement dans ses *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*. On sait que le traité est l'œuvre d'un juriste partisan de la République, qui ambitionne la construction d'un droit constitutionnel républicain³. Comme beaucoup de ses collègues, Esmein entend rompre avec la malédiction de la faiblesse et de l'impuissance qui touche la forme républicaine de gouvernement. Il souhaite une République forte, dans laquelle la puissance du suffrage universel sera canalisée par les mécanismes du gouvernement parlementaire et représentatif, permettant à l'Etat d'exercer pleinement sa souveraineté et son autorité⁴. Dans un tel contexte, prémunir la souveraineté de l'Etat contre les prétentions d'autorités concurrentes comme l'Eglise devient une préoccupation naturelle.

123. Dans les développements qu'il consacre à la liberté des cultes, à l'Etat laïque et à la Séparation, Esmein présente la formation de l'Etat en France comme un long processus de conquête de la souveraineté sur des pouvoirs concurrents. Parmi ces pouvoirs concurrents, on compte d'abord le système féodal – « *l'anarchie féodale* » écrit Esmein – dans laquelle la puissance publique est faible et vulnérable. Il s'agit aussi et surtout de l'Eglise catholique, qui se conçoit comme une puissance indépendante et universelle, égale et même supérieure aux Etats en raison de son but spirituel. Pendant les siècles du Moyen-âge et de l'Ancien Régime, de la querelle des Investitures aux

¹ Jacques le Goff (dir), *Histoire de la France, la longue durée de l'Etat*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2000, p 98 et s ; Bernard Bourdin, *La genèse théologico-politique de l'Etat moderne*, PUF, 2004.

² Voir notamment la synthèse sur ce point de Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, 1994, p 62 et s.

³ Jean-Louis Halpérin, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *Rev. hist. droit*, juillet-septembre 1997, p 415 et s.

⁴ Stéphane Pinon, « Regard critique sur les leçons d'un "maître" du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1848-1913) », *R.D.P.*, 2007, p 193-229.

Concordat en passant par le développement de l'Eglise gallicane, l'Etat a combattu les prétentions catholiques et lentement soumis l'Eglise et les clercs à la loi commune : « *Il fallut à nos aïeux des siècles d'efforts politiques et juridiques avant de pouvoir écarter ces maximes et proclamer, comme le font nos jurisconsultes des XVIIe et XVIIIe siècles, que les clercs sont soumis au roi comme ses autres sujets et que sa puissance s'étend sur les biens ecclésiastiques, comme sur les autres biens de son royaume.* »¹. Le processus d'affranchissement de l'Etat ne s'achève pas à la fin de l'Ancien Régime. Au XIXe siècle encore, le droit concordataire perpétue une forme d'alliance entre l'Eglise et l'Etat qui rétablit le « *système des deux puissances* » dans lequel l'Eglise redevient une autorité reconnue par la loi, la liberté du culte étant accordée, dans le droit fil de la tradition d'Ancien Régime, non pas aux individus croyants, mais à l'Eglise catholique considérée comme un corps². Dans le même temps, le XIXe siècle a consacré la concentration du pouvoir dans l'Eglise entre les mains du pape, ce dernier jouissant, depuis le Concile Vatican de 1870, de l'infaillibilité en matière de dogme. Dans un article consacré à l'encyclique *Gravissimo Officii*, Esmein note qu'au XXe siècle, l'Eglise maintient ses prétentions à la souveraineté et à l'universalité. Pour illustrer son propos, il cite un article de l'évêque d'Orléans, Monseigneur Touchet, qui expose les grands traits de la doctrine de l'Eglise : « *Voici ce que l'Eglise pense d'elle-même. Elle se sait une société fondée, organisée, commissionnée par Jésus-Christ, qui est l'Homme-Dieu. De lui, elle tient son commencement, sa hiérarchie, ses lois, sa mission. Aucun de ses pouvoirs propres, essentiels, ne lui vient des autorités terrestres. Le pape, successeur de Pierre, est son chef suprême de par l'Homme-Dieu, et il tient de l'Homme-Dieu ses droits et ses devoirs. L'Eglise avec son chef suprême, ses chefs subordonnés, son peuple dont l'évangélisation est la fin immédiate de la hiérarchie, est, de par l'Homme-Dieu, une société complète. Elle s'estime telle et ne peut s'estimer autre. Or, l'attribut premier de toute société complète, c'est qu'on ne peut pas disposer d'elle sans elle. Toute société complète, qui a un chef souverain dans son ordre, qu'elle soit faible, qu'elle soit puissante, entend être traitée comme autonome. Qu'elle soit la république de Saint-Marin, qui tient dans le creux d'une main d'enfant ; qu'elle soit la république américaine qui couvre un monde et les océans ; qu'elle soit la petite Norvège, qu'elle soit la vaste Allemagne, vous ne disposerez pas d'elle sans elle. L'Eglise n'a jamais pris, ne peut prendre, ne pourra jamais prendre une autre attitude. Ou elle*

¹ Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd, Sirey, 1914, rééd Panthéon-Assas, 2001, p 1179 et s.

² Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd, Sirey, 1914, rééd Panthéon-Assas, 2001, p 1181.

se niera elle-même, niera son souverain, niera sa constitution, ou elle déclarera qu'on ne peut disposer d'elle sans elle. »¹.

124. A ces conceptions théologiques, Esmein oppose la notion d'Etat laïque consacrée par la Séparation. L'Etat laïque est intégralement temporel et trouve ses fins uniquement dans la société civile ; il ne peut donc être confessionnel. Il ne peut pas plus ériger certains cultes en service public au motif que leur pratique favorise la moralité et la civilisation. En fait, *l'Etat laïque doit poursuivre des fins temporelles à l'aide de moyens temporels*. Pour Esmein, la Séparation représente donc un perfectionnement et une « purification » de la notion de souveraineté ; en écartant les considérations religieuses de sa définition, elle acquiert sa véritable dimension. L'Etat s'adresse aux citoyens, selon un rapport strictement politique, et les Eglises s'adressent aux âmes. Mais, s'interroge Esmein, « *Est-ce à dire que cette conception méconnaisse la légitimité des religions et des sentiments religieux ? En aucune façon. Mais la religion n'est point conçue comme un rapport pouvant entrer dans l'ordre politique. C'est affaire de la conscience individuelle, c'est un rapport entre chaque âme et Dieu, si elle en reconnaît un. Le droit de chaque individu est de réaliser ce rapport comme il le comprend.* »².

Le système de l'Etat laïque représente donc la victoire de la souveraineté sur les prétentions de la puissance religieuse. Dans l'Etat laïque, il n'y a plus « *qu'une seule puissance légale* », celle de l'Etat. Aucune autre puissance ne peut être associée à l'autorité politique et à l'exercice de la souveraineté³. L'exclusion de tout partage de la puissance publique entre l'Etat et des forces concurrentes est rendue nécessaire par la logique même de la souveraineté⁴. En effet, dans la doctrine républicaine d'Esmein, l'Etat est « *la personnification juridique de la nation* », « *le sujet et le support de l'autorité publique* ». La nation est le fondement de l'autorité politique, la source de sa légitimité. Par conséquent, l'organe qui la représente et agit pour le bien commun des citoyens ne doit connaître aucune puissance supérieure : « *Ce qui constitue en droit une nation, c'est l'existence, dans cette société d'hommes, d'une autorité supérieure aux volontés individuelles. Cette autorité, qui naturellement ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente quant aux rapports*

¹ Passage cité in Adhémar Esmein, « La loi sur la séparation et l'encyclique "Gravissimo" », *R.P.P.*, 1906, p 34-49, p 35.

² Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd, Sirey, 1914, rééd Panthéon-Assas, 2001, p 1182 et s ; et Adhémar Esmein, « La loi sur la séparation et l'encyclique "Gravissimo" », *R.P.P.*, 1906, p 34-49, p 35.

³ Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd, Sirey, 1914, rééd Panthéon-Assas, 2001, p 1182 : « *Avec la conception de l'Etat laïque, non seulement il n'y a plus de religion d'Etat, mais l'Etat considère toutes les religions et tous les cultes comme des phénomènes qui lui sont étrangers, tant qu'ils ne troublent pas l'ordre public. Dans ce système, il n'y a, entendu, qu'une seule puissance légale, celle de l'Etat. Lui seul commande aux citoyens ; les religions ne s'adressent qu'aux âmes.* ».

⁴ Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, 1994, p 62 et s.

qu'elle régit, s'appelle la souveraineté. Elle a deux faces : la souveraineté intérieure, ou le droit de commander à tous les citoyens composant la nation, et même à tous ceux qui résident sur le territoire national ; la souveraineté extérieure, ou le droit de représenter la nation et de l'engager dans ses rapports avec les autres nations. »¹. C'est pourquoi la souveraineté est l'attribut essentiel de l'Etat.

Par ailleurs, Esmein identifie la protection des libertés publiques comme un des aspects fondamentaux de la souveraineté. En effet, le principe du respect par l'Etat des droits individuels qui lui sont antérieurs et supérieurs « *détermine, plus étroitement que toute autre loi, l'exercice de la souveraineté, car il interdit au souverain de faire des lois qui entament les droit individuels, et lui commande d'en promulguer qui assurent efficacement la jouissance de ces droits* »². Puisque l'exercice de la souveraineté est fondamentalement déterminé par la notion de droit individuel, l'Etat doit disposer du monopole de la réglementation des droits individuels. Or, dans le système concordataire, la liberté des cultes est régie par le biais de l'intervention d'une puissance extérieure et cette liberté est attribuée à la corporation de l'Eglise plutôt qu'aux individus. Le régime concordataire n'est donc pas conforme à la notion de souveraineté dégagée par Esmein. Seule la loi de 1905, en permettant à l'Etat de donner une organisation autonome et complète à la liberté des cultes, a créé un authentique régime juridique de protection de ce droit individuel. « *Dans ce système, écrit Esmein, on le voit, la liberté du culte apparaît vraiment et pour la première fois comme un droit individuel.* »³.

Enfin, au-delà de la théorie du droit constitutionnel, les explications d'Esmein laissent poindre sa préférence politique pour une République forte et centralisée, dans laquelle l'unité de la nation est une exigence fondamentale qui s'oppose à la désintégration du corps politique potentiellement générée par l'existence de puissances concurrentes dans l'Etat, fussent-elles largement domestiquées, comme sous le régime concordataire. La valorisation politique de l'unité du pouvoir ressort par exemple de la critique menée par Esmein à l'égard de la théorie du syndicalisme développée par Duguit. Ce dernier prophétise que les classes sociales se grouperont en syndicats qui deviendront peu à peu de véritables puissances politiques reléguant l'Etat à un rôle secondaire. Esmein s'insurge contre les risques de décomposition politique contenus dans une telle théorie car, à ses yeux, l'Etat est le seul garant de la pérennité de la nation : « *Que de chimères et de vague ! Si jamais nos sociétés, produit précieux d'une civilisation plusieurs fois millénaire, se défaisaient, se*

¹ Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd, Sirey, 1914, rééd Panthéon-Assas, 2001, p 1.

² Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd, Sirey, 1914, rééd Panthéon-Assas, 2001, p 30.

³ Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd, Sirey, 1914, rééd Panthéon-Assas, 2001, p 1183.

décomposaient de la sorte, le résultat serait inévitable. Les groupes ainsi constitués opprimeraient leurs membres, chercheraient à se dominer les uns les autres, et s'efforceraient de détruire les individus qui resteraient isolés. Ces derniers n'étant plus protégés par la puissance publique, supérieure et commune à tous, dans leurs droits et leur liberté, se grouperaient à leur tour, simplement en vue de la défense mutuelle par la force et se soumettraient dans ce but aux plus puissants et aux plus hardis. »¹.

125. Ainsi donc, tant du point de vue constitutionnel que du point de vue politique, la laïcité de l'Etat devient un élément à part entière de la *conception républicaine de l'Etat* développée par Esmein. Ce faisant, la laïcité de l'Etat prend place aux cotés de notions aussi fondamentales que la souveraineté de la nation, la séparation des pouvoirs ou le parlementarisme.

126. Les réflexions d'Esmein sur la souveraineté et la laïcité sont celles d'un juriste républicain convaincu. Tel n'est pas le cas de Maurice Hauriou, qui est beaucoup plus réservé à l'égard des doctrines républicaines.

Après la Séparation, Hauriou abandonne les justifications théoriques qu'il apportait au système concordataire à la fin du XIXe siècle. Dorénavant, il s'attache à inscrire la Séparation dans le cadre de sa théorie du régime d'Etat qu'il perfectionne au début du XXe siècle. Comme Esmein, Hauriou constate l'incompatibilité fondamentale entre les principes de l'Etat laïque et ceux de l'Eglise, et reconnaît que la Séparation marque la victoire de la souveraineté de l'Etat sur les prétentions catholiques. Mais contrairement à Esmein, Hauriou n'est pas un zélateur enthousiaste de l'Etat laïque. Juriste imprégné de philosophie chrétienne², sa présentation des conséquences de la Séparation sur la souveraineté de l'Etat se distingue de l'orthodoxie républicaine représentée par l'auteur des *Eléments*.

Après 1905, le Doyen de Toulouse perfectionne sa théorie élitiste de la souveraineté. Cette dernière n'est pas, comme dans la théorie révolutionnaire réinterprétée par les républicains, une délégation de la puissance publique consentie par la nation à une personne morale dont les compétences sont exercées par des individus. Au contraire, la souveraineté est par nature un pouvoir « *minoritaire* », exercé par les élites. Par sa supériorité sur les autres citoyens et par leurs

¹ Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd, Sirey, 1914, rééd Panthéon-Assas, 2001, p 56-57.

² Sur les sources intellectuelles de l'œuvre d'Hauriou, voir notamment Lucien Sfez, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, BDP, n°71, LGDJ, 1966 ; et Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus Politicum*, n°2, 2009 (www.juspoliticum.com); Julien Barroche, « Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n°28, 2008, p 307-336.

compétences, l'élite du pouvoir minoritaire a *par nature* vocation à exercer le pouvoir d'Etat comprenant l'exercice de la souveraineté. Comme l'explique Hauriou, « *Le pouvoir minoritaire accumulé dans les institutions est un héritage du passé ; c'est un capital de compétences impersonnelles constitué au long des âges aristocratiques, il se conserve et s'accroît par la collaboration constante des élites, sans cesse renouvelées qui participent au jeu des institutions.* »¹. En régime démocratique, la légitimité de cette souveraineté élitiste ne provient pas de la notion abstraite de nation, mais du consentement coutumier du peuple. C'est ce consentement coutumier ou cette « *nationalisation des pouvoirs de gouvernement* » qui assure le contrôle de la nation sur les institutions. Certes, la nation n'est pas le titulaire originaire de la souveraineté, car celle-ci est un produit du pouvoir minoritaire. Mais peu à peu, la nation améliore son contrôle sur les institutions gouvernementales parce que le pouvoir minoritaire consacre de mieux en mieux ses compétences à la satisfaction des besoins de la nation : « *Ce capital de compétences [du pouvoir minoritaire] n'émane donc pas de la nation, mais, sous les régimes de souveraineté nationale, il va vers la nation, parce que celle-ci nationalise progressivement toutes les institutions gouvernementales en s'appropriant tous leurs éléments et qu'ainsi la nation marche vers la propriété des institutions gouvernementales avec leur pouvoir minoritaire et leur compétence technique.* »².

Dans cette doctrine, le peuple relève du pouvoir « *majoritaire* ». Pour assurer la liberté politique qui caractérise les peuples libres, le pouvoir majoritaire doit participer à l'exercice de la souveraineté, par le biais notamment des assemblées parlementaires. Mais il est nécessairement subordonné au pouvoir minoritaire caractéristique du pouvoir exécutif. Ainsi : « *L'indépendance du pouvoir minoritaire du gouvernement doit demeurer la règle et la participation du pouvoir majoritaire doit être l'exception, ce qui conduit à penser que l'initiative des décisions à prendre doit demeurer au pouvoir minoritaire. Sans cette limitation nécessaire de la liberté politique et si les initiatives passaient aux assemblées imprégnées de pouvoir majoritaire, l'Etat se dissoudrait bien vite ; la liberté politique est essentiellement décentralisatrice, au rebours du pouvoir minoritaire, qui est centralisateur ; un excès de liberté politique ferait passer l'Etat de la centralisation au fédéralisme, puis du fédéralisme à l'anarchie et à la décomposition.* »³. La souveraineté nationale est donc composée d'un dosage entre le pouvoir minoritaire et le pouvoir majoritaire qui doit toujours être favorable au pouvoir minoritaire pour préserver la liberté politique. Si le pouvoir majoritaire peut surveiller et contrôler le pouvoir minoritaire, ce dernier définit seul la politique de la nation et prend seul les décisions qui engagent son avenir.

¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p 174.

² Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p 174-175.

³ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p 137-138.

127. Par ailleurs, d'un point de vue historique, le pouvoir d'Etat est travaillé par un mouvement naturel de centralisation et de concentration de la souveraineté¹. Cette tendance explique que l'Etat entre en conflit avec les puissances qui, comme l'Eglise catholique, contestent sa souveraineté : « *L'Eglise est une sorte de vaste Etat international qui dispute aux Etats nationaux une partie de leur population : sans doute, elle ne la leur dispute qu'au point de vue des intérêts religieux, mais les intérêts religieux sont complexes, ils se mêlent étroitement à beaucoup des intérêts de la vie civile, il paraissent à beaucoup d'esprits plus importants que ceux de la vie civile, enfin, l'Eglise ayant l'ambition d'être une société parfaite, est portée à tirer à soi les matières mixtes.* »². Hauriou montre bien que la distinction des pouvoirs spirituel et temporel, forgée pour délimiter les sphères de compétences de l'Eglise et de l'Etat, est en fait incompatible avec la logique de souveraineté de l'Etat moderne. Les intérêts temporels et spirituels sont très souvent imbriqués, leurs frontières sont fondamentalement imprécises, et l'Eglise tend à revendiquer le plus de matières possibles. La séparation du temporel et du spirituel ne peut donc fournir aucun terrain d'entente entre l'Eglise et l'Etat³. Dès lors, conclut Hauriou, le conflit est inévitable et doit conduire à la victoire d'une des deux puissances⁴. Même le Concordat n'est pas susceptible de réduire le hiatus entre les principes de l'Eglise et la souveraineté de l'Etat. Par une argumentation proche de celle d'Esmein, Hauriou

¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p 116 : « Centraliser, cela signifie donc rassembler aux mains du gouvernement central tout ce qu'il existe dans le pays de pouvoir d'Etat, c'est-à-dire de pouvoir politique, et temporel, civil ou militaire, de façon à faire de l'Etat une unité politique, diplomatique, législative, judiciaire, militaire, etc. ».

² Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 459 et s.

³ L'incompatibilité relevée par Hauriou entre la souveraineté de l'Etat et la distinction des pouvoirs spirituel et temporel fait écho aux analyses récentes de la genèse du concept de souveraineté. Olivier Beaud montre ainsi que l'affirmation de la souveraineté moderne, à partir du milieu du XVI^e siècle, comme un pouvoir exclusif de commandement, s'oppose à ce que d'autres puissances que l'Etat, telle que l'Eglise, exercent une souveraineté concurrente. Historiquement, l'Etat a donc conquis sa souveraineté, au sens moderne du terme, à l'issue d'une confrontation avec, entre autre, la puissance de l'Eglise. De plus, au-delà de l'inéluctable conflit entre puissances, la structure conceptuelle de la souveraineté de l'Etat séculière et laïque est incompatible avec la distinction des pouvoirs spirituel et temporel. A la fin du Moyen-âge, et jusqu'à l'époque moderne encore, la nature de la puissance de l'Etat était conçue comme un faisceau de prérogatives précisément déterminées sur des objets particuliers (faire la guerre, nommer les magistrats, battre monnaie, rendre la justice, par exemple) ; la teneur de la souveraineté était donc envisagée d'un point de vue matériel. Au contraire, la souveraineté moderne n'est plus une liste de pouvoirs, mais la faculté de faire et de défaire la loi, quelque soit son objet ; en bref, elle désigne le monopole de la production du droit positif, sur un territoire donné. La souveraineté moderne est donc une notion formelle (elle ne porte plus sur des objets particuliers, mais est une puissance de volonté législative abstraite), et territoriale (l'Etat exerce seul sa souveraineté sur son territoire, ce qui disqualifie l'idée qu'une autorité spirituelle ignorant les frontières nationales puisse concurremment imposer des normes sur le territoire). La distinction des pouvoirs spirituel et temporel est bien sûr incompatible avec ces deux caractères, car elle accorde un certain pouvoir normatif à l'Eglise, qui est une institution étrangère et extérieure à l'Etat, et justifie l'exercice de ce pouvoir normatif sur les matières classées dans le domaine spirituel en méconnaissance du principe d'omnicompétence de l'Etat. A ce sujet, voir Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, 1994 ; et Elsa Forey, *Etat et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Presse universitaires de Strasbourg, 2007, p 121 et s.

⁴ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 461 : « En réalité, l'Eglise catholique et l'Etat moderne ayant une égale prétention à la centralisation absolue, il n'y a guère de terrain pour une entente juridique entre eux. ».

explique ainsi que les concordats n'ont pas pour objet des relations entre Etats, comme les traités internationaux classiques, mais la réglementation négociée d'une liberté publique en faveur d'une partie de la population représentée par une puissance étrangère. « *Le concordat, explique Hauriou, est un pacte que le gouvernement passe avec une partie de ses sujets par l'intermédiaire du Saint-Siège.* »¹ ; Cette situation borne évidemment la souveraineté de l'Etat et consacre une rupture d'égalité entre les citoyens, car elle consiste pour l'Etat à accorder « *des capitulations spéciales à une partie de ses sujets.* »².

128. La Séparation a permis à l'Etat de sortir vainqueur de ce conflit inévitable. Cependant, la réforme n'a pas conduit à la négation par l'Etat laïque de l'existence du Saint-Siège. L'Etat reconnaît toujours la personnalité internationale du Vatican, qui est universellement admise. En revanche : « *Ce qui est un échec, c'est une certaine conception du Saint-Siège en tant que puissance d'Etat, en même temps qu'une certaine conception de l'ambassade au Vatican. Ce que le gouvernement français n'admet plus, c'est d'avoir à traiter avec le pape concernant les affaires religieuses de France comme il traiterait avec une puissance d'Etat ; il refuse d'admettre que la souveraineté de l'Etat français, en ce qui concerne la réglementation temporelle de la religion, puisse subir une limitation provenant d'une souveraineté d'Etat étrangère. Donc, il n'admet plus que le Saint-Siège ait une souveraineté en matière religieuse sur la terre française au sens de la puissance d'Etat.* »³. L'Etat laïque issu de la Séparation est donc logiquement synonyme d'Etat pleinement souverain. L'Eglise n'est plus une autorité reconnue par la loi qui peut concurrencer l'Etat français. Dorénavant, dans le cadre du nouveau droit des cultes, l'Eglise catholique est envisagée comme « *un office international autonome* »⁴ de nature privée. Hauriou compare même le statut du Saint-Siège sous le régime de la Séparation aux multiples institutions internationales qui se développent depuis la fin du XIXe siècle, comme le bureau international des poids et mesures, l'office central des transports internationaux par chemin de fer ou la Cour d'arbitrage de La Haye. C'est dire que si l'Eglise jouit d'une existence juridique certaine dans la société internationale, elle ne peut plus, dans le système de la Séparation, être comparée au type d'existence et de puissance attribué aux Etats. Désormais, l'Eglise ne dispose plus d'aucune autorité légale en France et son

¹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 461-462. A l'occasion des développements qu'il consacre à l'institution contractuelle dans les *Principes de droit public* (p 209 et s), Hauriou évoque la notion de contrats politiques. Les contrats sont politiques lorsque par leur objet, ils créent de l'organisation politique. S'agissant du Concordat, Hauriou considère qu'il a toujours été conçu par l'Etat français comme un contrat politique entre une partie de la population et le gouvernement par l'intermédiaire du Saint-Siège, et, finalement, comme une loi de l'Etat.

² Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 462.

³ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 478.

⁴ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 480.

organisation est connue par l'Etat comme un pur fait, comme l'illustre le mécanisme de l'article 4 relatif à la dévolution des biens des établissements publics du culte aux associations cultuelles.

129. Finalement, en juriste catholique, Hauriou souhaite que la victoire de la souveraineté de l'Etat sur l'Eglise ne mène pas à la disparition de tout esprit chrétien dans l'Etat laïque. A cet égard, il faut noter que parmi les postulats fondamentaux de l'œuvre d'Hauriou, figure l'idée que le régime d'Etat individualiste a besoin de l'appui de l'esprit chrétien¹ ; « *L'Etat moderne a été fait par des chrétiens et pour des chrétiens* »² avance Hauriou. L'Etat, fut-il laïque, ne peut donc se passer de la civilisation chrétienne car elle seule donne la supériorité morale qui permet à l'homme moderne de faire vivre les institutions démocratiques : « *Avant tout, chez les peuples modernes, les énergies morales de l'âme humaine ont été renouvelées par le christianisme. On a affaire à une nouvelle espèce d'homme qui, malgré leurs tares et leurs faiblesses, sont tout de même à un niveau moral supérieur. Il y a plus de sincérité, plus de dignité, plus d'humanité, plus de sentiment de justice, plus de dévouement et de charité et surtout plus d'esprit de sacrifice, plus de ce renoncement à soi-même qui permet la préférence de l'intérêt public au sien propre, plus de cet amour des lois et de la patrie qui est la vertu, ressort de la démocratie.* »³.

Ainsi donc, les contributions d'Esmein et d'Hauriou permettent de saisir l'apport de la Séparation à la théorie de la souveraineté de l'Etat. Terminons en évoquant le débat essentiel sur les liens entre l'Etat laïque et la protection des libertés de conscience et des cultes.

C. – L'articulation entre la neutralité religieuse de l'Etat et les libertés de conscience et des cultes.

130. Pour la majorité de la doctrine, les deux principes posés par le titre 1^{er} de la loi de 1905 sont interdépendants et sont les piliers d'une conception globale du droit des cultes. Un auteur comme Henri Berthélémy adopte une position isolée lorsqu'il développe une présentation minimale de l'Etat laïque, dans laquelle la loi de 1905 n'a que des causes circonstancielles qui tiennent à la confrontation entre les gouvernements républicains et l'Eglise romaine. « *Aussi bien, explique t-il, la lutte entre la République et l'Eglise n'est-elle pas une querelle de principes, mais une querelle de personnes.* »⁴. De même, à rebours du courant dominant, il fait de la laïcité de l'Etat une exigence

¹ Charles Eisenmann, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue Philosophique*, juillet-décembre 1930, p 231-279.

² Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 466.

³ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p 143.

⁴ Henri Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^{ème} éd, Rousseau, 1920, p 267.

« à géométrie variable », qui s'impose pour les services publics qui rentrent dans les attributions *naturelles* de l'Etat, tandis que les services jugés facultatifs peuvent ne pas respecter le principe de laïcité¹.

Au contraire, la plupart des juristes qui abordent la théorie de l'Etat laïque estiment que le nouveau droit des cultes ne se réduit pas à des circonstances politiques mais qu'il répond à des exigences théoriques. De ce point de vue, la doctrine présente la neutralité religieuse de l'Etat posée par l'article 2 de la loi de Séparation comme la condition d'une protection effective des libertés de conscience et des cultes. L'Etat laïque devient donc l'unique garant de ces droits individuels (II.). Le système concordataire est radicalement disqualifié par cette nouvelle approche théorique, ce qui explique l'abandon des thèmes concordataires tels que la distinction des pouvoirs temporel et spirituel, ou la conception restrictive de la liberté de conscience (I.).

I. – L'abandon des thèmes concordataires.

131. Dans la doctrine laïque, le thème de la distinction des pouvoirs temporel et spirituel est abandonné et la conception de la liberté de conscience est profondément renouvelée par rapport à la période concordataire.

Les juristes concordataires concevaient les relations entre les cultes et l'Etat comme des relations institutionnelles de puissance à puissance. Dans le régime de la Séparation, l'Eglise n'est plus une puissance, mais, selon la formule d'Hauriou, un « *office international autonome de nature privée* ». Les citoyens croyants, armés de leurs droits individuels, deviennent les seuls sujets de droit avec lesquels l'Etat entre en contact et ce dernier ne connaît des Eglises ou des autres organisations religieuses qu'à travers le prisme des individus². La Séparation substitue donc un *droit de liberté publique* à un *droit institutionnel*. Comme l'écrit Paul Grunebaum-Ballin, « *La séparation des Eglises et de l'Etat a pour conséquence de faire disparaître l'administration des cultes pour ne laisser subsister que la police des cultes.* »³. La mission de l'Etat laïque consiste alors à régler

¹ Henri Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^{ème} éd, Rousseau, 1920, p 257.

² Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd, Sirey, 1914, rééd Panthéon-Assas, 2001, p 1183 : « *L'Etat, qui ignore les religions et les Eglises, doit, au contraire, connaître et protéger les individus religieux, ceux qui veulent exercer un culte. Pourvu que cet exercice ne trouble pas l'ordre public, il doit légiférer pour leur permettre de se réunir et de se grouper à cet effet, s'ils le croient nécessaire et aussi de réunir les fonds indispensables, si le culte comporte des frais. Mais l'Etat ne règlera ces réunions et ces associations que quant à leur côté extérieur et matériel, qui seul est de son domaine ; il ne voit que des citoyens qui se réunissent ou s'associent et les biens qu'ils peuvent posséder à titre collectif. De là il résulte encore que cette réglementation, la forme d'association, sera nécessairement la même pour tous, soit parce que l'Etat ignore les religions et leurs différences, soit parce que les intérêts matériels, qu'il s'agit seuls de régler, sont toujours les mêmes.* ».

³ Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 91.

l'exercice des libertés de conscience et des cultes avec l'ordre public pour seule limite, comme l'énonce l'article 1^{er} de la loi.

Les libertés publiques innervent désormais tout le droit des cultes. Les libertés de conscience et des cultes disposent d'abord d'une valeur juridique positive en vertu de l'article 1^{er} de la loi de 1905. Au début du XX^e siècle, la doctrine et le juge considèrent qu'une liberté publique n'est pas opposable à l'Etat du simple fait de sa proclamation dans une déclaration de droits ou un texte constitutionnel. Pour acquérir une portée juridique, un droit ou une liberté doivent être organisés par la loi par des dispositions précises qui en délimitent les contours et le régime¹. Or, la liberté de conscience n'est proclamée que par l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, que beaucoup de juristes considèrent au surplus comme dépourvue de valeur juridique. Quant à la liberté des cultes, elle n'est reconnue que par les constitutions qui se sont succédées au XIX^e siècle. Dès lors, la loi de 1905 est le premier texte législatif qui organise vraiment les libertés de conscience et des cultes et insère ces droits individuels dans le droit positif². La loi de Séparation est donc, selon les termes d'Hauriou, « *organique de la liberté de conscience et de la liberté des cultes* ». Ces libertés deviennent, écrit-il, « *des droits individuels aussi déterminés que le droit de propriété ou la liberté du commerce et de l'industrie.* »³. Du point de vue du contentieux administratif, il s'agit dorénavant « *de droits acquis qui rendent recevable le recours pour excès de pouvoir du fait de la violation de la loi.* » ; et « *la préoccupation de la liberté de conscience devient un de ces principes de bonne administration et de morale administrative dont l'administration ne saurait s'écarter sans détournement de pouvoir.* »⁴.

En outre, les libertés religieuses deviennent des standards d'interprétation pour le juge qui doit toujours privilégier la solution favorable aux libertés de conscience et des cultes. A la suite d'Aristide Briand⁵, la doctrine considère ainsi que l'affirmation des libertés de conscience et des

¹ Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd, Sirey, 1914, rééd Panthéon-Assas, 2001, ou Félix Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 8^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1917, p 486.

² Gustave Lhopiteau et Eman Thibaut, *Les Eglises et l'Etat. Commentaire pratique de la loi du 9 décembre 1905 et des décrets règlementant son exécution*, Paris, 1906, p 6.

³ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 469.

⁴ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 474.

⁵ Extrait du rapport présenté à la Chambre : « *Si minutieusement rédigée que soit une loi aussi considérable dont tous les effets doivent être prévus par les dispositions de droit civil, de droit pénal, de droit administratif, elle contient inévitablement des lacunes et soulève des difficultés nombreuses d'interprétations. Le juge saura, grâce à l'article placé en vedette de la réforme, dans quel esprit tous les autres ont été conçus et adoptés. Toutes les fois que l'intérêt de l'ordre public ne pourra être légitimement invoqué dans le silence des textes ou le doute sur leur exacte application, c'est la solution libérale que sera la plus conforme à la pensée du législateur.* » (Aristide Briand, *Rapport n°2302 au nom de la commission relative à la séparation des Eglises et de l'Etat et à la dénonciation du Concordat chargée d'examiner le projet de loi et les diverses propositions de loi concernant la séparation des Eglises et de l'Etat*, Chambre des députés, session de 1905).

cultes par l'article 1^{er} confère à ces dernières une « valeur doctrinale » pour l'interprétation de la loi entière¹.

132. La notion de liberté de conscience devient beaucoup plus compréhensive que dans la doctrine concordataire. Au XIX^e siècle, les juristes avaient tendance à cantonner la liberté de conscience au domaine religieux ; pour l'individu, elle consistait seulement à pouvoir faire un choix entre plusieurs cultes². Dans le contexte de l'Etat laïque, la liberté de conscience recouvre désormais toutes les options spirituelles. Elle protège non seulement la liberté de choix entre plusieurs confessions, mais encore la liberté de ne professer aucun culte ou d'adopter toute autre option métaphysique ; le croyant, l'indifférent, l'athée ou le libre-penseur sont protégés au même titre³. En somme, revenant à l'esprit de l'article 10 de la Déclaration de 1789, la liberté de conscience devient une espèce de la liberté d'opinion. C'est ce que constatent Félix Moreau⁴ ou Léon Duguit, ce dernier expliquant en ce sens : « *Affirmer la liberté religieuse, c'est d'abord affirmer le droit pour quiconque d'exprimer publiquement par la parole ou par l'écrit ses croyances religieuses. Mais la liberté religieuse ainsi comprise se confond avec la liberté d'opinion. Les auteurs de la Déclaration des droits de 1789 le comprenait bien, quand ils disaient : " nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi." Cette expression "même religieuses" montre que dans l'esprit des hommes de 1789 il y avait quelque chose de nouveau dans le respect des opinions religieuses ; mais la nouveauté consistait justement dans l'assimilation des opinions religieuses aux opinions politiques, philosophiques, sociales, artistiques, etc ... La liberté d'exprimer ses croyances religieuses par la parole ou l'écrit ne se distingue donc en rien de la liberté d'opinion en général, et tout ce qui a été dit précédemment sur les libertés de réunion, d'enseignement, de la presse, doit recevoir son application quand les réunions, l'enseignement et la presse ont pour but de propager des croyances religieuses.* »⁵.

¹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 468 ; et Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 14.

² Voir *supra*, n°41 et s. En ce sens, la liberté de conscience se rapprochait de la tolérance, telle que la définit Catherine Kintzler, c'est-à-dire l'organisation de la coexistence pacifique de croyances concrètes, reconnues et situées. Voir Catherine Kintzler, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Vrin, p 20 et s.

³ Voir par exemple les présentations de Gustave Lhopiteau et Eman Thibaut, *Les Eglises et l'Etat. Commentaire pratique de la loi du 9 décembre 1905 et des décrets règlementant son exécution*, Paris, 1906, p 5 et s ; ou de Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925, p 451.

⁴ Félix Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 8^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1917, p 505 : « *La liberté d'opinion extérieure comprend la liberté du culte, la liberté d'enseignement, la liberté de la presse, la liberté de réunion. On peut aussi lui rattacher le droit de pétition.* ».

⁵ Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 1923, rééd Panthéon-Assas, 2007, p 262. Catherine Kintzler explique que cette conception est la seule qui donne toute sa portée à la liberté de conscience : « *Alors que le modèle de la tolérance reste attaché à un réel social qu'il s'agit d'harmoniser, où les communautés religieuses demeurent fondatrices de l'organisation des libertés, où elles peuvent même recevoir un statut politique, la laïcité raisonne au-delà de la prise en compte des forces existantes (ou plus précisément en deça, en posant un*

La liberté de conscience ainsi conçue a un contenu juridique précis qui nécessite une protection rigoureuse. Là encore, la doctrine laïque se démarque de la doctrine concordataire. De nombreux auteurs concordataires avaient une propension à faire de la liberté de conscience une faculté *infra-juridique* relevant du for intérieur, à laquelle la puissance publique n'était pas susceptible de porter atteinte¹. Certains auteurs du début du XXe siècle, tel Duguit, adoptent encore cette position². Mais la majorité de la doctrine reconnaît que la liberté de conscience peut faire l'objet de réelles atteintes par la puissance publique. Un véritable devoir positif pèse donc sur l'Etat pour garantir la liberté de conscience, car, comme le note Joseph Barthélémy, « *L'Etat ne se borne pas à respecter la liberté de conscience, il l'assure.* »³. C'est pourquoi le droit laïque prévoit un régime juridique complet et précis de protection de la liberté de conscience. Comme le notent Hauriou ou Lhopiteau et Thibaut, ce régime se compose en grande partie des lois laïques de la fin du XIXe siècle, et la Séparation parachève sa construction⁴. C'est donc une conception exigeante de la liberté de conscience qui s'impose dans la doctrine de Séparation du début du XXe siècle.

Concluons, pour illustrer cette conception exigeante, en évoquant Jean Carbonnier, qui donne, en 1944, une formulation élégante de l'esprit de la notion républicaine de la liberté de conscience. Dans une note au *Recueil Dalloz*, il commente un arrêt *Ferrand* du Conseil d'Etat du 9 juillet 1943 annulant un arrêté préfectoral – pris en application du statut des juifs – prévoyant que les fiches d'hôtel remplies à l'époque par les voyageurs doivent comporter une question sur la religion du client. Réfutant les théories qui donnent à la liberté de conscience une portée minimale et postulent qu'elle ne peut que rarement être méconnue par l'Etat, Carbonnier propose une version étendue de

espace abstrait et fictif), en termes de conditions de possibilité a priori. La liberté y est envisagée par principe et de manière purement formelle, sans recevoir de contenu, et non comme le motif et l'effet de la juxtaposition réglée des différentes options de croyance et d'incroyance. ». La liberté religieuse, ou des cultes, n'est ainsi qu'une espèce de la catégorie plus large de la liberté de conscience : « *assurer simplement la liberté religieuse, c'eût été exclure non seulement les incroyances comme courants de pensée [...], mais aussi et surtout l'incroyance comme forme. En revanche, la liberté de conscience suppose l'infinité des options y compris le refus de toute option, et la poser en principe c'est écarter ipso facto l'idée que la croyance est nécessaire pour former l'association politique.* » (Catherine Kintzler, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Vrin, p 21).

¹ Par exemple : Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome III, Cotillon, 1862, p 6-7, et *supra*, n°42. Néanmoins, il n'y a pas unanimité sur ce point, comme le montrent les explications d'Hauriou et du *Répertoire Béquet* à la fin du XIXe siècle.

² Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925, p 451 : « *La liberté de conscience [...] échappe forcément et naturellement aux atteintes du législateur, comme la liberté de penser proprement dite. Ni en droit ni en fait le législateur ne peut pénétrer dans l'intérieur des consciences individuelles et leur imposer une obligation ou une prohibition quelconque. Pas plus que la liberté de penser, la liberté de conscience proprement dite n'a besoin d'être affirmée en droit.* ».

³ Joseph Barthélémy, *Précis de droit public*, Dalloz, 1937, rééd Dalloz, 2006, p 233. Voir aussi Gustave Lhopiteau et Eman Thibaut, *Les Eglises et l'Etat. Commentaire pratique de la loi du 9 décembre 1905 et des décrets réglementant son exécution*, Paris, 1906 ; et Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 470 et s.

⁴ Gustave Lhopiteau et Eman Thibaut, *Les Eglises et l'Etat. Commentaire pratique de la loi du 9 décembre 1905 et des décrets réglementant son exécution*, Paris, 1906 ; et Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 470 et s.

la liberté de conscience : « *Ce n'est pas seulement contre les pressions, écrit Carbonnier, c'est contre les indiscretions d'autrui que la liberté de conscience réclame une protection juridique. Ce n'est pas seulement l'autonomie, c'est le secret de la conscience qui doit être préservé.* ». En ce sens, la liberté de conscience « *n'implique pas seulement le droit de choisir sa religion ou son irrégion, mais aussi le droit de garder son choix secret ; bien mieux, le droit de retarder indéfiniment, devant sa conscience même, le moment redoutable de choisir.* »¹.

II. – L'Etat laïque, unique garant des libertés de conscience et des cultes.

133. Le passage d'un droit institutionnel à un droit de liberté publique et l'approfondissement des implications de la liberté de conscience rendent obsolète la dogmatique du système des cultes reconnus. Désormais, seul l'Etat laïque peut être conçu comme un garant sérieux et efficace des libertés de conscience et des cultes. Après avoir présenté les principes généraux de la théorie juridique de l'Etat laïque sur ce point (a.), nous aborderons les exemples de deux doctrines particulières, celle de Léon Duguit (b.) et celle de Maurice Hauriou (c.).

a. – Les principes généraux.

134. Si l'Etat laïque peut seul garantir les libertés de conscience et des cultes, c'est en raison de la spécificité des « besoins spirituels ». Ce postulat conduit à faire de la neutralité religieuse de l'Etat un élément central de la théorie de l'Etat laïque.

Nous avons vu que la dogmatique juridique concordataire justifie l'existence du service public des cultes par l'idée de l'utilité sociale de la religion et n'aperçoit aucune contradiction entre la reconnaissance de certaines confessions et la protection des libertés de conscience et des cultes². Le culte, avancent les théoriciens concordataires et les juristes catholiques, est un besoin général comme tous les autres dont, sans doute, tous les citoyens ne sont pas des usagers, mais qui doit

¹ Jean Carbonnier, note sous CE, 9 juillet 1943, *Ferrand, D.*, 1944, J., p 160. Le Conseil d'Etat n'a pas annulé l'arrêté préfectoral pour violation de la liberté de conscience, mais pour méconnaissance du principe de proportionnalité imposé aux mesures de police : en prévoyant une question sur la religion en général, le préfet n'a pas pris une mesure adéquate à la mise en œuvre du statut des juifs. La question aurait donc dû se limiter, aux yeux du Conseil d'Etat, à demander au client s'il est ou non juif. Cette timidité du juge administratif à l'égard de la liberté de conscience, que la mesure violait sans doute possible, motive l'argumentation de Carbonnier en faveur d'une conception exigeante de ce droit individuel. Du reste, malgré un ton très neutre et nuancé, la note laisse transparaître une réticence certaine de l'auteur à l'égard de la législation antisémite et du régime de Vichy. Il considère par exemple que « *malgré les vicissitudes politiques* », la Déclaration des droits de 1789, notamment son article 10, doit être considérée comme toujours en vigueur.

² Voir *supra*, n°45 et s.

bénéficier d'un soutien de l'Etat en raison de son caractère d'intérêt général et du principe de solidarité qui commande que chacun contribue, par l'impôt, au financement de services auxquels il n'aura pas nécessairement l'occasion ou l'envie d'avoir recours¹.

Les théoriciens de la Séparation désavouent ces raisonnements et considèrent que l'existence même d'un service public des cultes méconnaît la liberté de conscience. En effet, le culte ne peut être assimilé aux *besoins matériels* qui sont organisés en services publics. Contrairement aux services de l'électricité, du gaz ou des transports, le culte touche à des questions de conscience et concerne les caractères profonds de l'individu. Il y a ainsi une spécificité du service des cultes au regard de la liberté de conscience, en ce sens que la reconnaissance et le financement publics de certains cultes froissent les convictions des citoyens qui ne pratiquent pas ou qui rejettent ces confessions sur la base de croyances métaphysiques différentes, ce qui n'est pas le cas s'agissant des prestations matérielles assurées par l'Etat. Paul Grunebaum-Ballin écrit ainsi : « *Voici des citoyens qui s'affirment lésés parce que les ressources publiques, dont ils ont fourni leur part, sont employées à subventionner des cultes, des dogmes contraires aux opinions qu'eux-mêmes entendent professer et répandre ; des écrivains, des orateurs ont éloquemment appuyé leurs protestations au nom de la liberté de conscience : ce sont là des faits incontestables. Où sont donc les citoyens qui ne peuvent et ne veulent profiter en aucune manière des chemins de fer et des canaux construits aux frais de l'Etat et servant à tous, dans une mesure plus ou moins grande, à l'utilité commune ? Où sont les citoyens hostiles ou indifférents à ces modes de transport ? Y en a-t-il jamais eu qui se déclarent lésés, et se plaignent d'une atteinte portée par ces dépenses publiques à la liberté d'aller à pied ?* »². Dans la théorie de l'Etat laïque, il existe donc une distinction fondamentale, ignorée par la doctrine concordataire, entre *les besoins spirituels* et *les besoins matériels*. Dès que l'Etat s'aventure dans le domaine spirituel ou intellectuel en vue de créer un service public, il risque de méconnaître la liberté de conscience, y compris lorsque l'Etat ne prétend envisager le culte, comme dans le système concordataire, que du point de vue de son utilité sociale. C'est ainsi, comme le note Paul Bureau, que l'Etat laïque doit demeurer étranger « *non pas seulement à la valeur philosophique ou doctrinale de l'enseignement donné par les différentes religions, mais même à la valeur morale et sociale de cet enseignement.* »³. Ce nouvel axiome ne signifie pas que l'Etat nie la valeur de telle ou telle religion, mais qu'il s'interdit de se prononcer sur cette question⁴. Puisque l'Etat ne se

¹ Voir les arguments anti-séparatistes des juristes catholiques, *supra*, n°98 et s.

² Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 18 et s.

³ Paul Bureau, *Quinze ans de séparation, étude sociale documentaire sur la loi du 9 décembre 1905*, Bloud et Gay, 1921, p 13.

⁴ Catherine Kintzler, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Vrin, 2007.

prononce plus sur l'utilité sociale de la religion, celle-ci ne peut plus être considérée comme une activité d'intérêt général. Dès lors, les cultes ne peuvent plus bénéficier des subsides de l'Etat.

135. Aussi bien, seul l'Etat laïque consacré par la Séparation est à même de garantir la liberté de conscience méconnue par l'existence d'un service public des cultes. L'absence de reconnaissance officielle des religions et le principe de neutralité à l'égard de tous les cultes permettent à l'Etat de ne pas s'immiscer dans l'ordre spirituel en violant les droits individuels. L'Etat laïque se fonde donc sur « l'inévidence » des croyances et des visions du monde. Dans une nation démocratique, la puissance publique ne peut imposer l'uniformité des croyances métaphysiques ; au contraire, le développement des mœurs démocratiques conduit à la diversification des opinions et des options philosophiques. Dans ce contexte, la garantie effective de la liberté de conscience impose à l'Etat de ne donner sa préférence à aucun système de croyance. En définitive, l'Etat laïque se définit, selon les termes éclairants de Grunebaum-Ballin, comme une société « *dont la majorité des membres, ayant reconnu l'irréductible antagonisme des opinions individuelles dans l'ordre religieux et métaphysique, s'est résolue à régler les rapports des citoyens entre eux et de la collectivité avec chacun d'eux, en faisant abstraction des croyances religieuses et des convictions philosophiques, ou, en d'autres termes, à établir son droit privé et son droit public sur des bases non-confessionnelles.* »¹.

Ainsi donc, dans la nouvelle doctrine juridique sur les cultes, l'Etat laïque devient l'unique forme juridique qui puisse efficacement assurer la protection des libertés de conscience et des cultes. Le système concordataire est disqualifié et n'est plus une option parmi d'autres pour régler dans un régime démocratique les rapports entre les cultes et l'Etat.

136. La doctrine souligne aussi que seul l'Etat laïque permet une *égale jouissance* des libertés de conscience et des cultes. D'une manière générale, les publicistes insistent depuis longtemps sur l'importance de l'égalité en droits dans le droit français des libertés publiques. L'égale jouissance des droits individuels est présentée comme la condition d'une liberté véritable². En matière de culte, l'exigence d'égalité est particulièrement aiguë. Le fonctionnement du système concordataire

¹ Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 18 et s. Dans un autres ouvrage plus engagé, Paul Grunebaum-Ballin et Henri Lévy-Ullmann affirment que la Séparation a été une œuvre de libération pour les fidèles, le clergé et les libres-penseurs, une œuvre de raison et de vérité et, enfin, une œuvre de paix sociale et universelle (Paul Grunebaum-Ballin et Henri Lévy-Ullmann, *La séparation des Eglises et de l'Etat*, Comité de propagande laïque, 1906).

² Voir les analyses de Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome I, 6^{ème} éd, Ernest Torin, 1881 ; Félix Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 8^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1917 ; ou Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd, Sirey, 1914, rééd Panthéon-Assas, 2001, qui présentent l'égalité comme un principe inspirant tout le droit public.

démontre en effet que les ruptures d'égalité retirent toute effectivité à la liberté des cultes. D'abord, l'égalité est rompue par la reconnaissance de certains cultes qui seuls bénéficient d'avantages matériels et juridiques. De plus, en conférant un caractère officiel à certaines confessions, en réservant à celles-ci un traitement avantageux, le système concordataire froisse la conscience des individus qui ne professent pas un des cultes reconnus ou qui ne professent aucun culte. La rupture d'égalité est au cœur de la non-compatibilité du système concordataire avec la liberté religieuse¹. Sous le régime de la Séparation, c'est le principe de neutralité, affirmé par l'article 2 de la loi de 1905, qui permet de garantir cette égalité. Dans la théorie de l'Etat laïque, la neutralité de l'Etat est une condition de la liberté des cultes. En ce sens, Gustave Lhopiteau et Eman Thibaut expliquent par exemple : « *L'article 2 proclame le principe de la laïcité de l'Etat et celui de l'égalité des cultes ; et, à ce point de vue, on peut dire qu'il est une conséquence nécessaire de l'article 1^{er} ; car sans l'égalité des cultes et la laïcité de l'Etat, il n'y aurait pas véritablement liberté des cultes et liberté de conscience.* »².

La neutralité confessionnelle de l'Etat est donc au centre du dispositif de la Séparation et apparaît à beaucoup d'auteurs comme la caractéristique essentielle de l'Etat laïque. La mise en avant de la neutralité amène certains juristes à en préciser la portée. Il est vrai que chez certains courants politiques, comme les socialistes ou une partie des radicaux, la neutralité est interprétée comme une ignorance absolue du fait religieux par l'Etat³. Contre cette conception, une partie de la doctrine souligne que si l'Etat laïque ne *reconnaît* plus les cultes, au sens du système des cultes reconnus, comme une institution officielle associée à la puissance publique, il ne s'interdit pas de les *connaître* comme un *fait social* parmi d'autres qu'il convient de régler, au titre de la police administrative par exemple⁴. Raymond Saleilles définit ainsi la véritable signification du principe de neutralité : « *Tout ce que l'on veut dire lorsque l'on parle de séparation, c'est que l'Eglise doit cesser d'être une institution publique, plus ou moins agrégée aux services généraux qui dépendent de l'Etat. Elle n'est plus qu'une grande institution privée. Voilà tout ce que l'on veut dire. Ses ministres ne recevront plus de traitement de l'Etat, ils ne formeront plus un corps officiel, reconnu*

¹ Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905 ; et les réflexions d'Edouard de Laboulaye, ou de Prévost-Paradol, « De la liberté des cultes en France », *R.D.M.*, 1858, p 342-366 ; et Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, Paris, 1868.

² Gustave Lhopiteau et Eman Thibaut, *Les Eglises et l'Etat. Commentaire pratique de la loi du 9 décembre 1905 et des décrets réglant son exécution*, Paris, 1906, p 13. Le raisonnement est aussi énoncé par Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905 ; ou par Léon Duguît, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925.

³ Paul Bureau, *Quinze ans de séparation, étude sociale documentaire sur la loi du 9 décembre 1905*, Bloud et Gay, 1921, p 15 et s ; et Jean-Paul Scot, *L'Etat chez lui, l'Eglise chez elle, comprendre la loi de 1905*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2005.

⁴ Joseph Barthélémy explique que le principe de neutralité ou de non-reconnaissance ne signifie pas que le culte devient illicite et que l'Etat ne connaît plus les cultes (Joseph Barthélémy, *Précis de droit public*, Dalloz, 1937, rééd Dalloz, 2006, p 234 et s).

comme tel par la loi française. Voilà le régime de la Séparation. C'est tout cela ; mais ce n'est que cela. »¹. De même, Georges Lagrésille précise : « L'Etat laïque est celui qui ne reconnaît spécialement aucun culte, mais qui accorde à chacun d'eux la liberté. "Toutes les Eglises libres dans l'Etat neutre" : voilà la formule dans laquelle nous résumons notre définition. [...] Qu'est-ce à dire, sinon simplement que l'Etat ne pratique plus aucune religion, et n'en reconnaît aucune officiellement en vue de la protéger : c'est l'Etat areligieux ; mais, par cela même qu'il n'est pas et n'a pas le droit d'être antireligieux, il accorde à toutes les confessions religieuses, pour la pratique de leur culte, la même liberté ; et, de ce qu'il règlemente l'exercice de cette liberté, il résulte forcément que, s'il ne reconnaît pas les diverses confessions religieuses, il ne laisse pas pour cela de les connaître. »².

b. – L'exemple de la théorie sociologique de la Séparation de Duguit.

137. Dans le cadre de sa théorie du droit d'inspiration sociologique, Léon Duguit reformule assez fidèlement les grandes articulations de la théorie juridique de l'Etat laïque. On sait que tous les efforts théoriques de Duguit sont consacrés à la fondation du droit sur des bases strictement factuelles et sociologiques³. C'est ainsi que Duguit repousse toute idée d'un fondement transcendant ou *a priori* à la règle de droit, comme l'idée de droit subjectif par exemple. La règle de droit trouve plutôt sa validité dans le fait de l'interdépendance sociale ou de la *solidarité sociale*⁴ ; Duguit y ajoute le sentiment de justice, ce qui rapproche son raisonnement d'une forme de droit naturel et introduit une contradiction avec ses postulats de départ⁵. Il reste que la notion de solidarité sociale est centrale dans le système du Doyen de Bordeaux. Il ne s'agit pas d'un principe abstrait mais d'un phénomène, d'un fait social que le juriste doit simplement constater pour dégager le contenu du *droit objectif* qui doit être transcrit par la *loi positive*. Pour qu'une norme sociale soit juridique, il faut que la majorité des membres de la société considère la règle comme obligatoire et qu'une réaction se produise dans le groupe social lorsque la règle est violée. Le droit objectif n'est donc pas le résultat de la volonté des gouvernants, mais préexiste à l'Etat. Le droit objectif s'impose à l'Etat

¹ Raymond Saleilles, « Le régime juridique de la Séparation », *R.I.C.*, 1907, p 185-208, p 188.

² Georges Lagrésille, « La sottise laïcité », *R.I.C.*, 1912, p 259-268, p 264.

³ Evelyne Pisier-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, LGDJ, 1972, p 81 et s ; Stéphane Pinon, « Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante », *R.D.P.*, 2010, p 523.

⁴ Léon Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901, p 87 : « Ainsi nous apercevons déjà que la conscience de la solidarité sociale implique la notion d'une double règle de conduite : obligation pour tout individu de respecter tout acte de volonté individuelle, déterminé par un but de solidarité sociale, obligation pour tout individu de ne faire aucun acte de volonté déterminé par un but non conforme à la solidarité sociale. ». Voir aussi Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Tome I, 3^{ème} éd, De Boccard, 1927.

⁵ Evelyne Pisier-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, LGDJ, 1972, p 95.

comme il s'impose aux simples particuliers. Plus précisément, il s'impose aux citoyens d'une part, et aux individus qui disposent du pouvoir de la contrainte matérielle d'autre part, ce fait social étant le seul critère de reconnaissance des gouvernants. La solidarité sociale ne fonde pas seulement la règle de droit, elle justifie en outre la notion de service public. En effet, l'Etat doit prendre en charge toute activité qui réalise la solidarité sociale et qui ne peut être complètement mise en œuvre que par l'intervention de la puissance publique¹. S'inspirant d'Emile Durkheim, Duguit isole deux types de solidarité desquels la règle de droit ou le service public peuvent être dérivés. Il y a d'abord la *solidarité par similitude* qui désigne les sentiments communs, les habitudes et les besoins communs des hommes². La solidarité par similitude est complétée par la *solidarité par division du travail* ; la notion recouvre les différences de pensées, d'aptitudes, de besoins ou de compétences entre les hommes, qui ne cessent de s'accroître au cours de l'évolution sociale. Ces différences font naître le sentiment de l'interdépendance et de l'échange. Par l'échange de services, les hommes assurent la satisfaction de leurs besoins de plus en plus divers et, ce faisant, assurent le progrès de la civilisation³.

138. Raisonnant sur la Séparation à partir de ce système théorique, Duguit affirme que la disparition du régime concordataire était inéluctable, pour deux raisons. Dans un premier temps, le système des cultes reconnus n'était plus conforme à l'état de la solidarité sociale au sein de la nation française⁴. En effet, la religion recouvre des pensées et sentiments communs qui relèvent de la solidarité par similitude. Or, constate Duguit, la religion n'est plus, dans la France du XXe siècle, un élément de cette solidarité. En effet, les options religieuses sont devenues très variées et ne sont plus susceptibles de fonder des habitudes communes ; de plus, le culte n'est plus un besoin absolument général et est largement considéré comme une affaire privée. Dès lors, l'Etat ne pouvait assurer la charge d'un service public qui ne trouvait plus aucun fondement dans le sentiment de la solidarité sociale. La Séparation était donc nécessaire car la religion n'étant plus un élément de la solidarité par similitude, seul l'Etat laïque et neutre peut désormais garantir la liberté de conscience. Finalement, Duguit rejoint, par le détour de son raisonnement sociologique, les conclusions de Paul Grunbaum-Ballin. Il affirme ainsi que le système concordataire était essentiellement contraire à la liberté religieuse et estime que l'Etat laïque s'impose car le service public des cultes est par nature

¹ Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913.

² Léon Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901, p 40 : « *Les hommes se conçoivent solidaire les uns des autres, parce qu'ils ont les mêmes besoins, parce qu'ils veulent par suite les mêmes choses et comprennent qu'ils ne peuvent arriver au moindre mal que par la vie collective. Cette première forme de solidarité sociale, nous l'appelons la solidarité par similitude.* ».

³ Léon Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901, p 47.

⁴ Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 1923, rééd Panthéon-Assas, 2007, p 268 et s.

une atteinte à la liberté de conscience¹. C'est pourquoi « *La conscience moderne est arrivée à la notion de l'Etat laïque, c'est-à-dire d'un Etat absolument neutre en matière religieuse, qui en tant qu'Etat ne professe aucun culte, dont les chefs et les agents peuvent pratiquer la religion qui leur plait, mais qui comme Etat n'en reconnaît aucune.* »².

139. Dans un second temps, et fidèle à sa démarche sociologique, Duguit impute l'inéluctable disparition du système concordataire à l'évolution des structures et des doctrines de l'Eglise. Le XIXe siècle est marqué par la montée de l'ultramontanisme et la centralisation du pouvoir au sein de l'Eglise. Cette centralisation est particulièrement illustrée par la proclamation du dogme de l'infaillibilité pontificale lors du concile Vatican de 1870. Cette concentration du pouvoir entre les mains du pape implique nécessairement l'illégitimité des Eglises nationales qui, comme l'Eglise gallicane, prétendent à une certaine autonomie³. Or, le régime concordataire supposait l'existence de l'Eglise gallicane et était directement contraire à la volonté de puissance de l'Eglise universelle, car il confiait de larges pouvoirs d'intervention et de contrôle à l'Etat, amoindrissant les liens de l'Eglise de France avec le Saint-Siège⁴. Par conséquent, la tendance à la centralisation et à la concentration des pouvoirs à l'œuvre au sein de l'Eglise universelle conduisait nécessairement à la contestation, puis à la disparition du système concordataire, au profit de la Séparation⁵.

140. D'un point de vue juridique, Duguit explique et approuve le principe de la Séparation ; il nuance cependant son acceptation en distinguant le point de vue théorique et le point de vue politique : il admet ainsi que le système concordataire était essentiellement contraire à la liberté religieuse, tout en doutant de l'opportunité politique de la Séparation, qui devait nécessairement se heurter à la puissance de l'Eglise⁶.

Par ailleurs, s'il conclut que les dispositions de la loi mettent largement en œuvre la liberté religieuse, Duguit n'accepte pas en bloc toutes les dispositions de la réforme et émet des critiques de

¹ Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 1923, rééd Panthéon-Assas, 2007, p 267-268. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925, p 495 et s.

² Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925, p 498.

³ Le concile œcuménique est déclaré supérieur au pape et le chef de l'Etat français est en quelque sorte le patron et le protecteur de l'Eglise gallicane.

⁴ Léon Duguit, *Le régime du culte catholique antérieur à la séparation et les causes juridiques de la séparation*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1907. Selon Duguit, le régime concordataire réunissait trois caractéristiques incompatibles avec la doctrine centralisatrice du Vatican : « 1° *La religion catholique était la religion officielle de l'Etat français ; 2° La religion catholique française, tout en restant unie à l'Eglise catholique universelle, dont le chef est le pontife romain, formait une église nationale au gouvernement de laquelle était directement associée l'autorité civile ; 3° Le culte catholique était un service public de l'Etat français.* ». Voir aussi Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925, p 497 et s.

⁵ Léon Duguit, *Le régime du culte catholique antérieur à la séparation et les causes juridiques de la séparation*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1907.

⁶ Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 1923, rééd Panthéon-Assas, 2007, p 268 et s.

détail sur certaines « *tracasseries administratives* » relatives au régime financier des associations culturelles¹ et, surtout, il estime que le droit des cultes issu de la Séparation ne respecte pas complètement la liberté religieuse car il ne reconnaît pas le droit de fondation qui seul permettrait aux différentes religions de se procurer les ressources indispensables au libre exercice du culte².

c. – Une approche « hétérodoxe » de l'Etat laïque : la Séparation imparfaite selon Hauriou.

141. La contribution de Maurice Hauriou à la théorie de l'Etat laïque est difficile à classer. Elle n'est pas anti-séparatiste et ne peut dès lors être assimilée aux écrits des juristes catholiques entransigeants. Mais dans le même temps, la doctrine d'Hauriou s'écarte sur plusieurs points des théorisations qui ont été abordées dans les développements qui précèdent. En fait, la doctrine du doyen de Toulouse se démarque en ce qu'elle présente la Séparation comme un processus imparfait, inachevé.

Après 1905, Hauriou ne reprend pas les arguments anti-séparatistes développés en 1900. Il propose une théorie originale de la Séparation qu'il développe principalement dans ses *Principes de droit public*. La Séparation est traitée dans le cadre de sa théorie du régime d'Etat et du régime civil. Le régime d'Etat désigne d'une manière générale le pouvoir politique et la souveraineté de l'Etat, dont nous avons vu plus haut quelle conception Hauriou développe. Le régime d'Etat a pour finalité la réalisation du régime civil, aussi appelé *constitution sociale* dans le *Précis de droit constitutionnel*. Le régime civil représente l'ensemble des libertés publiques dont jouissent les individus et qui permettent à ces derniers de développer leurs facultés, mais Hauriou vise essentiellement les libertés économiques : la propriété, la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté individuelle en général sont la pierre angulaire du régime civil. Celui-ci est ainsi défini comme « *Le régime de liberté et d'égalité institué par l'organisme politique afin que l'automatisme de la société économique puisse jouer à l'intérieur de l'Etat.* »³. Les réalités économiques revêtent donc un rôle prépondérant dans l'analyse des buts de l'Etat : rendre possible l'échange, organiser les marchés, permettre aux individus de mener une activité économique riche qui favorise l'accession aux classes sociales supérieures, voilà la finalité du régime d'Etat.

¹ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925, p 523.

² Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925, p 592. Voir aussi la défense des fondations par Duguit dans le cadre de sa théorie du droit objectiviste ; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome I, 3^{ème} éd, De Boccard, 1927, p 510 et s.

³ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 470 et s.

Pour assurer l'autonomie et la suprématie de ce « régime civil économique », Hauriou postule la nécessité d'un certain nombre de « séparations » qui instaurent des équilibres entre différents éléments de la société¹. Il énumère ainsi la séparation du pouvoir politique et du pouvoir économique, la séparation du pouvoir militaire et du pouvoir civil, la séparation de l'individu et de l'Etat et, enfin, la séparation du pouvoir religieux et du pouvoir civil dont la loi de 1905 est une modalité.

Il existe chez Hauriou une solution de continuité entre le système concordataire et la loi de Séparation. Ainsi, le Concordat organise une « séparation mitigée », abandonnant le régime de la religion d'Etat et tendant à la formation d'Eglises nationales. Pour sa part, la loi de 1905 consacre une séparation plus complète des pouvoirs civil et religieux mais qui n'est pas encore absolue. La Séparation de 1905 ne représente donc pas une rupture radicale par rapport au système concordataire, mais simplement une différence de degré².

Cette analyse est étayée selon Hauriou par le nouveau statut du culte sous l'empire de la loi de 1905. Selon lui, le culte n'y est pas vraiment soumis au droit commun impliquant l'absence totale d'intervention de l'Etat. Certes, le culte n'est plus un service public ; il demeure néanmoins un « service d'intérêt public » : « C'est qu'en effet, dans le système de la loi, [...] il subsiste un service d'intérêt public et cela reste vrai pour les cultes protestants et israélites. Des édifices du culte restent affectés à l'exercice du culte ; les biens des établissements du culte transmis aux associations cultuelles continuent d'être affectés à l'exercice du culte ; les établissements publics du culte disparaissent, mais ils sont remplacés par les associations cultuelles douées d'une capacité spéciale, et qui ont pour fonction d'assurer l'exercice du culte. Or, il s'agit en principe d'un exercice régulier du culte public et c'est pour cet exercice régulier que les associations cultuelles sont organisées, que les biens des établissements leur sont dévolus, que les édifices du culte leur

¹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 438 : « C'est-à-dire, qu'il semble qu'elles soient pour assurer la suprématie de la vie civile sur toutes les autres formes de vie qui, après tout, seraient possibles. ».

² Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 460 et p 486 : « On se tromperait singulièrement si l'on croyait complète la séparation opérée par la loi du 9 décembre 1905, entre l'Etat et les Eglises. Elle l'eut été si, après avoir supprimé le service et le budget des cultes, le législateur eût laissé les communautés de fidèles s'organiser sous le droit commun des associations et s'il eût considéré le service des cultes comme constituant désormais une affaire purement privée ; avec une dotation conférée une fois pour toute en pleine et perpétuelle propriété, ou sans dotation aucune, les Eglises se seraient reconstituées par leurs propres moyens, et en pleine liberté. [...] Pour des raisons multiples, parce que l'on ne voulait pas fermer les édifices du culte et que, cependant, on ne voulait pas non plus abandonner aux Eglises la propriété incommutable, pas plus que celle des biens de fabrique ou autres établissements ; parce qu'on ne voulait pas renoncer à toute police spéciale, parce qu'on avait peur des accroissements de la mainmorte ; peut-être aussi par atavisme, par impossibilité d'imaginer un régime d'indépendance complète de deux organismes si longtemps liés l'un à l'autre, on s'est arrêté à un système transactionnel, qui n'est plus l'union intime de l'Eglise et de l'Etat dans le service public des cultes, mais qui est encore la collaboration de l'Etat et des Eglises à un service d'intérêt public. ». Ainsi, Hauriou s'écarte nettement de Saleilles qui estime que le prétendu droit commun n'était pas apte à servir de base à la Séparation et à garantir la liberté des cultes, voir *supra*, n° 113.

sont concédés. Si la législation maintient et impose un exercice régulier du culte comme charge de la dotation qu'elle laisse aux associations cultuelles, c'est bien que le culte public régulier, dans sa pensée, demeurera un service d'intérêt public ou d'intérêt général, service facultatif à la vérité, mais auquel s'il est organisé, l'Etat entend contribuer par une dotation et qu'il entend surveiller. »¹.

La majorité de la doctrine considère que les dispositions évoquées par Hauriou ont pour but de régler la liberté des cultes et de prendre en compte les droits acquis résultant du long passé concordataire. Mais pour le Doyen de Toulouse, ces règles ont pour objectif de créer un *service d'intérêt public* auquel l'Etat apporte un soutien matériel (en accordant la jouissance des édifices du culte) et largement placé sous la tutelle de l'Etat. Dans ce cadre, le culte ne quitte pas complètement le giron du service public. Hauriou compare ainsi les cultes aux multiples activités gérées par les personnes privées, comme les sociétés de secours mutuels, qui concourent à l'intérêt général par une forme « *d'administration spontanée* » et que l'Etat règlemente fortement à ce titre². Dès lors, dans la vision d'Hauriou, la loi de 1905 ne consacre pas une séparation complète des liens entre les cultes et l'Etat et n'aboutit pas à une disparition radicale du service public des cultes.

142. Par ailleurs, Hauriou n'établit pas une relation claire entre la neutralité de l'Etat, la non-reconnaissance des cultes et la protection des libertés de conscience et des cultes. Abordant l'article 2 de la loi, il constate à regret que l'obligation de ne pas reconnaître et de ne pas salarier s'applique aussi bien à l'Etat qu'aux collectivités locales. Pour la doctrine majoritaire, cette règle s'impose car la non-reconnaissance et la neutralité sont les conditions d'une garantie effective des libertés de conscience et des cultes ; l'article 2 doit donc s'appliquer sur tout le territoire et à toutes les collectivités publiques, faute de quoi la liberté religieuse sera incomplètement protégée. Hauriou ne semble pas partager ce raisonnement. Il invoque les libertés locales accordées notamment par la loi du 5 avril 1884 et estime que les règles de non-reconnaissance et de non-subventionnement sont une restriction à la liberté des collectivités locales, une « *servitude administrative* » que l'Etat leur impose en méconnaissance de l'autonomie instituée par la décentralisation administrative³.

143. Hauriou critique encore la loi de 1905 sur deux points principaux. Il semble d'abord souscrire à la thèse pontificale selon laquelle les associations cultuelles méconnaissent les règles d'organisation

¹ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 486-487.

² Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 488.

³ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1916, p 475. Voir aussi note sous CE, 10 novembre 1911, *Commune de Saint-Blancard, S.*, 1912, III, p 1 et s.

de l'Eglise¹. La loi consacre selon lui une conception « *presbytérienne-synodale* » contraire à la hiérarchie de l'Eglise catholique.

En outre, les dispositions sur les associations cultuelles et sur l'attribution des biens des établissements du culte sont jugées inconstitutionnelles par Hauriou, en tant qu'elles sont contraires au droit de propriété². L'argument d'inconstitutionnalité est du reste fortement guidé par les positions politiques du Doyen de Toulouse car celui-ci se demande pourquoi le gouvernement, qui a adopté les dispositions incriminées de la loi de 1905 par méfiance envers l'Eglise et les congrégations, n'a pas usé des mêmes procédés liberticides envers les communistes qui, selon Hauriou, menacent l'Etat d'une manière bien plus aiguë que le clergé³.

Conclusion du titre I.

144. A l'heure d'appliquer la loi de Séparation, le juge administratif est face à une notion dont l'élaboration philosophique et politique remonte au début du XIXe siècle, mais dont la formulation juridique est récente. Dans le monde du droit, la Séparation est une nouveauté.

Le nouveau modèle se distingue fortement de la tradition concordataire et des cultes reconnus qui a dominé le XIXe siècle. Cette tradition juridique est fondée sur une conception institutionnelle des rapports entre l'Etat et les religions ; elle accorde une valeur morale à la pratique des cultes et entend mettre les confessions reconnues au service de l'intérêt général. Au contraire, le régime de séparation des Eglises et de l'Etat, tel qu'il est explicité par la doctrine, institue un Etat laïque qui aborde la question de ses relations avec les cultes sous le seul angle des libertés publiques. En ce sens, la Séparation tend à exclure les questions religieuses de l'exercice de la souveraineté étatique et des références obligées de la vie en commun des citoyens, achevant ainsi un mouvement de laïcisation de la politique et du droit dont on peut dater la naissance dans la pensée politique au XVIe siècle⁴.

145. La tâche du juge s'annonce donc comme éminemment créatrice, puisqu'il faut préciser et compléter des notions et références juridiques nouvelles définies par le législateur. A cet égard, le juge administratif peut compter sur la collaboration d'une partie de la doctrine qui s'attache à

¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 12^{ème} éd, Sirey, 1933, rééd Dalloz, 2002, p 643

² Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, Sirey, 1929, p 291.

³ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, Sirey, 1929, p 290.

⁴ Marcel Gauchet, *La religion dans la démocratie*, Gallimard, coll. Folio-Essais, 1998 ; Henri Pena-Ruiz, *Dieu et Marianne. Philosophie de la laïcité*, 2^{ème} éd, PUF, 2001 ; Jean-Claude Monod, *Sécularisation et laïcité*, PUF, 2007.

élaborer une théorie juridique de l'Etat laïque rendant compte des principes posés par la loi de 1905 et clarifiant l'articulation de ses différents éléments. Si l'influence concrète de la doctrine sur le juge est difficile à évaluer, certaines interprétations convergentes attestent au moins d'une communauté de vue. Ainsi, nous le verrons, la lecture des articles 4 et 8 de la loi de 1905 défendue par Léon Michoud et Raymond Saleilles en 1906 se rapproche fortement de l'esprit dans lequel le Conseil d'Etat applique ces dispositions à partir des années 1910¹.

Enfin, la tâche du juge promet d'être politiquement difficile. L'adoption de la Séparation a été un processus complexe, semé d'embûches, qui a failli échouer à plusieurs reprises. L'équilibre consacré par la loi du 9 décembre 1905 est fragile et n'a pas calmé les querelles religieuses. Entre les inventaires, le rejet de la Séparation par l'Eglise catholique et les stratégies ambiguës des gouvernements républicains, la construction d'une jurisprudence libérale d'apaisement ne s'annonce pas comme un exercice aisé. C'est dans ce contexte que se développe l'œuvre du Conseil d'Etat qui va être analysée dans le titre suivant.

¹ Léon Michoud, « Une organisation légale des associations cultuelles », *R.I.C.*, 1906, p 247-267 ; Raymond Saleilles, « Etude sur l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.T.D.civ.*, 1906, p 847-874 ; et Raymond Saleilles, « Le régime juridique de la Séparation », *R.I.C.*, 1907, p 185-208.

TITRE II

L'ŒUVRE DU CONSEIL D'ETAT, OU L'APAISEMENT PAR LA JURISPRUDENCE.

146. Si le législateur et la doctrine ont donné naissance à la notion juridique d'Etat laïque issu de la Séparation, le juge administratif apporte, pendant la IIIe République, une contribution décisive et unaniment reconnue à la construction et à la précision de son régime. Par ailleurs, à l'apport proprement juridique de la jurisprudence, s'ajoutent des effets sociaux et religieux et un impact sur l'image de la juridiction administrative dans la société française.

147. La jurisprudence du Conseil d'Etat participe d'abord à la définition d'une notion juridique constitutive de l'identité de l'Etat républicain. Dans une moindre mesure, le juge administratif a déjà commencé ce travail en appliquant les lois scolaires de 1882 et 1886, mais la jurisprudence qui s'y rapporte n'est pas aussi développée que celle qui concerne la Séparation¹.

¹ Dès les années 1880, le Conseil d'Etat élabore une jurisprudence relative à l'interdiction des subventions aux établissements privés d'enseignement posée par la loi du 28 mars 1882 (sur ce point, voir Bernard Stirn, « Le Conseil d'Etat, l'école et la laïcité », in *Mélanges en l'honneur du professeur Franck Moderne*, 2005, p 407 et s). Au XXe siècle, le juge administratif précise en outre les conditions dans lesquelles des parents d'élèves peuvent contrôler le fonctionnement du service public de l'enseignement primaire, par l'intermédiaire des recours juridictionnels. Une des questions principales concerne les possibilités de contestation par les parents du choix des manuels scolaires (voir CE, 20 janvier 1911, *Chapuis, Porteret et Pichon (3 espèces)*, S., 1911, III, p 49, note Hauriou : le Conseil d'Etat juge qu'il appartient aux parents de saisir le ministre de l'instruction publique pour contester le choix des manuels, puis, en cas de refus, de se pourvoir devant le Conseil d'Etat en excès de pouvoir ; voir aussi Gaston Jèze, « Dans quelle mesure les pères de famille peuvent-ils contrôler le fonctionnement du service public de l'enseignement primaire ? », *R.D.P.*, 1911, p 69-88 ; CE, 17 janvier 1913, *Association des familles de Gamarde-les-Bains*, *R.D.P.*, 1913, p 72, note Jèze ; Christian Amalvi, « Les guerres des manuels autour de l'école primaire en France (1899-1914) », *Revue historique*, 1979, p 359-398). Par ailleurs, le Tribunal des conflits juge compétente la juridiction judiciaire pour connaître des actions en responsabilité motivées par des fautes personnelles des enseignants consistants en une méconnaissance du principe de neutralité scolaire (voir TC, 2 juin 1908, *Girodet et Morizot*, *D.P.*, 1908, III, p 57, concl. Tardieu). Par le célèbre arrêt *Abbé Bouteyre*, le juge administratif juge légale la décision de refus d'admission à concourir à l'agrégation de philosophie opposée à un candidat ecclésiastique (CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, *Rec.*, p 553, concl. Helbronner). Mais le juge protège aussi la liberté de conscience des enseignants contre les interprétations maximalistes du principe de neutralité (par exemple : CE, 28 avril 1938, *Demoiselle Weiss*, *D.P.*, 1939, III, p 41, concl. Dayras ; voir aussi Jean Rivero, « La notion juridique de laïcité », *D.*, 1949, Chr., p 137-140). D'une manière générale, voir Jean Rivero, « L'idée laïque et la réforme scolaire, 1879-1882 », *R.P.P.*,

C'est le contentieux lié à la loi de 1905 qui inaugure l'essor de la jurisprudence laïque. Et à cet égard, la signification de l'œuvre du juge administratif n'est pas épuisée par sa fonction purement technique de jugement des litiges. La jurisprudence du Conseil d'Etat est étroitement liée aux réalités intellectuelles, politiques et institutionnelles propres à la République. Le juge administratif contribue à l'implantation durable d'un des piliers du droit républicain ; il participe au développement des institutions républicaines¹. Cet apport, nous le verrons, se structure autour des deux grands principes posés par la loi du 9 décembre 1905, c'est-à-dire les libertés de conscience et des cultes et la neutralité de l'Etat envers les cultes qui implique l'égalité de traitement, la non-reconnaissance et le non-subventionnement.

Outre sa dimension politique et juridique, la jurisprudence de Séparation du Conseil d'Etat comporte un aspect social et religieux. En effet, son orientation générale est nettement libérale et dominée par le souci d'apaisement des luttes et tensions religieuses qui agitent la France depuis la fin des années 1870. Dès lors, l'action du Conseil d'Etat, comme conseil du gouvernement et surtout comme juridiction, favorise le déclin de la méfiance voire de la défiance d'une partie des catholiques envers la Séparation. Elle contribue à créer un climat propice à la normalisation des relations entre les cultes et l'Etat républicain. De plus, la jurisprudence et les avis du Conseil d'Etat soutiennent les efforts consentis par les gouvernants qui entreprennent, à partir du milieu des années 1920, de mettre un terme à la crise religieuse. De ce point de vue, le Conseil d'Etat apparaît comme un acteur clé du premier cycle de l'histoire de la séparation des Eglises et de l'Etat – celui de la naissance et de l'installation – qui s'étend de 1905 à la fin de la IIIe République.

Ceci nous amène à la dernière dimension de l'apport du juge administratif, qui concerne la juridiction administrative elle-même. Si la justice administrative est aujourd'hui perçue comme impartiale, si la probité et la compétence des magistrats administratifs ne sont pas mises en doute, il n'en a pas toujours été ainsi. En effet, les dernières décennies du XIXe siècle inaugurent une période de crise de crédibilité pour le Conseil d'Etat, principalement provoquée par le traitement du contentieux culturel. Il est vrai qu'en ce domaine, le Conseil d'Etat est particulièrement sensible aux stimulations des gouvernants. Du Second Empire à la fin de la période de l'Ordre Moral, ce sont les républicains qui se plaignent d'une jurisprudence largement favorable à l'Eglise et aux congrégations. Au contraire, après l'épuration de 1879, les catholiques critiquent à leur tour le tournant anticlérical de la juridiction administrative. L'activité du Conseil d'Etat en matière religieuse ternit donc l'image du grand corps, accusé tantôt d'être inféodé à la réaction et au

1931, p 367-380 ; Pierre-Henri Prétot, « La liberté de l'enseignement dans la séparation des Eglises et de l'Etat (1879-1905) », *R.D.P.*, 2006, p 617-635.

¹ Sur la problématique du rôle politique du juge administratif, voir Danielle Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, Thèse, Paris, LGDJ, 1971.

cléricalisme, tantôt de servir avec zèle la politique antireligieuse des gouvernements républicains, de sorte qu'à la veille de la Séparation, ni l'impartialité du juge administratif, ni son indépendance à l'égard des gouvernements républicains ne sont acquises en matière de cultes. A cet égard, le contentieux de la Séparation est un moment décisif dans la construction de l'identité républicaine de la juridiction administrative car la jurisprudence de Séparation lève l'hypothèque de la jurisprudence anticléricale des débuts de la III^e République. Dans la jurisprudence postérieure à 1905, le Conseil d'Etat cesse d'être un simple rouage docile et zélé de la politique religieuse des gouvernements républicains. Il s'attache en revanche à devenir l'interprète des *principes républicains* contenus dans la loi de Séparation.

148. La jurisprudence de Séparation est bien sûr une œuvre collective de la juridiction administrative. Mais il faut toutefois remarquer le rôle actif de certains de ses membres qui ont su stimuler le dynamisme créatif du juge et extérioriser l'esprit de sa jurisprudence. A titre d'exemple, les noms de Louis Corneille, Léon Blum et Pierre Chardenet doivent être évoqués. Tous trois sont commissaires du gouvernement. Ce n'est pas un hasard, dans la mesure où cette fonction permet seule, au sein de la juridiction administrative, l'extériorisation et la présentation cohérente des motivations du juge, à telle enseigne qu'il n'est pas rare de placer le commissaire du gouvernement à la charnière de la jurisprudence et de la doctrine¹. A eux trois, les commissaires précités ont conclu sur les affaires les plus importantes relatives à la Séparation, celles qui ont soulevé les difficultés les plus grandes et qui présentaient les plus forts enjeux (régime des édifices du culte catholique, interprétation de l'article 4, techniques de contrôle des mesures de police des manifestations extérieures du culte). Cette concentration du travail de formulation des règles de la Séparation entre un petit nombre d'acteurs a entretenu une continuité certaine dans l'approche des problèmes, favorisant l'unité de l'élaboration doctrinale.

Les trois commissaires du gouvernement ont des profils variés et appartiennent à des familles idéologiques différentes. Le catholique Corneille² entre au Conseil d'Etat en 1896 et devient commissaire du gouvernement en 1910. Il mène une carrière notable au Conseil d'Etat, qu'il ne quittera pas, exerçant les fonctions de président de la section du contentieux à partir de 1938³. Chardenet commence sa carrière au Conseil d'Etat comme auditeur de 2^e classe en 1890. Proche des

¹ A ce propos, voir : Yves Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, BDP, LGDJ, 1972 ; Jean Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1955, p 27-36 ; Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p 118 et s ; Maryse Deguerge, « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *Droits*, 1994, n°20, p 125-132.

² Elwyn Elms, « Le Conseil d'Etat, 1879-1914 », *E.D.C.E.*, 1993, p 429-463. L'auteur rapporte des témoignages de membres du Conseil d'Etat qui établissent que Corneille était catholique pratiquant.

³ Jean Imbert, Jean Tulard, François Monnier, Roland Drago, *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'Etat, 1799-2002*, Fayard, 2004, p 447.

gouvernements républicains, il quitte le Conseil à plusieurs reprises, pour occuper, par exemple, les fonctions de chef adjoint du cabinet du garde des Sceaux en 1896, ou, plus tard, de chef de cabinet du préfet de police de Paris. Chardenet devient commissaire du gouvernement à partir d'octobre 1907¹. Enfin, Léon Blum, qu'il n'est pas nécessaire de présenter, est déjà socialiste lorsqu'il accède au Conseil d'Etat en 1895. Son engagement s'est encore renforcé – il fonde le journal *L'Humanité* aux côtés de Jaurès en 1904 – quand il devient commissaire du gouvernement en 1910. Blum quitte définitivement le Conseil en 1919 pour mener la carrière politique que l'on sait².

149. Il faut préciser qu'à l'instar de la juridiction administrative, la juridiction judiciaire est concernée par l'application de la loi de Séparation. Le juge pénal connaît ainsi des infractions aux diverses incriminations prévues par la loi de 1905 et peut statuer par voie d'exception sur la légalité des arrêtés de police municipale ; le juge civil intervient en matière de séquestre des biens ecclésiastiques et se prononce sur certaines questions de propriété, y compris en référé ; enfin le juge civil est compétent pour statuer sur les actions en reprise pour inexécution des charges pieuses.

Les matières qui relèvent du juge judiciaire génèrent un contentieux globalement moins abondant que devant le juge administratif. De plus, une bonne partie du contentieux judiciaire est moins stratégique que le contentieux administratif du point de vue des principes fondamentaux de la Séparation. Deux aspects sont particulièrement significatifs : sur la question politiquement capitale du statut des édifices du culte, la jurisprudence judiciaire est moins développée que la jurisprudence administrative ; par ailleurs, le juge judiciaire n'est pas compétent dans deux autres secteurs primordiaux, c'est-à-dire les attributions de biens ecclésiastiques relevant de l'article 4 de la loi de 1905 et la question des subventions aux cultes. Enfin, la jurisprudence judiciaire, spécialement celle de la Cour de cassation, est globalement moins audacieuse que celle du Conseil d'Etat. Ces diverses considérations conduisent à réserver un sort particulier à la jurisprudence administrative, qui, par son abondance et son dynamisme, représente le modèle de l'application juridictionnelle de la Séparation. Quoi qu'il en soit, l'apport du juge judiciaire sera évoqué lorsque la démonstration l'exigera.

¹ Jean Imbert, Jean Tulard, François Monnier, Roland Drago, *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'Etat, 1799-2002*, Fayard, 2004, p 435.

² Jean Imbert, Jean Tulard, François Monnier, Roland Drago, *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'Etat, 1799-2002*, Fayard, 2004, p 411 ; Jean Lacouture, *Léon Blum, Le Seuil*, coll. Point-Histoire, 2001 ; *Le Conseil d'Etat. Son histoire d'après les documents d'époque, 1799-1974*, éd du CNRS, 1974 ; Vincent le Grand, « Léon Blum : une lecture républicaine du parlementarisme », in *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe République*, Carlos-Miguel Herrera (dir), Kimé, 2003 ; Jérôme Michel, *Blum. Un juriste en politique*, Michalon, 2008.

150. Le Conseil d'Etat est intervenu comme conseil du gouvernement, en confortant les choix conciliants opérés par le pouvoir politique, notamment après le refus d'une partie de la loi par les catholiques. Mais sa contribution essentielle est jurisprudentielle. Trois grands ensembles peuvent être distingués.

Il s'agit en premier lieu de la jurisprudence relative aux biens culturels. Sur ce point, l'effort du juge administratif a consisté à assurer *l'effectivité de la liberté des cultes*, dans un contexte difficile marqué par le refus catholique de la Séparation et les stratégies parfois équivoques des gouvernements républicains au lendemain de la loi. Plusieurs contentieux sont concernés : celui des mesures de liquidation du passé concordataire (inventaires, séquestre des biens ecclésiastiques, effets de l'attribution des biens ecclésiastiques sur le respect des volontés pieuses, exécution des charges culturelles et non-culturelles) et l'importante question du statut des édifices du culte catholique.

En deuxième lieu, le juge administratif a précisé les contours et la portée du principe de neutralité religieuse de l'Etat. Deux questions ont principalement occupé le juge : d'une part, l'interprétation des articles 4 et 8 de la loi de Séparation qui conduit le Conseil d'Etat à prendre position sur le traitement des données religieuses par le juge laïque ; d'autre part, le contentieux des subventions aux cultes, grâce auquel la portée du principe de non-subventionnement est précisée.

Enfin, le troisième ensemble regroupe l'abondant contentieux de la police des manifestations extérieures du culte. Comme la jurisprudence sur les biens culturels, il s'agit d'un exemple éminent de la protection de la liberté des cultes par le juge administratif. Mais pour des raisons méthodologiques, ce domaine sera abordé dans la seconde partie. En effet, si le contentieux de la police des cultes peut être traité uniquement sous l'angle de l'histoire de l'élaboration du régime de Séparation, un tel choix ampute l'une des dimensions du contentieux de la Séparation, c'est-à-dire son apport capital aux progrès des techniques de contrôle juridictionnel de l'administration, spécialement dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. C'est pourquoi nous privilégions dans le cadre de cette étude une lecture de la jurisprudence sur la police des cultes du point de vue de *l'histoire du contentieux administratif*. Du reste, cela n'empêchera pas de constater l'apport évident de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la protection de la liberté des cultes et à l'enrichissement du régime de la Séparation. Cela permettra surtout d'étudier l'apport du contexte législatif et politique de la Séparation à la construction du recours pour excès de pouvoir républicain. De cette manière, la signification du contentieux de la séparation des Eglises et de l'Etat sera expliquée dans toute son ampleur.

151. Avant d'étudier successivement l'apport du Conseil d'Etat à la garantie de l'effectivité de la liberté des cultes dans le régime des biens culturels (Chapitre I.) et à l'élaboration d'une conception

nuancée de la neutralité religieuse de l'Etat (Chapitre II.), nous allons souligner le bouleversement de l'esprit de la jurisprudence administrative après 1905 en abordant dans un chapitre préliminaire l'héritage ambarassant dont le juge administratif a dû se détacher, c'est-à-dire la jurisprudence anticléricale des années 1880-1905 (Chapitre préliminaire.).

Chapitre préliminaire. – Les antécédents immédiats de la jurisprudence de Séparation : l'héritage embarrassant de la jurisprudence anticléricale (1880-1905).

Chapitre I. – Le Conseil d'Etat, garant de l'effectivité de la liberté des cultes dans le régime des biens culturels.

Chapitre II. – Le Conseil d'Etat, promoteur d'une conception nuancée de la neutralité de l'Etat.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

LES ANTÉCÉDENTS IMMÉDIATS DE LA JURISPRUDENCE DE SÉPARATION : L'HÉRITAGE EMBARASSANT DE LA JURISPRUDENCE ANTICLÉRICALE (1880-1905).

Position du problème : la nécessaire reconstruction de la crédibilité du Conseil d'Etat en matière de cultes.

152. La fin du XIXe siècle inaugure une période de forte immixtion de la politique dans le fonctionnement de la justice administrative, immixtion qui entame fortement le crédit du Conseil d'Etat et sa réputation d'impartialité. Au cours de ces années, le Conseil d'Etat est perçu comme un corps essentiellement politique, composé de membres appointés par le gouvernement du moment en fonction de leur dévouement.

L'image du Conseil d'Etat commence à se troubler dès les dernières années du Second Empire. Alors que les débats sur la question religieuse prennent de l'ampleur et que l'opposition républicaine structure sa doctrine laïque, le Conseil est la cible d'attaques nourries des républicains qui perçoivent l'institution comme une forteresse du cléricisme et du conservatisme. S'il est vrai que le grand corps est majoritairement composé de catholiques, et que l'orientation générale de la jurisprudence culturelle est essentiellement favorable à l'Eglise, notamment en matière de dons et legs, d'autorisation de poursuite des ministres du culte ou de congrégations, il reste que le Conseil d'Etat du Second Empire n'est pas une institution politiquement et religieusement homogène. Comme l'a montré Vincent Wright, les opinions des conseillers d'Etat sont marquées par la complexité et la subtilité de leurs combinaisons¹. Cohabitent ainsi des apolitiques – grands commis de l'Etat qui servent l'Empire comme ils ont servi les régimes précédents –, une minorité d'anciens républicains (dont Léon Aucoc), des légitimistes, quelques bonapartistes et un grand nombre d'orléanistes. Peu de membres sont des admirateurs dévots de Napoléon III, et la plupart ont construit leurs carrières et leurs fidélités politiques avant le Second Empire. Il en résulte une certaine indépendance intellectuelle des conseillers vis-à-vis de l'Empereur et du gouvernement, de telle sorte que le Conseil d'Etat ne peut être considéré comme une institution complètement caporalisée.

Du point de vue religieux, le Conseil compte quelques protestants et quelques anticléricaux mais la grande majorité des conseillers est catholique. Un premier groupe, minoritaire mais influent, comprend des catholiques fervents et pratiquants, défenseurs actifs de l'Eglise, notamment dans le

¹ Vincent Wright, *Le Conseil d'Etat sous le Second Empire*, FNSP, 1972, p 67 et s ; et Alain Plessis, *De la fête impériale au mur des fédérés. 1852-1871*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 1979.

domaine de l'enseignement. Toutefois, les conseillers catholiques ne sont pas tous des cléricaux militants résolus à faire triompher la cause de l'Eglise. Ainsi, la doctrine cultuelle qui domine le Conseil d'Etat est sans conteste la tradition gallicane. Les juristes gallicans ont un attachement variable à la religion mais ils reconnaissent tous l'utilité sociale du culte, dans la pure tradition de la doctrine concordataire, et défendent le contrôle de l'Etat sur l'Eglise. S'il n'y a donc pas une volonté unanime de soutien au cléricanisme parmi le personnel du Conseil d'Etat du Second Empire, les conseillers sont en revanche largement favorables à la religion et au maintien de son influence dans la société. Ce qui n'empêche pas que les comportements ecclésiastiques jugés trop ultramontains ou irrespectueux envers l'Etat soient sanctionnés en plusieurs occasions¹.

153. La politisation de la justice administrative s'accroît après la chute de l'Empire. Lors des débats à l'Assemblée sur le projet qui deviendra la loi du 24 mai 1872 sur le Conseil d'Etat, les enjeux se polarisent particulièrement sur la question des modalités de nomination des conseillers d'Etat², reléguant au second plan la question de la justice déléguée et la consécration des acquis du contentieux administratif du XIXe siècle, qui représentent l'apport essentiel de la loi aux yeux des juristes contemporains³. Les élections législatives ont porté à l'Assemblée une majorité monarchiste et conservatrice, mais l'exécutif est dirigé par le républicain Adolphe Thiers. Cette différence d'orientation entre les pouvoirs publics crée un conflit au sommet de l'Etat ayant pour objet la nature même du régime, puisque la forme républicaine du gouvernement est encore provisoire et contestée. Dans ce contexte politique, le problème du contrôle du personnel du Conseil d'Etat est stratégique, car la maîtrise de la Haute Assemblée prépare la conquête de l'Etat dans son entier. Aussi, les monarchistes proposent que le projet de loi présenté par le gouvernement, qui prévoit la nomination des conseillers d'Etat par le gouvernement, soit modifié dans le sens de la désignation par le pouvoir législatif. Ce faisant, la majorité entend priver Thiers d'une prérogative importante et modeler un Conseil d'Etat composé de membres acquis à ses vues. Pour sa part, la minorité républicaine défend le système traditionnel de la nomination par l'exécutif⁴.

Finalement, le vote de la loi consacre la nomination par l'Assemblée (article 3 de la loi du 24 mai 1872), cette dernière élisant les conseillers d'Etat en service ordinaire à partir d'une liste établie

¹ Vincent Wright, *Le Conseil d'Etat sous le Second Empire*, FNSP, 1972, p 96 et s.

² Vincent Wright, « La réorganisation du Conseil d'Etat en 1872 », *E.D.C.E.*, 1972, p 21-61.

³ Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice en France*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001, p 585 et s.

⁴ Vincent Wright, « La réorganisation du Conseil d'Etat en 1872 », *E.D.C.E.*, 1972, p 21-61 ; Martine Langlade, « De Thiers à Mac-Mahon : les avatars du mode de désignation des conseillers d'Etat (1872-1875) », *E.D.C.E.*, 1984-1985, p 319-338 ; Bernard Pacteau, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, PUF, coll. Léviathan, 2003 ; François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995 ; *Le Conseil d'Etat, 1799-1974*, éd du CNRS, 1974, p 545 et s.

par une commission parlementaire, avec renouvellement par tiers tous les trois ans (les maîtres des requêtes demeurent nommés par le pouvoir exécutif, les auditeurs sont désignés par concours).

D'un difficile processus de désignation, sort un Conseil d'Etat hétéroclite du point de vue des options politiques et hétérogène quant aux compétences de ses membres. Parmi les nouveaux conseillers d'Etat, beaucoup sont, comme sous le Second Empire, des serviteurs de l'Etat, des techniciens sans véritable position politique marquée. On compte aussi quelques conseillers et maîtres des requêtes républicains, un petit groupe de légitimistes et un grand nombre d'orléanistes. Comme au temps de l'Empire, le paysage politique du Conseil d'Etat est nettement diversifié. En revanche, le nouveau Conseil d'Etat s'est nettement radicalisé en matière religieuse par rapport à la période impériale. Presque tous les membres sont des catholiques militants, très attachés à la religion et à sa place dans la société. L'atmosphère de l'institution n'est plus dominée par ces juristes gallicans modérés qui donnaient le ton depuis le début du XIXe siècle. Comme le note Vincent Wright, « *le Conseil d'Etat semble bel et bien avoir choisi le parti de l'obscurantisme moyenâgeux* »¹. Pendant les années d'Ordre Moral qui s'ouvrent en 1873, ce Conseil d'Etat politisé à l'extrême développe une jurisprudence très favorable à l'Eglise et aux congrégations qui avive les critiques des républicains (la générosité du Conseil d'Etat, en matière d'autorisation de dons et legs, particulièrement mise en cause par les républicains, s'étend toutefois à d'autres institutions que l'Eglise). Bien loin d'être une institution au dessus de la mêlée, sereine et impartiale, le Conseil d'Etat désigné par l'Assemblée de 1872 est directement lié à une majorité politique et prend parti dans les conflits politiques et religieux qui agitent la nation française. Plus tard, les nominations effectuées en 1875 perpétuent l'ambiance de 1872, alors même que l'article 4 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 abandonne le système de l'article 3 de la loi du 24 mai 1872 en restituant au Président de la République le pouvoir de nomination des conseillers².

154. L'orientation politique du Conseil d'Etat change radicalement en 1879. Cette année consacre la conquête par les républicains de tous les leviers de commande de l'Etat. Les élections législatives d'octobre 1877 ont d'abord dégagé une majorité républicaine à l'Assemblée. Début janvier 1879, c'est le Sénat qui devient républicain. Enfin, le Maréchal Mac-Mahon donne sa démission le 30 janvier 1879 et est remplacé à la présidence de la République par le républicain Jules Grévy.

¹ Vincent Wright, « La réorganisation du Conseil d'Etat en 1872 », *E.D.C.E.*, 1972, p 21-61.

² Alors que la désignation par l'Assemblée prévue en 1872 était essentiellement motivée par la méfiance de la majorité monarchiste envers Adolphe Thiers, l'accession du conservateur Mac-Mahon à la présidence en 1873 rassure la majorité, qui n'a plus de raison de refuser au président le pouvoir de nommer les conseillers d'Etat. Cette prérogative lui est ainsi rendue sans grands débats lors de la discussion de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Voir Martine Langlade, « De Thiers à Mac-Mahon : les avatars du mode de désignation des conseillers d'Etat (1872-1875) », *E.D.C.E.*, 1984-1985, p 319-338.

Désormais maîtres des pouvoirs publics, les républicains opportunistes entendent contrôler tous les rouages de l'Etat, ce qui passe par une épuration de l'administration et de la magistrature, dont beaucoup de secteurs sont jugés trop conservateurs et cléricaux. Le Conseil d'Etat est spécialement visé, car il est perçu comme un bastion de la réaction et du cléralisme. L'épuration du Conseil d'Etat s'inscrit donc dans un mouvement général de prise de contrôle idéologique de l'Etat, qui a déjà conduit à des épurations dans l'administration préfectorale (en 1877) puis dans les parquets (1879), et qui se poursuit par l'épuration de la magistrature par la loi du 30 août 1883¹.

Mais l'épuration s'explique aussi par une motivation plus circonstancielle. Au début de l'année 1879, le Conseil d'Etat est saisi de recours formés par des instituteurs congréganistes des écoles publiques contre des mesures d'éviction prononcées par les préfets, en vue de leur remplacement par les instituteurs laïques. Dans ces affaires stratégiques, le nouveau pouvoir républicain souhaite qu'un Conseil d'Etat républicain rende des arrêts favorables au gouvernement. C'est pourquoi dès mars 1879, ce dernier dépose un projet de loi sur le Conseil d'Etat. Le texte a une apparence technique. Il s'agit d'améliorer les liens entre le Conseil, l'administration active et le pouvoir législatif, et d'augmenter les effectifs du Conseil d'Etat pour faire face au développement du contentieux. Mais les débats révèlent les motivations plus profondes de la réforme. Le rapporteur Franck-Chauveau explique ainsi que le Conseil d'Etat est une institution d'Etat qui doit être « *en parfaite communauté de vue avec le Gouvernement* ». Aux yeux du parlementaire, il s'agit d'une condition de la confiance du gouvernement envers le grand corps, et de l'affermissement des institutions républicaines que le pays s'est choisies² ; le personnel du Conseil doit donc être dévoué au régime républicain.

La loi est adoptée le 13 juillet 1879. Elle est suivie de plusieurs décrets. Des conseillers sont d'abord nommés aux nouveaux postes créés par la loi. Ensuite, plusieurs conseillers sont admis à faire valoir leurs droits à la retraite (pour la plupart des destinataires de ces décisions, le motif est inexact), et remplacés par de nouveaux venus. Enfin, certains maîtres des requêtes sont tout simplement démis de leurs fonctions sans motif. En réaction à l'épuration, plusieurs conseillers démissionnent (dont Léon Aucoc). Ces nominations et ces départs forcés ou volontaires renouvellent profondément la composition du corps. Dorénavant, et malgré la persistance d'une réelle diversité des parcours et des orientations politiques, le Conseil d'Etat est majoritairement

¹ Sur les divers aspects des épurations, voir Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice en France*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001, p 585 et s ; ainsi que Jean-Pierre Machelon, *La République contre les libertés*, FNSP, 1976, p 280 et s.

² Voir le rapport de Franck-Chauveau au D.P., 1879, IV, p 69 et Vincent Wright, « L'épuration du Conseil d'Etat en juillet 1879 », *R.H.M.C.*, 1972, p 621-653 ; *Le Conseil d'Etat, 1799-1974*, éd du CNRS, 1974, p 545 et s ; Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice en France*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001 ; Bernard Pacteau, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, PUF, coll. Léviathan, 2003.

républicain. Le virage est encore plus net du point de vue religieux. Les catholiques militants des années 1872-1879 laissent ainsi la place à des conseillers non pratiquants pour la plupart et souvent anticléricaux, bien que toujours concordataires. On note aussi un déclin de l'ancienne et traditionnelle influence des juristes gallicans à la ferveur religieuse modérée, mais attachés à la fonction sociale de l'Eglise¹. L'opération de conquête idéologique a fonctionné et le Conseil d'Etat est désormais au diapason des gouvernements républicains, même si le nouveau personnel est plus marqué par son anticléricalisme que par un républicanisme militant².

155. L'épuration de 1879 n'améliore pas l'image du Conseil d'Etat qui se brouille depuis plusieurs années. Elle ne rétablit pas les conditions nécessaires à une activité juridictionnelle sereine et impartiale, mais substitue une partialité à une autre : un Conseil d'Etat clérical est remplacé par un Conseil d'Etat anticlérical. Les contemporains ne s'y sont d'ailleurs pas trompés, et le conseiller d'Etat évincé Jean-Jacques Weiss diagnostique « *la fin d'une institution* », le Conseil passant du statut de corps indépendant à celui du « *Conseil d'Etat de Messieurs les ministres et de chaque cabinet ministériel* »³. Désormais, et jusqu'aux années qui suivent la Séparation, l'activité du corps est suspecte aux catholiques⁴. Cette suspicion est loin d'être infondée car, au cours de la République concordataire, le Conseil d'Etat élabore une jurisprudence nettement défavorable à l'Eglise catholique par le biais d'une interprétation très rigoureuse du droit concordataire et de la législation sur les congrégations⁵.

156. Après 1879, le Conseil d'Etat réinterprète le droit concordataire dans un sens favorable à la politique religieuse des gouvernements républicains avec d'autant plus de facilité que le corps est un défenseur traditionnel des prérogatives de l'Etat⁶. Dès 1880, le Conseil d'Etat abandonne ainsi sa jurisprudence sur les autorisations que les particuliers devaient obtenir pour poursuivre les ministres

¹ Vincent Wright, « L'épuration du Conseil d'Etat en juillet 1879 », *R.H.M.C.*, 1972, p 621-653.

² La diversité des appartenances au sein du Conseil évitera à ce dernier d'être un rouage servile des volontés gouvernementales. Si à partir de 1879, les conseillers sont largement acquis au régime républicain, ils gardent une indépendance d'esprit certaine. Sur ce point, voir Elwyn Elms, « Le Conseil d'Etat, 1879-1914 », *E.D.C.E.*, 1993, p 429-463.

³ J.-J. Weiss, « La fin d'une institution », *Revue de France*, sept-oct 1879, p 35.

⁴ Exemple parmi d'autres, un article de la *Revue catholique des institutions et du droit* de 1881, dans lequel l'avocat Gustave Théry développe une diatribe virulente contre la juridiction administrative, accusée de collusion avec l'exécutif, de partialité, et finalement sommée de disparaître (Gustave Théry, « De la juridiction administrative », *R.C.I.D.*, 1881, vol 17, p 8-19).

⁵ Tous les auteurs constatent ces changements dans le traitement des affaires. Voir Louis Fougère, « Les travaux de l'assemblée générale du Conseil d'Etat au cours des années 1878, 1879, 1880 », *E.D.C.E.*, 1987-1988, p 117-125 ; G. Sicard, « Le gallicanisme du Conseil d'Etat durant les premières années de la Troisième République », *Rev. hist. droit*, juillet-sept 1990, p 375-390 ; *Le Conseil d'Etat, 1799-1974*, éd du CNRS, 1974, p 646 et s ; François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995, p 204 et s.

⁶ *Le Conseil d'Etat, 1799-1974*, éd du CNRS, 1974, p 646 et s.

du culte (les poursuites initiées par le ministère public étaient dispensées d'autorisation). La soumission de ces derniers au droit commun de la procédure pénale semblait être un corollaire de l'abrogation, en 1870, de l'article 75 de la constitution de l'an VIII qui soumettait à une autorisation du Conseil d'Etat les poursuites des fonctionnaires pour des faits commis dans l'exercice de leurs fonctions. Pourtant, pendant les années d'Ordre Moral, le juge administratif maintient sa jurisprudence et persiste à mettre les prêtres à l'abri des poursuites en accordant très peu d'autorisations¹. Par deux décrets d'abus de 1880, le Conseil d'Etat républicain met fin à ce système d'exception. Désormais, toute poursuite pénale contre un ministre du culte est libre, qu'elle soit sollicitée par un particulier ou qu'elle résulte de l'initiative du ministère public².

157. En matière de dons et legs aux établissements ecclésiastiques, l'examen des dossiers se fait de plus en plus strict et le nombre de refus d'autorisation augmente au cours des années 1880³. Le Conseil restreint en outre les possibilités de libéralités en revenant, par un avis du 6 avril 1880, sur une jurisprudence de 1874 qui reconnaissait la personnalité morale du diocèse, condition nécessaire pour accepter des libéralités⁴. S'il se montre suspicieux envers l'Eglise, le grand corps d'Etat accueille en revanche avec faveur les demandes d'autorisation pour les libéralités consenties à des groupements laïques.

158. Le juge administratif relaie en outre la volonté des républicains de mieux contrôler le respect des procédures comptables par les établissements du culte, qui s'en écartaient bien souvent avec la

¹ Jacques Lafon, « Les poursuites contre les ministres du culte au XIXe siècle », *E.D.C.E.*, 1979, p 117 et s.

² CE, 17 août 1880, *Préfet de Maine-et-Loire c/ Pineau, Rec.*, p 1099 et *Préfet du Maine-et-Loire c/ Humeau, Rec.*, p 1100 : « En ce qui touche à l'autorisation de poursuites ; - Cons qu'en spécifiant dans les articles 6 et 7 les divers cas d'abus, la loi du 18 Germinal an X n'a eu ni pour but, ni pour effet d'édicter des garanties en faveur des ecclésiastiques, pour ceux de leurs actes qui tomberaient sous l'application des lois pénales ». Le revirement est confirmé et clarifié par CE, 17 mars 1881, *Bertheley c/ Abbé Guy, Rec.*, p 1059. La Cour de cassation maintiendra jusqu'en 1888 une distinction entre les poursuites initiées par le ministère public et les poursuites sollicitées par les particuliers (la position de la Cour de cassation est fixée sous le Second Empire : Cass. crim., 10 août 1861, *D.P.*, 1861, I, p 348 ; pour un exemple dans les années 1880 : Cass. crim., 19 avril 1883, *Gilède, D.P.*, 1883, I, p 392 ; le revirement de jurisprudence par lequel la Cour de cassation se rallie à la position du Conseil d'Etat résulte de Cass. crim., 2 juin et 3 août 1888, *D.P.*, 1888, I, p 441), ce qui entraînera plusieurs dénis de justice. Voir Jacques Lafon, « Les poursuites contre les ministres du culte au XIXe siècle », *E.D.C.E.*, 1979, p 117 et s.

³ G. Sicard, « Le gallicanisme du Conseil d'Etat durant les premières années de la Troisième République », *Rev. hist. droit*, juillet-sept 1990, p 375-390.

⁴ CE, avis, 6 avril 1880, *D.P.*, 1880, III, p 65, et la note, qui relève que la jurisprudence du Conseil d'Etat a connu plusieurs variations ; de 1808 à 1840, de nombreux avis reconnaissent la personnalité civile du diocèse. De 1840 à 1874, le Conseil d'Etat refuse d'attribuer la personnalité. Enfin, l'avis du 13 mai 1874 (*D.P.*, 1875, III, p 86) reconnaît de nouveau la personnalité morale du diocèse, et admet que les libéralités faites au diocèse puissent être acceptées directement par l'évêque. En 1880, le Conseil d'Etat n'y voit qu'une circonscription territoriale dénuée de toute personnalité juridique. Cette question de la personnalité des diocèses est un des points de départ de la controverse sur la réalité et la fiction de la personne morale. Voir Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 170.

tolérance tacite de l'Etat. Aussi, le Conseil d'Etat interprète l'ordonnance du 12 janvier 1825 conférant au ministre des cultes le pouvoir de révoquer les conseils de fabrique, dans le sens du renforcement des pouvoirs du ministre pour permettre une sanction vigoureuse des irrégularités comptables commises par les fabriques¹. Cette jurisprudence annonce la loi du 26 janvier 1892 et les règlements d'administration publique des 27 mars 1893 et 18 janvier 1898 soumettant les fabriques aux règles de la comptabilité publique.

159. Enfin, comme tout au long du XIXe siècle, le Conseil d'Etat est saisi de procédures d'abus² ; mais à partir des années 1880, la structure des litiges évolue nettement. Aux recours formés par des particuliers contre des refus de sacrements ou des propos de prêtres jugés injurieux, se substituent des procédures initiées par les catholiques contre des arrêtés de maires républicains qui interdisent les cérémonies extérieures du culte (nous aborderons cette question de manière approfondie dans la seconde partie) ou par le gouvernement pour faire sanctionner les interventions politiques des prélats. Sur ce dernier point, les exemples sont nombreux d'application rigoureuse des Articles Organiques³. Traditionnellement, le recours pour abus est un moyen de défense de l'Etat contre l'Eglise. Ainsi, de la Restauration au Second Empire, des déclarations d'abus ont été prononcées par le Conseil d'Etat contre des prélats qui avaient critiqué la politique du gouvernement (notamment en matière scolaire), diffusé des actes pontificaux dont la publication n'avait pas été autorisée en France par le gouvernement (tel que le *Syllabus* annexé à l'encyclique *Quanta Cura* de 1864), ou qui étaient intervenus dans des campagnes électorales⁴.

¹ CE, 9 mars 1886, *Costes, Durand et autres, Rec.*, p 260, concl. Marguerie. Le Conseil d'Etat juge d'abord que l'existence de l'avis de l'évêque prévu par l'article 5 de l'ordonnance du 12 janvier 1825 n'est pas une condition de la régularité procédurale de la révocation du conseil de fabrique. Le ministre n'est donc pas tenu d'attendre cet avis pour engager une procédure de révocation. De plus, il conclut à la légalité de l'arrêté de révocation attaqué à la faveur d'un raisonnement très constructif. L'article 3 de la décision attaquée semblait clairement instituer une incapacité pour les membres révoqués de faire partie du nouveau conseil de fabrique, en prévoyant que « *les membres du conseil de fabrique révoqué ne pourront faire partie du nouveau conseil et seront tenus de rendre compte de leur gestion à leurs successeurs* ». Cette mesure disciplinaire se heurtait à l'incompétence du pouvoir réglementaire et au principe de personnalité des sanctions, mis en avant par Marguerie dans ses conclusions. Pourtant, le Conseil estime que par l'article 3 de l'arrêté, le ministre s'est borné à prévenir les membres sanctionnés de sa faculté d'exercer à nouveau son pouvoir de révocation si les révoqués venaient à faire partie du nouveau conseil de fabrique. Exemple des débats et divergences internes à la juridiction qui surviennent régulièrement en matière religieuse pendant ces années, l'arrêt est rendu contrairement aux conclusions du commissaire Marguerie, qui conclut fermement à l'annulation de l'arrêté.

² Voir Emmanuel Tawil, *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse. Le Conseil d'Etat et le régime des cultes depuis la loi de 1905*, PUAM, 2009, p 31 et s.

³ Pour rappel, l'article 6 de la loi du 18 germinal an X prévoit les cas d'abus ecclésiastiques suivants : « *1° l'usurpation ou l'excès de pouvoir ; 2° la contravention aux lois et règlements de l'Etat ; 3° l'infraction des règles consacrées par les canons reçus en France ; 4° l'attentat aux libertés, franchises et coutumes de l'Eglise gallicane ; 5° toute entreprise ou tout procédé qui, dans l'exercice du culte, peut compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement leur conscience, dégénérer contre eux en oppression, ou en injure, ou en scandale public* ».

⁴ Voir sur ce point Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Le jeu concordataire dans la France du XIXe siècle, le clergé devant le Conseil d'Etat*, PUF, 1988.

Ceci dit, la période de la République concordataire consacre une phase d'intense politisation du recours pour abus, dans la mesure où cette voie de droit devient un des vecteurs juridiques principaux de la politique anticléricale des gouvernements républicains. Souvent saisi, le Conseil d'Etat épuré apporte un soutien sans faille au combat anticléricale contre les prélats qui, dans le cadre de leurs fonctions, par des mandements, dans des lettres pastorales ou dans des catéchismes, critiquent la politique scolaire du gouvernement¹, dénoncent les mesures anticongréganistes², donnent des consignes de vote à leurs ouailles³, félicitent un prêtre qui a organisé une manifestation contre un arrêté municipal interdisant les processions⁴, critiquent avec force des jugements de juridictions pénales⁵ ou publient un acte de l'Eglise qui n'a pas été autorisé par le gouvernement⁶. Ce soutien se manifeste d'abord par le systématisme des condamnations prononcées par le Conseil d'Etat. Lorsqu'il est saisi du comportement d'un prélat, le juge administratif donne toujours raison à l'Etat en rendant un décret d'abus. La sanction est du reste platonique (la plupart du temps, le ministre du culte subit un simple blâme, sauf lorsque l'acte incriminé est formalisé et concerne l'organisation temporelle du culte, auquel cas la décision peut être annulée⁷) et entraîne souvent une radicalisation de ses destinataires, qui, du fait de leur condamnation, acquièrent souvent une grande notoriété parmi les catholiques. L'efficacité concrète du recours pour abus est donc limitée, mais conserve une forte charge symbolique.

¹ CE, 28 avril 1883, *Ministre de la justice c/ évêque d'Annecy, de Langres, de Viviers, l'archevêque d'Albi, l'évêque de Valence, Rec.*, p 990. En 1882, à la demande de plusieurs évêques, la Congrégation de l'Index condamne les manuels d'instruction civique de Jules Steeg, Gabriel Compayré, Paul Bert et Mme Henry Gréville. Une large publicité entoure cette décision dans la presse, mais certains prélats la reprennent dans une lettre pastorale ou en chaire, alors que la décision de l'Index n'a reçu aucune autorisation de l'Etat. Allant plus loin, ils demandent à leurs fidèles de ne pas faire usage des manuels, sous peine de sanctions spirituelles. Cette situation est donc au cœur du conflit entre l'Eglise et l'Etat. Elle illustre l'antagonisme de valeurs entre les deux pouvoirs et la lutte qu'ils mènent, l'un pour conserver, l'autre pour conquérir le magistère moral sur la société française. Le Conseil d'Etat prononce une censure fondée sur deux motifs. D'une part, la publication d'une décision non autorisée de la Congrégation de l'Index en violation de l'article 1^{er} des Organiques (le Conseil d'Etat ajoute que cette congrégation et ses décisions n'ont jamais été reconnues en France) et la violation des franchises et coutumes gallicanes ; d'autre part, le trouble apporté dans les consciences des fidèles par les menaces de sanctions spirituelles. Sur cette affaire, voir Brigitte Basdevant-Gaudemet, « Ecole publique, école privée, l'épiscopat devant le Conseil d'Etat en 1883 », *Revue d'histoire de l'Eglise de France*, 1988, tome LXXIV, p 245-259. voir aussi CE, 28 juillet 1895, *Wirth et consorts, Rec.*, p 893 ; et CE, 22 avril 1904, *Ministre de l'intérieur et des cultes c/ les archevêques de Paris, Reims, Lyon et Toulouse, Rec.*, p 897.

² Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Le jeu concordataire dans la France du XIXe siècle, le clergé devant le Conseil d'Etat*, PUF, 1988, p 78.

³ Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Le jeu concordataire dans la France du XIXe siècle, le clergé devant le Conseil d'Etat*, PUF, 1988, p 78

⁴ CE, 7 août 1896, *Abbé Breteaux et autres, curés de Roubaix et de Lille et Mgr l'archevêque de Cambrai, Rec.*, p 915.

⁵ CE, 26 juin 1897, *Garde des sceaux, ministre de la justice et des cultes c/ l'évêque de Clermont, Rec.*, p 864 et CE, 11 juillet 1897, *Garde des sceaux, ministre de la justice et des cultes c/ l'évêque de Nevers, Rec.*, p 865.

⁶ CE, 20 décembre 1901, *Ministre de l'intérieur et des cultes c/ M. Isoard, évêque d'Annecy, Rec.*, p 885 ; CE, 24 mars 1886, *Ministre des cultes c/ l'évêque de Saint-Dié, Rec.*, p 950

⁷ Voir Edouard Laferrrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 83-85.

160. Afin de mettre en lumière les caractéristiques de la jurisprudence anticléricale du juge administratif pendant les années de la République concordataire, il est possible d'approfondir plusieurs exemples. Le premier porte sur la pratique de la suspension des traitements ecclésiastiques et illustre l'application rigoureuse du droit concordataire (Section I.) ; le second concerne le soutien apporté par le Conseil d'Etat à la politique anticongréganiste menée par les gouvernements républicains (Section II.). C'est cette *hypothèque jurisprudentielle* que le juge administratif a levé après la Séparation en développant une toute autre jurisprudence, d'inspiration libérale et propre à restaurer son crédit¹.

Section I. – L'application rigoureuse du droit concordataire : l'exemple des suspensions de traitements ecclésiastiques.

161. Depuis le Premier Empire, les gouvernements pratiquent la suspension de traitement comme sanction disciplinaire contre les prêtres ayant eu un comportement jugé fautif. Mais pendant l'essentiel du XIXe siècle, cette sanction est peu employée. A partir de l'adoption des premières lois scolaires, en revanche, les gouvernements républicains inaugurent un usage intensif des suspensions de traitements. En complément des recours pour abus dirigés contre les évêques, de nombreux curés sont frappés par une suspension pour avoir critiqué l'enseignement public en chaire ou dans la Semaine paroissiale. Brigitte Basdevant-Gaudemet dénombre au total 464 suspensions de traitements prononcées en 1882 et 1883. Quelques années plus tard, l'intervention des prêtres dans la campagne électorale de 1885 conduit au prononcé de plusieurs centaines de suspensions².

Pour les Opportunistes, la suspension est une arme stratégique du combat contre le cléricisme. Elle permet de pallier le caractère platonique du recours pour abus, qui n'aboutit qu'à un blâme à la portée purement morale³. Elle laisse en outre un large pouvoir discrétionnaire à

¹ Vincent Wright note (Vincent Wright, « L'épuration du Conseil d'Etat en 1879 », *R.H.M.C.*, 1972, p 621-653) que « l'épuration doit être considérée dans le contexte politique et religieux de l'époque. Dernière forteresse de la réaction, « créature des hommes du 16 mai, des moyenâgeux, des lourdistes », le Conseil d'Etat ne pouvait qu'être en butte à l'hostilité des nouveaux maîtres républicains. Après juillet 1879, le Conseil devint une institution politiquement digne de confiance. Le régime pouvait compter sur lui. Le corps était enfin en harmonie avec les institutions politiques du pays. Pendant très longtemps cependant, le Conseil demeura une institution suspecte aux yeux des catholiques et des minorités politiques – situation dangereuse pour un corps dont la force, le prestige et l'efficacité restent et doivent rester fondés sur une réputation de modération et l'impartialité. Mais peu à peu les vieille traditions du corps se rétablissent : impartialité (ou presque), modération (un conservatisme prudent pour les critiques), indépendance (trop grande pour certains). Le Conseil donnera la plus grande preuve de toutes ces qualités lors de l'agitation politique et religieuse qui divisa le pays à l'époque de la séparation ».

² Brigitte Basdevant-Gaudemet, « Le Conseil d'Etat et les suppressions de traitements ecclésiastiques sous la Troisième République », *E.D.C.E.*, 1986, p 239-247.

³ C'est d'ailleurs pourquoi les préfets sollicitent très souvent la direction des cultes pour que des suspensions de traitements soient prononcées, car elles sont jugées plus efficaces que le recours pour abus.

l'administration dans la mesure où la pratique n'est encadrée par aucune loi. En guise de fondement juridique, le gouvernement ne peut invoquer que la tradition gallicane et quelques règlements du début du XIXe siècle. La fragilité de ces justifications juridiques est du reste fortement critiquée par les catholiques et une bonne partie du monde du droit. Aux arguments classiques présentant les traitements comme une dette perpétuelle à la charge de l'Etat contractée au début de la Révolution, s'ajoute la critique des bases juridiques invoquées par les républicains¹. Conscient de la faiblesse de sa position, le gouvernement demande un avis au Conseil d'Etat en 1883 sur la légalité de la suspension de traitement, pour couvrir sa pratique de l'autorité juridique et du prestige moral d'une Haute Assemblée qu'il sait acquise à la cause républicaine depuis quatre ans. Précisément, le ministre de la justice et des cultes demande au Conseil d'Etat si « *la distinction établie par la loi de finance du 30 décembre 1882, entre les allocations des vicaires généraux, chanoines, desservants et vicaires et les traitements des curés et évêques ne porte aucune modification aux droits de police du gouvernement et notamment à son pouvoir de prononcer la suspension des traitements comme des allocations par voie disciplinaire* »². Le Conseil d'Etat ne va pas le décevoir, même si de vifs débats ont lieu au sein du corps.

162. Si le rapport de la section de l'intérieur conclut sans nuance à un avis positif, l'examen en assemblée est le théâtre de discussions animées. En défenseur de la légalité, Edouard Laferrière, alors président de la section du contentieux, démontre l'absence de tout fondement juridique des suspensions de traitements³. Il balaye les arguments tirés de la tradition gallicane, du décret du 17 novembre 1811 relatif au traitement des ecclésiastiques remplaçant les titulaires des cures en cas d'absence, et du décret du 6 novembre 1813 portant sur la conservation et l'administration des biens possédés par le clergé. Il rassure en outre ses collègues et le gouvernement en constatant que l'Etat dispose d'autres voies de droit – le recours pour abus et plusieurs incriminations du Code pénal – pour se défendre contre les attaques du clergé.

Mais les conseillers conçoivent mal de rendre un avis négatif sur un aspect aussi important de la lutte contre le cléricalisme. Aussi, certains s'appuient, pour fonder le pouvoir disciplinaire de l'Etat, sur l'article 16 du Concordat accordant au gouvernement les mêmes droits que ceux dont jouissait le roi de France sous l'Ancien Régime. Finalement, le 26 avril 1883, l'assemblée décide de rendre un avis positif dont la rédaction laconique et ambiguë permet de sauver les apparences. Citant

¹ Sur les critiques catholiques des suspensions de traitements, voir Lucien Crouzil, *Les traitements ecclésiastiques*, Paris, 1903.

² Lucien Crouzil, *Les traitements ecclésiastiques*, Paris, 1903, p 16.

³ Sur l'intervention de Laferrière, voir Pascale Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, BDP, n°190, LGDJ, 1997, p 276 et s.

dans ses visas les décrets de 1811 et 1813, les coutumes d'Ancien Régime, l'article 16 du Concordat et marquant l'ancienneté et la constance de la pratique, le Conseil d'Etat ne répond explicitement qu'à la question de l'identité de régime entre les traitements des curés et ceux des desservants, en énonçant que « *le droit du gouvernement de suspendre ou de supprimer les traitements ecclésiastiques par mesure disciplinaire s'applique indistinctement à tous les ministres du culte salariés par l'Etat* »¹. Par son sens et sa rédaction, cet avis est parfaitement illustratif des contradictions qui tiraillent les conseillers d'Etat, sans cesse tenus de concilier leur soutien aux gouvernements républicains avec le souci du respect du droit. L'intervention de Laferrière atteste en outre que la loyauté bien réelle du Conseil d'Etat ne peut être assimilée à une soumission servile et aveugle à l'Etat républicain².

163. Cet aspect est encore illustré par l'arrêt du 1^{er} février 1889³, dans lequel le Conseil d'Etat se prononce au contentieux, directement et explicitement, sur la légalité des suspensions de traitements. Saisi des requêtes en excès de pouvoir de l'abbé Sailhol, curé de Villefrance, et de l'abbé Gléna, curé de Coaraze, dirigées contre des décisions ayant suspendu leurs traitements, le juge administratif doit répondre à la question des droits de l'Etat sur les traitements ecclésiastiques, mais aussi à celle de la compétence du Conseil d'Etat pour connaître des décisions attaquées.

Le ministre des cultes invoque plusieurs fins de non-recevoir dont le commissaire du gouvernement Gauwain n'a pas de mal à montrer la faiblesse. Le ministre fait d'abord valoir l'exception de recours parallèle tirée de l'existence du recours pour abus. Mais, répond Gauwain, les décisions de suspension de traitement ne sont pas une atteinte à l'exercice public du culte et à la liberté que les lois et règlements garantissent à ses ministres et, de ce fait, ne peuvent se rattacher à l'article 7 des Organiques qui définit l'abus civil. La notion d'acte de gouvernement est ensuite invoquée, et le commissaire du gouvernement montre que les décisions attaquées n'entrent pas dans le champ de la définition classique de cette catégorie : il ne s'agit ni d'une question de relations entre les pouvoirs publics, ni d'un aspect des relations internationales, ni d'une matière qui met en jeu la sûreté de l'Etat⁴. Au contraire, il s'agit de décisions normales et habituelles, prises au surplus en

¹ Brigitte Basdevant-Gaudemet, « Le Conseil d'Etat et les suppressions de traitements ecclésiastiques sous la Troisième République », *E.D.C.E.*, 1986, p 239-247 ; *Le Conseil d'Etat, son histoire d'après les documents d'époque, 1799-1974*, éd du CNRS, 1974, p 655 et s.

² Après cet avis, le Conseil d'Etat condamnera plusieurs fois pour abus des prélats qui avaient critiqué les suspensions de traitements. Voir Brigitte Basdevant-Gaudemet, « Le Conseil d'Etat et les suppressions de traitements ecclésiastiques sous la Troisième République », *E.D.C.E.*, 1986, p 239-247.

³ CE, 1^{er} février 1889, *Sailhol et Gléna, Rec.*, p 118, concl. Gauwain.

⁴ Gauwain fait référence à la définition de l'acte de gouvernement qui ressort notamment des arrêts CE, 9 mai 1867, *Duc d'Aumale et Michel Lévy, Rec.*, p 472, concl. Aucoc ; CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon*, DP, 1875, III, p 18, concl. David ; et TC, 5 novembre 1880, *Bouffier et autres c/ Fache et Schnerb, D.P.*, 1880, p 128, concl. Gomel.

application de divers textes législatifs et réglementaires. La suspension de traitement est donc un acte pris dans le « *cercle des attributions normales* » du gouvernement, et ne peut être qualifiée d'acte de gouvernement. Gauvain écarte définitivement cette qualification en invoquant l'exigence d'un contrôle juridictionnel le plus large contre les actes de l'administration. Enfin, il écarte rapidement l'argument selon lequel les décisions attaquées ont été prises en application du Concordat, impliquant dès lors l'interprétation d'un traité international qui ne relève que de la compétence du gouvernement.

164. Sur le fond, Gauvain argumente avec force dans le sens de l'illégalité des décisions. Pour ce faire, il reprend en détail tous les aspects du débat sur les suspensions de traitements. Après avoir rappelé que l'avis du 26 avril 1883 ne lie pas le Conseil d'Etat statuant au contentieux, suivant en cela la doctrine de Laferrière sur les rapports entre les avis consultatifs et l'activité contentieuse du Conseil d'Etat¹, il constate qu'aucun texte n'habilite clairement le gouvernement à pratiquer des suspensions pour des motifs disciplinaires. D'une part, la tradition de l'Ancien droit ne peut être transposée au régime du Concordat de 1801. Si durant cette période il existait un droit de saisie du temporel des ecclésiastiques, cette attribution était exercée par les juges dans des cas bien déterminés, et non par l'administration. Plus important, cette pratique prenait place dans un système de religion d'Etat, bien différent de la séparation des pouvoirs spirituel et temporel consacrée par le Concordat de 1801. Aussi, les profondes différences entre l'Ancien droit et le régime des cultes reconnus ne permettent pas de fonder les suspensions de traitements sur la tradition gallicane d'Ancien Régime. Au surplus, rajoute Gauvain, il est raisonnable de considérer que toute cette législation a été abrogée par la Constitution civile du clergé et le Concordat.

D'autre part, le ministre s'appuie sur le décret du 17 novembre 1811 relatif au traitement des ecclésiastiques remplaçant les titulaires des cures en cas d'absence, et le décret du 6 novembre 1813 portant sur la conservation et l'administration des biens possédés par le clergé. Mais ces deux textes n'ont qu'une portée comptable et un objet précis et limité ; ils ne prévoient en rien l'utilisation discrétionnaire de la suspension de traitement pour des motifs disciplinaires. Aux yeux de Gauvain, ils ne sont donc pas susceptibles de fonder juridiquement la pratique du gouvernement. Enfin, le commissaire du gouvernement dénie toute portée juridique aux débats parlementaires équivoques ayant eu lieu à plusieurs reprises, notamment en 1882 et 1885, sur la question des suspensions de traitements. Au terme de la solide argumentation de Gauvain, qui fait écho à celle de Laferrière deux ans plus tôt, les décisions attaquées se trouvent dépourvues de tout fondement légal. En

¹ Voir Pascale Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, BDP, n°190, LGDJ, 1997, p 84.

dernière analyse, c'est donc au législateur d'intervenir pour légitimer les pratiques des gouvernements républicains. Gauwain note d'ailleurs qu'un projet de loi tendant à légaliser les suspensions a été déposé par Paul Bert devant la Chambre en 1882. C'est donc que les pouvoirs publics ont conscience du défaut de base légale de ces sanctions disciplinaires.

165. Finalement, le juge administratif suit Gauwain en admettant la recevabilité de la requête, mais juge les décisions légales en se fondant sur l'ancienneté du procédé : « *Considérant qu'il est de règle et de tradition constantes dans le droit public français que, si les membres du clergé ne relèvent que de leurs supérieurs ecclésiastiques dans les questions d'ordre purement religieux, il n'en reste pas moins soumis à la haute discipline du gouvernement en ce qui touche leurs rapports avec le pouvoir civil et l'observation des lois de l'Etat ; considérant que cette discipline, exercée avant 1789 au moyen, tant de l'appel comme d'abus que de la saisie du temporel, n'a pas cessé de l'être depuis la mise en vigueur de la législation concordataire ; que le recours pour abus a été expressément maintenu par cette législation ; que d'autre part, le droit de saisie du temporel a été exercé par tous les gouvernements qui se sont succédés depuis le Concordat, sous la forme de suspensions ou retenues des traitements que l'Etat a alloué aux titulaires ecclésiastiques après la suppression des revenus propres du clergé* »¹. Etrange justification juridique que celle tirée de la perpétuation d'un comportement. Il reste que le Conseil d'Etat campe sur ses positions : fidèle soutien des républicains, il se doit de valider les pratiques gouvernementales qui concourent à la politique anticléricale. Non content de fournir une base légale aux suspensions de traitements, le juge accorde en outre un large pouvoir discrétionnaire au gouvernement. Il énonce ainsi « *que les décisions prises dans l'exercice de ce pouvoir de haute discipline par le ministre chargé du service et de la police des cultes ne sont pas susceptibles d'être discutées devant le Conseil d'Etat par la voie contentieuse* ». Il y a là une application de la notion d'acte de pure administration, ou d'acte discrétionnaire. Comme l'explique Laferrière, il s'agit de décisions fortement marquées de pouvoir discrétionnaire, à l'encontre desquelles aucun droit acquis ne peut être opposé et aucune violation de la loi ne peut être reprochée. En somme, les actes discrétionnaires sont ceux dont les motifs ne peuvent être discutés devant le juge. Seuls des griefs de forme ou d'incompétence peuvent être à l'occasion articulés contre ces actes, ce que le Conseil d'Etat marque, lorsqu'aucun moyen ne peut être utilement invoqué, en adoptant une motivation ambiguë laissant penser que tout recours est exclu². Cette analyse est d'ailleurs confirmée par le second arrêt qui accueille la requête de l'abbé

¹ CE, 1^{er} février 1889, *Sailhol et Gléna, Rec.*, p 118, concl. Gauwain.

² Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome II, Berger-Levrault, 1888, p 394 et s : « *Il n'est donc point exact de dire, comme l'ont fait quelques arrêts, que les actes de*

Gléna et annule la décision de suspension, car elle avait été prise par le préfet et non par le ministre, seul compétent.

166. L'arrêt de 1889 illustre la constance de la fidélité du Conseil d'Etat républicain envers les pouvoirs publics, mais aussi la vigueur des débats internes à l'institution. Conscient des passions intenses suscitées par les affaires de culte, Gauwain insiste ainsi, au début de son intervention, sur l'impartialité du Conseil d'Etat, présenté comme un simple serviteur de la loi. Les divergences de points de vue n'en subsistent pas moins, comme le montre l'arrêt de rejet adopté par la juridiction, rendu contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement comme souvent dans les affaires religieuses. La variété des positions des conseillers, allant de la pure défense du droit, illustrée par Laferrière, à l'anticléricalisme militant en passant par une bienveillance modérée et discrète pour la religion, ne permet pas d'envisager le Conseil d'Etat comme le lieu d'un front antireligieux militant. Mais le juge administratif demeure animé par un anticléricalisme raisonné et par une forte tradition de défense des prérogatives de l'Etat.

Section II. – L'anticongréganisme jurisprudentiel.

167. L'hostilité au clergé régulier manifestée par les gouvernements républicains a entraîné une importante activité législative et règlementaire qui a accentué la précarité de la situation des congrégations, déjà largement entretenue par le droit positif du XIXe siècle. Nous l'avons vu, ce dernier se caractérise par un système généralisé d'autorisation, soit par le législateur, soit par le gouvernement¹.

pure administration, les actes discrétionnaires ne sont pas de nature à être déférés par application des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 ; leur nature ne répugne point à tout recours devant le Conseil d'Etat, et il n'y a, sous ce rapport, aucun rapprochement à faire entre eux et les actes de gouvernement. Seulement, il va de soi qu'ils ne peuvent être attaqués que pour les griefs d'illégalité auxquels se prête leur nature plus ou moins discrétionnaire, griefs qui sont quelque fois très restreints, et qui peuvent se réduire au seul cas d'incompétence ». Voir aussi Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, p 200.

¹ Voir *supra*, n°75. Dès la Révolution, la loi des 13-19 février 1790 supprime toute valeur légale aux vœux monastiques et la loi du 18 août 1792 interdit tous les ordres religieux. Au début du XIXe siècle, Napoléon rompt avec le système de la prohibition absolue et, par un décret du 3 Messidor an XII, soumet la formation des congrégations à autorisation du gouvernement. Plus tard, la loi du 2 janvier 1817 impose aux congrégations une reconnaissance par la loi. A la fin de la Restauration, une ordonnance royale du 16 juin 1828 interdit l'enseignement aux membres des congrégations non autorisées. La loi du 24 mai 1825 et le décret du 31 janvier 1852 confirment le régime antérieur tout en l'assouplissant en permettant aux congrégations féminines d'obtenir une autorisation par simple décret en Conseil d'Etat. Enfin, les congrégations entrent dans le champ des dispositions restrictives sur les associations, principalement les articles 291 et suivants du code pénal, modifiés par la loi du 10 avril 1834. L'économie générale du régime des congrégations au XIXe siècle consiste donc à soumettre ces dernières à une autorisation du législateur ou du gouvernement pour jouir de la personnalité

Pendant deux décennies, les gouvernements républicains s'appuient sur la législation existante pour mener la lutte contre les congrégations. Les décrets du 29 mars 1880 visant la Compagnie de Jésus et les congrégations non-autorisées se veulent par exemple comme une simple mise en œuvre du droit positif du XIX^e siècle¹. De même, à l'occasion des opérations

juridique. Certains estiment même que l'autorisation est une condition pour mener une existence de fait licite. Voir par ailleurs l'article « Congrégations religieuses », in *Répertoire pratique Dalloz*, 1912, p 465.

¹ L'affaire des décrets de 1880 devant le Tribunal des conflits illustre que la compétence juridictionnelle devient un enjeu des luttes entre l'Eglise et l'Etat. Nous avons vu plus haut qu'à la suite du rejet de l'article 7 du projet de loi sur l'enseignement supérieur, le président de la République prend deux décrets le 29 mars 1880, fondés sur les textes d'Ancien Régime, des lois révolutionnaires et des textes concordataires à la portée incertaine (le décret vise la loi des 13-19 février 1790, qui met fin à la reconnaissance des vœux monastiques, la loi du 18 août 1792, l'article 11 du Concordat, l'article 11 des Articles Organiques, qui supprime tout établissement ecclésiastique hormis les diocèses, chapitres et séminaires, le décret-loi du 3 messidor an XII, qui dissout plusieurs congrégations non autorisées, les articles 291 et 292 du Code pénal sur les associations, plusieurs arrêts du Parlement de Paris de la seconde moitié du XVIII^e siècle, et plusieurs ordres du jour de la Chambre des députés affirmant l'illégalité des jésuites et d'autres congrégations non autorisées). Voir les décrets reproduits in Théodore Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 6^{ème} éd, Tome II, Paris, 1881, p 713 et s). Le premier décret prononce la dissolution de la Compagnie de Jésus, le second impose aux congrégations de solliciter l'autorisation prévue par le droit positif, sous peine de dissolution. Face à la résistance des jésuites et des autres congrégations non autorisées, le gouvernement prend des mesures vigoureuses et parfois violentes pour expulser les récalcitrants. Les préfets prennent des arrêtés individuels de dissolution et les commissaires de police exécutent ces actes en expulsant les congréganistes et en apposant des scellés sur les portes et fenêtres pour empêcher leur réinstallation (Sur la mise en œuvre des décrets et le déroulement matériel des opérations, voir Jean-Pierre Machelon, *La République contre les libertés*, FNSP, 1976, p 362 et s ; Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice en France*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001, p 677 et s ; Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, p 180 et s ; Christian Sorrel, *La République contre les congrégations*, Cerf, 2003). Un abondant contentieux se noue à l'occasion de ces mesures d'exécution, de nombreuses congrégations assignant les préfets et les commissaires devant le juge des référés pour obtenir la mainlevée des scellés et la réintégration dans les lieux ; de nombreuses questions de compétence aboutissent devant le Tribunal des conflits. Les arrêts *Marquigny* et *Bouffier* inaugurent la jurisprudence relative aux mesures d'exécution des décrets du 29 mars 1880 (TC, 5 novembre 1880, *Marquigny et autres c/ Cambon et Mornave*, D.P., 1880, III, p 121, concl. Ronjat, et la note ; TC, 5 novembre 1880, *Bouffier et autres c/ Fache et Schnerb*, D.P., 1880, p 128, concl. Gomel et la note ; d'une manière générale, sur le contentieux lié aux décrets de 1880, voir J. Auffray et L. de Crousaz-Cretet, *Les expulsés devant les tribunaux. Recueil des décisions judiciaires relatives à l'exécution des décrets du 29 mars 1880*, Paris, V. Palmé, 1881). Confiant envers le Conseil d'Etat récemment épuré, le gouvernement souhaite que la compétence de la juridiction administrative soit retenue, tandis que les congréganistes penchent pour un juge judiciaire qu'ils estiment plus favorable à leur cause. Le débat au sein de la juridiction est très serré. Les deux commissaires du gouvernement, Ronjat (Cour de cassation) et Gomel (Conseil d'Etat) rendent des conclusions très différentes. De plus, un partage des voies entre les membres de la Cour de cassation, favorables à la compétence judiciaire, et les conseillers d'Etat, optant pour la compétence administrative, impose le départage du Garde des sceaux Cazot, fervent républicain déterminé à faire triompher la justice administrative. La politisation de la question de compétence est à son comble. Sur la question de compétence, les commissaires du gouvernement Ronjat et Gomel s'opposent sur la solution à donner. Invoquant la vieille et contestable théorie du mobile politique (Dans ses conclusions sur l'arrêt *Prince Napoléon*, le commissaire du gouvernement David affirme sans ambiguïté que l'acte de gouvernement est identifié par sa nature et non par le mobile qui a présidé à son édicition ; voir CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon*, *Rec.*, p 155, concl. David ; est ainsi disqualifiée une théorie parfois défendue par la doctrine et les ministres, mais qui n'a probablement jamais été mise en œuvre par le Conseil d'Etat ; voir Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, p 201 et s), Ronjat considère que les décrets et les arrêtés préfectoraux d'expulsion sont des actes de gouvernement insusceptibles de recours car le chef de l'Etat a été guidé par une intention politique et de haute police (Concl. Ronjat, *Rec.*, 1880, p 806 et s). Ensuite, à supposer que les décrets et les arrêtés préfectoraux ne soient pas des actes de gouvernement, ils sont sans doute possible des actes administratifs fondés sur des textes existants et clairs. Enfin, l'exécution d'office employée par l'administration est posée comme un corollaire nécessaire de l'acte, dont la légalité n'est soumise à aucune condition particulière. Gomel repousse fortement cette argumentation en montrant que la théorie du mobile politique n'est pas compatible avec un régime libéral et que

d'administration quotidienne, les procédures traditionnelles en matière religieuse sont exploitées dans le sens du combat contre les congrégations, en s'attaquant à la puissance matérielle et à l'influence morale de ces dernières. Le Conseil d'Etat républicain adopte une position très restrictive dans le cadre de ses activités consultatives. Par exemple, la création d'un nouvel établissement par une congrégation autorisée est soumise à autorisation du gouvernement, qui se prononce après avis du Conseil d'Etat. A partir des années 1880, le

les décrets sont des actes d'application de la loi, plus précisément un simple rappel du droit en vigueur (les commissaires du gouvernement, le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits considèrent qu'une décision n'est pas un acte de gouvernement dès lors qu'elle a été prise en application d'une loi, aussi politique soit-elle ; voir François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995, p 225 ; voir aussi Frédéric Blancpain, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Thèse, Paris II, 1979, p 189 et s ; et par exemple : Concl. David sur CE, 5 juin 1874, *Chéron, Véron et autres, Rec.*, p 515). En conséquence, les décrets relèvent de l'activité habituelle et « normale » du pouvoir exécutif, et ne rentrent dans aucune des catégories d'actes de gouvernement dégagées par la jurisprudence (affaires étrangères, relations entre les pouvoirs publics, exercice de droits de souveraineté discrétionnaires). Si la qualification d'acte de gouvernement ne peut être retenue, les décrets doivent être considérés comme des actes administratifs, de même que les arrêtés préfectoraux d'expulsion pris pour leur exécution (puisque'ils ont été pris par un « fonctionnaire de l'ordre administratif agissant dans l'exercice de ses attributions et comme représentant de l'autorité publique »), et relèvent à ce titre de la compétence de la juridiction administrative. Toutefois, le raisonnement ne s'arrête pas là, car les requérants soutiennent que les textes qui fondent les décrets sont soit sortis de vigueur, soit insusceptibles de fonder les mesures prises à l'encontre des congrégations (pour ces arguments, voir notamment : note anonyme, *D.P.*, 1880, p 73 ; l'auteur conteste que les textes d'Ancien Régime invoqués par le décret soient encore en vigueur, de même que le décret du 3 messidor an XII soumettant l'existence légale de toute congrégation à autorisation du gouvernement ; quant aux lois révolutionnaires de 1790 et 1792, aux autres textes du XIXe siècle et au principe de la séparation des pouvoirs, il les juge inapplicables en l'espèce ; dans le même sens, voir note anonyme, *D.P.*, 1880, p 57 ; voir aussi E. Rousse, *Consultation sur les décrets du 29 mars 1880 et sur les mesures annoncées contre les associations religieuses*, Pédone-Lauriel, 1880 ; A. Gavouyère, « Note sur l'arrêt du Tribunal des conflits dans l'affaire des Pères Jésuites de Lille », *R.C.I.D.*, janvier 1881, p 41 et s). Si cet argument était fondé, le juge judiciaire ne se trouverait pas face à une simple hypothèse d'excès de pouvoir, qui ne bouleverse pas l'ordre des compétences (TC, 5 mai 1877, *Laumonier-Carriol c/ Magne, Mathieu-Bodet et Merlet, Rec.*, p 438, concl. Laferrière), mais à un « excès de pouvoir absolu », à une voie de fait, résultant d'une faute lourde et grossière, qui ferait perdre aux décrets leur nature administrative et habiliterait le juge judiciaire à connaître des demandes de mainlevée des scellés et de réintégration dans les lieux. Pour Gomel, il y a là une difficulté sérieuse dont la résolution est indispensable pour déterminer la compétence juridictionnelle. En effet, si les textes qui fondent les décrets sont en vigueur et applicables, alors le juge judiciaire est face à des actes administratifs dont il ne peut pas entraver l'exécution. En revanche, si les décrets n'ont pas de base légale, alors la situation relève de la voie de fait, et de la compétence du juge judiciaire. Selon le commissaire du gouvernement, le juge des référés aurait donc dû saisir le juge administratif à titre préjudiciel de la question de légalité des décrets avant de se prononcer sur sa compétence. Aussi, Gomel conclut à la confirmation de l'arrêt de conflit, mais seulement en tant qu'il implique la compétence administrative pour se prononcer à titre préjudiciel sur la validité des arrêtés préfectoraux et des décrets qu'ils exécutent. Le Tribunal des conflits ne retient pas cette proposition, pas plus du reste que la thèse maximaliste de l'acte de gouvernement défendue par Ronjat, mais se fonde sur une conception extensive de la séparation des autorités, en jugeant que le juge judiciaire ne peut entraver l'exécution d'un acte administratif par ses décisions. Seul le juge administratif est compétent pour connaître des décrets et de ses mesures d'exécution, dont les bases légales sont implicitement considérées comme existantes et applicables par le Tribunal des conflits. Au milieu d'un débat très nourri et disputé, chez les juges comme dans la doctrine, le Tribunal des conflits, orienté par la voie décisive du Garde des sceaux, opte donc pour la compétence de l'ordre juridictionnel qui a la préférence du gouvernement (voir la bonne synthèse des arguments échangés dans le débat dans note anonyme, *D.P.*, 1880, III, p 57 et note anonyme, *D.P.*, 1880, III, p 73 ; voir aussi Bouché, *Du droit d'exister des congrégations non reconnues*, Thèse, Rennes, 1897 ; Beurdeley, *Les congrégations et communautés religieuses devant la loi*, Thèse, Paris, 1898 ; et la consultation de l'avocat Rousse, approuvée par de nombreux juristes, qui conclut à l'illégalité des décrets, *Consultation sur les décrets du 29 mars 1880 et sur les mesures annoncées contre les associations religieuses*, Pedone-Lauriel, 1880).

Conseil d'Etat donne très peu d'avis positifs, et se montre particulièrement restrictif pour les nouveaux établissements scolaires. Dans le même sens, il refuse d'autoriser de nombreuses libéralités consenties aux congrégations par les particuliers¹.

Le *statu quo* législatif en matière de congrégations est rompu par le titre III de la loi du 1^{er} juillet 1901 sur la liberté d'association qui inaugure la campagne anticongréganiste la plus intense menée par les républicains. Il est suivi par les lois du 4 décembre 1902 et du 7 avril 1904².

168. Fidèle aux républicains, le Conseil d'Etat donne de la législation du XIXe siècle, puis du nouveau régime du début du XXe siècle, une interprétation aggravant systématiquement la situation des congrégations et accroissant les pouvoirs dont dispose le gouvernement à leur égard. Nous aborderons ici deux exemples des diverses manifestations du soutien apporté par le juge administratif à la lutte contre les congrégations. Le contentieux relatif au remplacement des instituteurs congréganistes illustre d'abord l'interprétation très constructive du droit positif du XIXe destiné à ménager un large pouvoir discrétionnaire au gouvernement (§ 1.). Plus tard, dans le cadre de la loi du 1^{er} juillet 1901, le Conseil d'Etat étend très largement le champ d'application des dispositions qui soumettent les congrégations à autorisation, et le Tribunal des conflits accorde au gouvernement d'importants pouvoirs d'exécution d'office des mesures d'expulsion des congrégations non autorisées, dont il tente toutefois de prévenir les excès en canalisant leur exercice (§ 2.).

§ 1. – Le remplacement des instituteurs congréganistes.

169. Dès leur accession au pouvoir, les républicains entreprennent d'amoindrir l'influence des congrégations dans l'enseignement. La campagne de remplacement des instituteurs congréganistes participe de cette politique d'influence morale sur la société française. Elle consiste à remplacer par des maîtres laïques les nombreux congréganistes (principalement des Frères des écoles chrétiennes) qui peuplent les écoles publiques. Cette pratique provoque plusieurs recours pour excès de pouvoir contre les décisions de remplacement prises par les préfets.

¹ Jean-Pierre Machelon, *La République contre les libertés*, FNSP, 1976, p 352 et s.

² Avant 1901, quelques textes avaient modifié de manière marginale le régime des congrégations. Ainsi de la loi du 16 juin 1881 qui met fin au système de la lettre d'obédience, délivrée par les congrégations aux instituteurs, et qui dispensait ces derniers de l'obtention du brevet de capacité normalement exigé de tout instituteur (Christian Sorrel, *La République contre les congrégations*, Cerf, 2003). Voir aussi l'exemple des lois du 28 décembre 1880, 29 décembre 1884 et 16 avril 1895 qui soumettent des congrégations à diverses obligations fiscales.

170. Avant l'épuration, le Conseil d'Etat est nettement acquis à la cause catholique, et alors que l'assemblée doit se prononcer au contentieux sur le sort des requêtes, la section du contentieux a déjà opiné en faveur de l'annulation des décisions de remplacement, de même que Baulny, le rapporteur des affaires¹. Les républicains craignent donc que le juge administratif ne contrecarre leur politique anticongréganiste en limitant le pouvoir de remplacement des instituteurs dont dispose le gouvernement. Aussi, le gouvernement hâte l'adoption du projet de loi sur le Conseil d'Etat pour procéder à l'épuration républicaine de la Haute Assemblée². La loi est adoptée le 13 juillet 1879 et les nouvelles nominations sont faites juste à temps pour qu'un Conseil d'Etat plus conciliant se prononce sur les requêtes des instituteurs évincés.

A. – Un pouvoir de remplacement étendu au profit de l'administration.

171. Le Conseil d'Etat épuré rend un arrêt de rejet le 9 décembre 1879 confortant les pouvoirs de l'administration³. L'épuration s'est avérée d'ailleurs particulièrement efficace puisqu'elle a conduit à un retournement complet de la solution attendue du juge administratif.

A l'occasion de plusieurs affaires du même type jugées le 18 janvier 1880⁴, le commissaire du gouvernement Gomel expose l'argumentation fondant le rejet des requêtes. Le nœud du débat concerne la question de l'étendue du pouvoir de remplacement dont l'administration dispose à l'égard des instituteurs. Selon les requérants, les lois sur l'enseignement primaire épuisent les hypothèses dans lesquelles l'administration peut exclure un instituteur du service. L'article 23 de la loi Guizot du 28 juin 1833 prévoyait ainsi une procédure spécifique de révocation des instituteurs par le comité d'arrondissement, qui excluait toute autre forme d'éviction. Ensuite, la loi du 15 mars 1850 a confié le pouvoir de nomination des instituteurs au conseil municipal, et les pouvoirs disciplinaires (réprimande, suspension, privation de traitement, révocation) au recteur. Le décret du 9 mars 1852 et la loi du 14 juin 1854 ont réuni ces deux types d'attributions entre les mains du préfet, compétent pour nommer et pour révoquer les instituteurs, cette dernière attribution ayant un but exclusivement disciplinaire. Pour les requérants, ces changements de règles de compétences n'ont pas modifié l'étendue des pouvoirs confiés à l'administration. Ces derniers ne permettent

¹ Vincent Wright, « L'épuration du Conseil d'Etat en 1879 », *R.H.M.C.*, 1972, p 621-653 ; *Le Conseil d'Etat, son histoire d'après les documents d'époque, 1799-1974*, éd du CNRS, 1974, p 603 et s.

² Le rapporteur Baulny est notamment exclu du Conseil, voir Vincent Wright, « L'épuration du Conseil d'Etat en 1879 », *R.H.M.C.*, 1972, p 621-653 ; et Jacques Lafon, « Les poursuites contre les ministres du culte au XIXe siècle », *E.D.C.E.*, 1979, p 130.

³ CE, 9 décembre 1879, *Dame Thomas et autres, Rec.*, p 795.

⁴ CE, 16 janvier 1880, *Le Goff et autres, Rec.*, p 40, concl. Gomel.

l'éviction des instituteurs que pour des causes disciplinaires, et dans les formes prescrites par la loi. Dès lors, l'administration ne disposerait d'aucun pouvoir autonome de remplacement en dehors d'un motif disciplinaire¹.

172. Cette thèse, qui peut se prévaloir d'une lecture stricte de la loi et d'un certain souci de sécurité juridique, n'est pas retenue par Gomel et par la juridiction. Gomel invoque l'esprit de la législation inaugurée par la loi du 15 mars 1850. Si, sous l'empire de la loi Guizot, les instituteurs pouvaient jouir d'une certaine inamovibilité, cette époque est révolue. A grand renfort de citation des travaux préparatoires, Gomel montre que le législateur a voulu faire de l'instituteur le dépositaire de la confiance de l'Etat et de la société. Si cette confiance vient à disparaître, l'administration doit pouvoir évincer l'instituteur à tout moment. Du reste, note le commissaire du gouvernement, ces considérations tirées de l'esprit de la loi montrent qu'il n'y a aucune raison d'exclure les instituteurs du droit commun de la fonction publique, qui soumet tous les agents de l'Etat ou presque (les magistrats jouissent par exemple d'un statut protecteur) au pouvoir discrétionnaire de révocation. Cette conclusion est renforcée par l'idée de parallélisme des compétences, qui impose, selon Gomel, que le préfet, qui dispose du pouvoir de nomination, dispose aussi du pouvoir de mettre fin aux fonctions, y compris pour des motifs non disciplinaires.

De la combinaison de ces arguments de droit et d'opportunité, et par un raisonnement *praeter legem*, Gomel déduit un large pouvoir discrétionnaire en faveur de l'administration, permettant à la fois l'éviction pure et simple, la révocation disciplinaire, mais aussi le déplacement ou le remplacement de l'instituteur. Le Conseil d'Etat suit son commissaire : « *Considérant qu'il est de principe que les fonctionnaires publics nommés par le pouvoir exécutif peuvent toujours être relevés de leurs fonctions par la même autorité, à moins d'exceptions formellement prévues par la loi, et qu'aucune exception ni réserve de cette nature n'a été établie au profit des instituteurs publics communaux par les lois et décrets précités ; considérant que de ce qui précède il résulte que les instituteurs communaux sont, d'après les lois en vigueur, dans les mêmes conditions que tous les autres fonctionnaires révocables et qu'ils peuvent être, comme eux, soit déplacés ou relevés de leurs fonctions pour les besoins du service ou dans un intérêt d'ordre public, soit frappés de révocation* »

¹ Sans admettre l'éviction complète de l'instituteur, le Conseil d'Etat a déjà admis le déplacement de l'instituteur dans l'intérêt du service, en dehors de tout motif disciplinaire. Voir Le Vavasseur de Précourt, « De la nomination des instituteurs communaux », *R.C.L.J.*, 1878, p 609-622. De plus, sur les arguments catholiques, voir R. du Bois, « Du droit de remplacer les instituteurs », *R.C.I.D.*, 1878, n°1, p 45-50.

par mesure disciplinaire »¹. De telles prérogatives sont bien sûr parfaitement adaptées à la poursuite de la lutte anticongréganiste menée par le gouvernement sur le terrain de l'enseignement.

La nature politique de cette solution ressort notamment de l'ambiguïté des conclusions de Gomel. Conscient du contexte fortement politisé de l'affaire, le commissaire du gouvernement ressent le besoin d'insister, au début et à la fin de ses conclusions, sur l'indépendance et l'impartialité du Conseil d'Etat. Il explique ainsi que la Haute Juridiction ne tranche qu'en fonction du droit, sans égard pour les questions politiques, et que le juge de l'excès de pouvoir est un gardien particulièrement scrupuleux des droits des citoyens. Mais ce rappel solennel des devoirs du juge administratif s'accompagne d'un éloge de l'œuvre enseignante des congrégations qui rompt avec la traditionnelle retenue des commissaires du gouvernement. Le catholique Gomel rend ainsi hommage « *au dévouement avec lequel les membres des congrégations enseignantes se consacrent à l'éducation des enfants des classes laborieuses* » et reconnaît « *les services qu'ils rendent à la grande cause de l'instruction populaire, et nous apprécions toute l'utilité, ou pour mieux dire, la nécessité de son concours* ». Cette contradiction, chez un seul et même membre de la juridiction administrative, entre les convictions religieuses, les impératifs politiques et les exigences de la fonction juridictionnelle illustre le peu de sérénité qui a présidé au jugement de ces affaires.

B. – Le remplacement des instituteurs congréganistes et la compétence juridictionnelle.

173. Parallèlement à la question de la légalité des mesures de remplacement prises par les préfets, s'est posée une question connexe de compétence juridictionnelle. Certains instituteurs remplacés ne se sont pas contentés de se pourvoir devant le Conseil d'Etat, et ont saisi le juge civil des référés de demandes tendant au maintien provisoire en possession des locaux affectés au logement de l'enseignant. Certaines de ces demandes sont fondées sur la simple qualité d'instituteurs et sur les contrats liant le maître à l'établissement. Mais d'autres font valoir des droits réels découlant de donations d'immeubles à l'école communale, expressément conditionnées par l'affectation perpétuelle des locaux à l'enseignement congréganiste. Lorsque les juges se déclarent compétents, les préfets élèvent le conflit. Le Tribunal des conflits doit donc déterminer si de telles actions sont un obstacle à l'exécution des actes administratifs, et partant, doit juger si la juridiction judiciaire est bien compétente pour en connaître.

¹ CE, 16 janvier 1880, *Le Goff et autres*, Rec., p 40, concl. Gomel. Pour un autre exemple, voir CE, 25 juin 1880, *Cazaneuve, Pellatan, Régis et autres*, Rec., p 588. Voir la confirmation du pouvoir discrétionnaire du préfet dans une affaire de suspension d'un instituteur, le commissaire du gouvernement Gomel réaffirmant le refus du Conseil d'Etat d'examiner les motifs des décisions préfectorales : CE, 16 janvier 1880, *Barbarin et Créquer* (2 esp), Rec., p 56, concl. Gomel.

174. S'agissant des demandes fondées sur le titre d'instituteur, le Tribunal des conflits exclut la compétence judiciaire au profit de la compétence administrative sur le fondement de la séparation des pouvoirs qui prohibe au juge judiciaire d'apprécier la légalité ou d'entraver l'exécution des actes administratifs. De plus, le Tribunal rappelle que l'occupation de la maison d'école par l'instituteur ne résulte pas d'un droit réel dont le juge judiciaire est le protecteur, mais de la simple qualité d'instituteur ; l'occupation cesse donc de droit au moment du remplacement¹.

175. Le sort des demandes fondées sur des donations pouvait paraître plus délicat car, alors, sont en jeu des droits réels, démembrements de la propriété dont le juge judiciaire a une vocation naturelle à connaître. A l'occasion de deux affaires jugées le 14 janvier 1880², deux commissaires du gouvernement illustrent les différents dosages possibles entre deux types de considérations – les droits réels d'une part, et le lien de fonctionnariat d'autre part – pour la détermination de la compétence.

Gomel, intervenant cette fois-ci devant le juge des conflits, reconnaît que la décision de remplacement de l'instituteur congréganiste prise par le préfet est un acte administratif qui relève de la compétence du juge administratif, et à l'exécution duquel le juge judiciaire ne peut pas opposer d'obstacles. Mais il insiste aussi sur la compétence naturelle du juge judiciaire pour connaître des questions de propriété³. Or, en l'espèce, les frères ne se prévalent pas de la qualité d'instituteur, simple lien de fonctionnariat qui ne crée aucun droit réel au profit des enseignants, mais d'un droit d'occupation tiré d'une donation. Un droit réel est donc en jeu, pour la protection duquel le juge judiciaire est compétent.

A cette argumentation, Cazalens oppose une théorie beaucoup plus radicale. Selon lui, le lien de fonctionnariat n'est pas détachable des donations dont se prévalent les frères. Si les locaux provenant de la donation doivent être affectés aux instituteurs congréganistes, c'est en leur qualité

¹ TC, 11 janvier 1879, *Institut des frères des écoles chrétiennes c/ Ville de Blois*, D.P., 1879, III, p 66 : « considérant que le local affecté à l'habitation est l'accessoire de la fonction d'instituteur communal et doit être fourni par la commune en même temps que le local où l'enseignement est donné ; que le droit de l'occuper cesse avec la qualité d'instituteur et passe, en vertu de l'arrêté qui l'a nommé, à celui qui a été investi de cette qualité ». Voir aussi, TC, 28 décembre 1878, *Institut des frères des écoles chrétiennes c/ Ville de Montereau*, D.P., 1879, III, p 65 ; TC, 11 janvier 1879, *Institut des frères des écoles chrétiennes c/ Commune de Lambézellec*, D.P., 1879, III, p 66.

² TC, 14 janvier 1880, *Frères des écoles chrétiennes, Maille, Garnier et Lebrun c/ Ville de Brignolles*, Rec., p 23, concl. Gomel ; et TC, 14 janvier 1880, *Frères des écoles chrétiennes c/ le préfet du Gard et ville l'Alais*, Rec., p 30, concl. Cazalens.

³ « s'il est vrai, explique Gomel, qu'il ne saurait appartenir aux tribunaux d'entraver l'exécution d'un acte administratif, c'est à la condition que cet acte ne porte pas atteinte à des droits de propriété ou dérivant du droit de propriété. Ainsi, supposons une école communale établie dans un local dont les frères sont propriétaires ou qui leur a été loué par un bail régulier. Le préfet pourra leur enlever la qualité d'instituteurs publics, mais il ne pourra les chasser du bâtiment qu'ils occupent, et le principe de la séparation des pouvoirs n'empêchera pas le tribunal civil d'être compétent pour connaître de l'action réelle que les frères feront valoir sur leur immeuble ».

d'instituteurs publics, puisque la donation bénéficie à l'école publique. Ainsi, lorsqu'un frère perd la qualité d'instituteur public du fait de la décision de remplacement, il perd le droit d'occuper la maison d'école. En l'absence de tout droit civil, la compétence du juge judiciaire doit être exclue, car elle aurait pour effet d'entraver l'exécution d'un acte administratif.

C'est cette solution favorable au gouvernement qui est retenue par le Tribunal des conflits. L'exigence d'effectivité de l'acte administratif prime sur toute autre considération : « *que la continuation de l'occupation de la maison d'école demandée par les frères étant inconciliable avec les effets et l'exécution des arrêtés susvisés, le juge des référés en se déclarant compétent a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire* »¹. Du reste, les arrêts interviennent dans un contexte particulier. Déjà fortement politisées par l'enjeu politique et religieux que représente la question des remplacements, les affaires sont jugées sur départage du garde des sceaux Cazot, qui fait pencher la solution du côté de l'incompétence du juge judiciaire².

Le dispositif juridique élaboré par le juge administratif et le Tribunal des conflits est donc parfaitement adapté aux desseins de l'administration républicaine : le juge administratif est seul compétent en matière de remplacement des instituteurs congréganistes et accorde au gouvernement un très large pouvoir discrétionnaire.

176. L'incompétence du juge judiciaire se limite toutefois au juge des référés. En effet, le Tribunal des conflits réserve la compétence du juge du fond pour se prononcer sur la valeur des droits invoqués par les demandeurs³. Dès lors, si le juge des référés est saisi après un jugement sur le fond, sa compétence devrait être admise par le Tribunal des conflits.

Ceci étant dit, l'articulation des compétences entre le référé et le fond est appréciée très strictement par le juge des conflits et révèle les contradictions de sa jurisprudence avec les règles qu'il a lui-même posées. En ce sens, dans une décision de 1883, le Haut Tribunal juge que les

¹ TC, 14 janvier 1880, *Frères des écoles chrétiennes, Maille, Garnier et Lebrun c/ Ville de Brignolles, Rec.*, p 23, concl. Gomel ; voir aussi TC, 14 janvier 1880, *Frères des écoles chrétiennes c/ le préfet du Gard et ville d'Alais, Rec.*, p 30, concl. Cazalens ; TC, 27 décembre 1880, *Caseneuve et Hours c/ maire de Carpentras, Rec.*, p 1086. TC, 28 décembre 1878, *Institut des frères des écoles chrétiennes c/ Ville de Montereau, D.P.*, 1879, III, p 65 ; TC, 11 janvier 1879, *Institut des frères des écoles chrétiennes c/ Ville de Blois, D.P.*, 1879, III, p 66.

² La ligne de partage entre les membres du Tribunal des conflits passe entre les juges judiciaires, qui n'ont pas encore été épurés, et dont les sentiments religieux sont encore largement favorables à l'Eglise, et les conseillers d'Etat fraîchement issus de l'épuration de juillet 1879, qui soutiennent le gouvernement. Voir Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice en France*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001.

³ TC, 14 janvier 1880, *Frères des écoles chrétiennes, Maille, Garnier et Lebrun c/ Ville de Brignolles, Rec.*, p 23 : « *cons que les stipulations de cette donation et les droits qui ont pu en résulter n'ont pu faire obstacle soit à l'exercice des pouvoirs du préfet en vertu des lois précitées, soit aux conséquences de ses décisions relativement à l'immeuble affecté à l'école communale, et qui conserve cette affectation jusqu'au jugement définitif à intervenir que les frères prétendent avoir à la possession de cet immeuble et tant que la propriété n'aura pas été retirée à la commune* ». Voir ainsi un arrêt qui reconnaît la compétence d'un juge du fond pour se prononcer sur la propriété d'un immeuble confié à un instituteur laïque, et sur les mesures provisoires : TC, 26 mars 1881, *Monnier c/ Ville d'Alais, Rec.*, p 355

stipulations de donations consenties à des sœurs enseignantes ne peuvent faire obstacle à l'exécution de la décision d'expulsion prise par le préfet, alors même que les droits invoqués ont une existence et une portée certaines¹. La motivation de l'arrêt suggère donc que la reconnaissance de l'existence et de la portée de droits civils, au besoin par le juge du fond, ne remettrait pas en cause l'exécution de l'acte administratif. Une solution identique prévaut *Fabrique de Saint-Donan* de 1898. Dans cette affaire, une fabrique propriétaire des locaux d'une école publique, dont l'institutrice congréganiste a été remplacée, demande en référé la restitution des immeubles. Le titre de propriété n'est pas contesté par la commune, mais le Haut Tribunal n'en écarte pas moins la compétence du juge des référés : « *considérant qu'en admettant même que les droits de propriété invoqués par la fabrique ne soient pas contestés par la commune, il n'est justifié d'aucun accord sur les conditions de la cessation de l'occupation de l'immeuble pour le service de l'école publique* »². Commentant la décision, Hauriou relève le caractère restrictif de la solution, soupçonnant la motivation politique de la jurisprudence³. Il est vrai que la comparaison des solutions juridiquement possibles – illustrée par l'opposition entre les conclusions de Gomel et de Cazalens – et l'évolution restrictive de la jurisprudence dans la mise en œuvre de la distinction entre le référé et le fond, suggère fortement l'existence d'une jurisprudence politique.

D'ailleurs, l'efficacité du soutien apporté par le juge administratif à la politique religieuse du gouvernement n'est pas démentie lors de l'application du titre III de la loi du 1^{er} juillet 1901.

§ 2. – *L'application du titre III de la loi du 1^{er} juillet 1901.*

177. La loi du 1^{er} juillet 1901⁴ est le résultat d'une double préoccupation des républicains. D'une part, proclamer et organiser la liberté d'association, une des libertés publiques les plus importantes à leurs yeux. Mais, d'autre part, le titre III de la loi est une déclaration de guerre adressée aux

¹ TC, 13 janvier 1883, *Sœurs de la Charité c/ Ville de Paris*, Rec., p 49, concl. Tappie : « *Considérant que les stipulations ci-dessus rappelées, en admettant qu'elles aient eu la portée que les demanderesses leur attribuent et qu'elles n'aient subi aucune atteinte par l'effet des changements survenus dans la législation, ne pouvaient faire obstacle ni à l'exercice des pouvoirs du préfet en vertu des lois précitées, ni aux conséquences de ses décisions à l'égard d'un immeuble depuis longtemps affecté à un service public, et qui conserve cette affectation tant qu'elle ne lui a pas été enlevée par un acte de l'autorité administrative à ce compétente, ou tant qu'un jugement, statuant au fond sur les droits prétendus par les demanderesses, n'en a pas retiré à l'assistance publique la libre disposition.* ».

² TC, 26 mars 1898, *Fabrique de Saint-Donan c/ Illien et commune de Saint-Donan*, in Maurice Hauriou, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits*, II, 1929, rééd, La Mémoire du droit, 2000, p 56 et s.

³ Note Hauriou sous TC, 26 mars 1898, *Fabrique de Saint-Donan c/ Illien et commune de Saint-Donan*, Maurice Hauriou, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits*, II, 1929, rééd, La Mémoire du droit, 2000, p 56 et s.

⁴ *D.P.*, 1901, I, p 105 et s.

congrégations car il exclut ces dernières du champ d'application de la nouvelle liberté publique. Contrairement aux groupements de droit commun qui se forment et s'organisent librement, et dont la jouissance de la personnalité juridique n'est subordonnée qu'à une déclaration, les congrégations sont soumises à un strict régime d'autorisation, de surveillance et de dissolution, qui aggrave sur de nombreux points le droit positif antérieur. Désormais la formation de toute congrégation est soumise à une autorisation de la loi déterminant les conditions de son fonctionnement (article 13 alinéa 1^{er}). L'autorisation est non seulement une condition de la jouissance de la personnalité juridique, mais encore d'une existence de fait légale, puisque le premier alinéa de l'article 16 dispose que « *toute congrégation formée sans autorisation sera déclarée illicite* ». Les établissements liés à la congrégation doivent quant à eux obtenir l'autorisation par décret en Conseil d'Etat (article 13 alinéa 2). L'article 15 institue un strict contrôle par le préfet des membres et de la comptabilité des congrégations. Par ailleurs, toutes les congrégations non autorisées doivent déposer une demande d'autorisation dans un délai de trois mois à compter de la date de promulgation de la loi (article 18 alinéa 1^{er}). A défaut de demande, ou si l'autorisation est refusée, la congrégation est réputée dissoute de plein droit et ses biens liquidés. De plus, en dehors de ces deux hypothèses, une congrégation ou un établissement peuvent faire l'objet d'une dissolution par décret en conseil des ministres¹. Enfin, l'article 14 interdit l'enseignement aux membres des congrégations non autorisées².

La loi de 1901 inaugure donc une relance de la lutte anticongréganiste que la période d'apaisement favorisée par le pape Léon XIII avait rendue moins énergique. L'affaire Dreyfus, puis la constitution du gouvernement de Défense républicaine ont retrempe les ardeurs anticléricales des républicains, qui désignent les congrégations comme l'ennemi principal. De fait, le clergé régulier jouit d'une influence considérable dans le domaine de l'enseignement, que ni les décrets de 1880, ni les mesures de laïcisation postérieures n'ont pu amoindrir de manière significative. Le titre III de la loi de 1901 est donc l'occasion de doter l'Etat d'outils juridiques lui permettant de lutter efficacement contre l'influence cléricale dans l'enseignement. Le régime d'exception réservé aux

¹ Cette disposition s'écarte donc de la règle du parallélisme des formes et des compétences, puisque l'autorisation est accordée par le législateur.

² La majorité de la doctrine critique le titre III. Duguit, qui déclare raisonner du strict point de vue du droit, souligne sa rigueur injustifiée et remarque l'absence d'un critère pertinent permettant de distinguer la congrégation de l'association de droit commun. Seule une manifestation extérieure de volonté des congréganistes pourrait être susceptible de justifier en droit une distinction entre les congrégations et les autres associations. Or, explique Duguit, les vœux et la vie en commun sont des choix de conscience, qui n'ont pas d'effets de droit et ne sont pas susceptibles d'exclure un type de groupement de la jouissance de la liberté d'association. Le régime des congrégations est donc une violation du Droit, guidée par la politique (Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, De Boccard, 1930 ; et Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 4^{ème} éd, 1923, De Boccard, rééd Panthéon-Assas, 2007, p 287 et s). Hauriou est aussi critique et considère pour sa part que les règles relatives à la liquidation et aux biens des congrégations sont inconstitutionnelles car contraires au droit de propriété (Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, Sirey, 1929, p 291). Mais un républicain fervent comme Esmein soutient implicitement, dans ses *Eléments*, l'opportunité politique le titre III, et fait valoir qu'il s'insère dans une longue tradition de contrôle des congrégations qui remonte à l'Ancien Régime (Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnels français et comparé*, 6^{ème} éd, Sirey, 1914, p 1161 et s).

congrégations est aussi justifié par des considérations plus philosophiques. Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, le mode de vie congréganiste apparaît aux républicains comme fondamentalement contraire aux principes du monde moderne. Pour certains, comme Ferdinand Buisson, le titre III s'analyse ainsi comme un instrument de défense de la civilisation moderne issue des Lumières contre un mode de vie qui écrase l'individu et son libre-arbitre¹.

178. En dépit des promesses de modération et de discernement dans la mise en œuvre du titre III du président du Conseil Waldeck-Rousseau, le nouveau droit positif fait l'objet d'une application très énergique par le gouvernement. La rigueur atteint son paroxysme avec Emile Combes, président du Conseil à partir de juin 1902. Farouchement anticongréganiste, il ordonne la fermeture des écoles ouvertes sans autorisation depuis le 1^{er} juillet 1901 et des établissements scolaires pour lesquels les congrégations n'ont pas déposé de demande d'autorisation conformément à l'article 18². Il mène aussi une campagne de dissolution, sur le fondement de l'article 13, des communautés et des établissements autorisés.

Par ailleurs, le législateur fait preuve d'une grande rigueur dans l'examen des demandes d'autorisation. Malgré la défiance des religieux, qui a conduit ces derniers à ignorer l'article 18 de la loi, plusieurs centaines de communautés ont déposé des demandes auprès du Parlement. Mais l'Assemblée et le Sénat rejettent presque tous les dossiers de manière expéditive. Seules quelques congrégations hospitalières et missionnaires, nécessaires au rayonnement de la France à l'étranger, bénéficient de l'autorisation. Pour accélérer le traitement des dossiers, le gouvernement en vient même à violer la lettre de la loi de 1901. Un décret du 28 novembre 1902 décide ainsi que les demandes d'autorisation pourront être examinées par seulement l'une des deux chambres. Contrairement aux prévisions de l'article 13, ce n'est donc plus une loi, c'est-à-dire un texte adopté par les deux chambres, qui accorde l'autorisation. Dans le même sens, le gouvernement et le Parlement exploitent les subtilités de la procédure législative ; le gouvernement ne présente à l'Assemblée ou au Sénat que des dossiers accompagnés d'un avis positif, systématiquement rejetés par la chambre concernée, qui refuse la discussion des articles du texte et ne transmet pas le projet à

¹ Buisson justifie l'exclusion des congrégations du champ de la liberté d'association en expliquant que la loi du 1^{er} juillet 1901 est une « *loi contre l'exception* » et non « *une loi d'exception* ». Sur les arguments des républicains, voir Christian Sorrel, *La République contre les congrégations*, Cerf, 2003, et l'exposé d'un magistrat du parquet : Ch. Lesoudier, « La propriété des biens détenus par les congrégations illicites », *R.T.D.civ.*, 1908, p 209-288.

² Christian Sorrel, *La République contre les congrégations*, Cerf, 2003, p 108 et s. Les mesures concernent dès juin 1902 125 écoles ouvertes depuis le 1^{er} juillet 1901 et 2500 écoles qui n'ont pas fait l'objet d'une demande de régularisation. Plus, en une dizaine d'années, plus de dix congrégations et un millier d'établissements autorisés sont dissout sur le fondement de l'article 13.

l'autre chambre puisque le rejet du texte le rend sans objet¹. L'exécutif et le législatif collaborent donc étroitement à la lutte anticongréganiste, quitte à contourner parfois les règles posées par le titre III lui-même.

179. Dans cette lutte, les pouvoirs publics reçoivent le soutien sans faille du juge administratif, qui valide certaines pratiques à la légalité discutable et étend très largement le champ d'application des dispositions défavorables aux congrégations, ternissant un peu plus son image auprès des catholiques. Ainsi, le Conseil d'Etat ignore le principe du parallélisme des formes en admettant que le gouvernement peut refuser l'autorisation à un établissement congréganiste par décret simple, alors même que l'article 13 prévoit que l'autorisation doit être accordée par un décret en Conseil d'Etat². De même, le pouvoir de dissolution des congrégations s'applique indifféremment à tous les établissements et communautés, créés avant comme après la loi de 1901³. Le Conseil d'Etat juge en outre qu'une reconnaissance d'utilité publique accordée à un établissement d'enseignement avant la loi de 1901 n'est pas assimilable à l'autorisation mentionnée par l'article 18⁴. En matière de dissolution, le juge administratif accorde du reste un très large pouvoir discrétionnaire au gouvernement⁵, excluant tout contrôle des motifs. On notera d'ailleurs que nombre d'arrêts restrictifs en matière de congrégations sont postérieurs à la Séparation, ce qui illustre la longueur et les nuances de la conversion du juge à une stricte posture d'impartialité républicaine.

A. – L'extension du champ d'application de l'article 13 de la loi du 1^{er} juillet 1901.

180. Un exemple très parlant, sur lequel il faut s'attarder, démontre le caractère délibéré des choix jurisprudentiels anticongréganistes du juge administratif. Deux particuliers, messieurs Le Conte et Drouet de Montgermont, ont fondé et ouvert des écoles privées, conformément à la loi du 30 octobre 1886, confiant la direction à des instituteurs congréganistes. Par un décret du 27 juin 1902, Emile Combes prescrit la fermeture de ces écoles, parmi beaucoup d'autres, au motif qu'elles n'ont

¹ Jean-Pierre Machelon, *La République contre les libertés*, FNSP, 1976, p 375. Jean-Pierre Machelon relève d'ailleurs que la Cour de cassation juge légale cette pratique dans un arrêt de 1903 (Cass. crim., 22 octobre 1903, *D.P.*, 1904, I, p 409).

² CE, avis, 4 septembre 1902 ; CE, 10 mars 1905, *Dame Mac-Donnel*, *Rec.*, p 241 ; CE, 26 décembre 1908, *D.P.*, 1910, III, p 70. La Cour de cassation se prononce dans le même sens : Cass. crim., 11 juillet 1904, *D.P.*, 1904, I, p 597.

³ CE, 10 juillet 1908, *Congrégation des Dames de l'Assomption*, et CE, 5 août 1908, *Communauté des religieuses de la Visitation de Saint-Marcellin*, *D.P.*, 1910, III, p 38 ; CE, 19 février 1909, *Congrégation des Dames de la Retraite de Vannes*, *D.P.*, 1910, III, p 110.

⁴ CE, 20 mars 1908, *Société de Marie*, *Rec.*, p 282, concl. Tardieu.

⁵ CE, 5 août 1908, *Communauté des religieuses de la Visitation de Saint-Marcellin*, *D.P.*, 1910, III, p 38 ; et article « Congrégations religieuses », in *Répertoire pratique Dalloz*, vol III, 1912, p 469.

pas sollicité et obtenu l'autorisation exigée de tout établissement d'une congrégation par l'article 13 de la loi de 1901. Le 29 juin, le préfet déclare dissoutes les écoles fondées par Le Conte et Drouet de Montgermont. Saisi d'un recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat doit déterminer si les écoles privées fondées par des laïcs, mais employant des instituteurs congréganistes, doivent être considérées comme des établissements de la congrégation entrant dans le champ de l'article 13. Par un arrêt du 20 juin 1903¹, qui reprend du reste un avis rendu le 23 janvier 1902², le Conseil d'Etat rejette le recours au motif « *qu'aux termes de la loi de 1886, les écoles tant publiques que privées constituent des établissements d'enseignement primaire ; que si une école privée peut être, soit un établissement laïque, soit un établissement congréganiste, son caractère, à cet égard, est notamment déterminé par la personnalité de l'instituteur qui a fait la déclaration prescrite par l'article 37 de la loi précitée, cette loi ne tenant aucun compte de la personnalité des tiers qui mettent leurs immeubles ou leurs deniers à la disposition de ces établissements scolaires* ».

181. La réponse du juge administratif est d'autant plus intéressante que le commissaire du gouvernement Saint-Paul démontre très clairement, dans ses conclusions partiellement contraires, que la solution la plus rigoureuse pour les écoles employant des congréganistes n'était pas la seule possible puisqu'il était parfaitement concevable de concilier la loi du 30 octobre 1886 et la loi du 1^{er} juillet 1901 pour préserver la liberté de l'enseignement tout en assurant l'effectivité de l'article 13.

La loi du 30 octobre 1886, en organisant la liberté de l'enseignement primaire, n'a soumis l'ouverture d'une école privée par un particulier qu'à des conditions de capacité, de moralité, et à une simple déclaration³. Par ailleurs, outre les règles prévues par la loi de 1886, la liberté de l'enseignement primaire ne rencontre que deux limites sous l'empire de la loi de 1901. L'article 14 interdit d'abord à tout membre d'une congrégation non autorisée d'enseigner ou de diriger une école. Ensuite, l'ouverture directe d'un établissement scolaire par la maison-mère d'une congrégation est soumise à l'autorisation prévue par l'article 13 alinéa 2 de la loi de 1901. En dehors de ces deux hypothèses, la fondation d'une école est libre.

Mais le gouvernement se méfie des congrégations et craint la fraude à la loi : il est aisé de tourner les prescriptions de l'article 13 en fondant un établissement congréganiste sans autorisation derrière le paravent de simples laïcs. Le juge doit dès lors concilier les exigences de la lutte

¹ CE, 20 juin 1903, *Le Conte et Drouet De Montgermont*, *Rec.*, p 462, concl. Saint-Paul.

² L'avis fait suite à une circulaire du 11 septembre 1901 qui subordonne la validité de l'ouverture d'une école privée par un congréganiste à la production d'un décret en Conseil d'Etat autorisant l'établissement. La circulaire, l'avis et l'arrêt Le Conte contredisent les déclarations de Waldeck-Rousseau lors de la discussion de la loi, selon lesquelles la présence d'instituteurs congréganistes dans une école privée ne transformait pas *ipso facto* cette école en établissement congréganiste (Voir Jean-Pierre Machelon, *La République contre les libertés*, FNSP, 1976, p 376).

³ Voir article « Enseignement », in *Répertoire pratique Dalloz*, V, 1912, p 633 et s, n°382 et s.

anticongréganiste avec la liberté de l'enseignement primaire reconnue par la loi du 30 octobre 1886. Le commissaire du gouvernement montre que cette conciliation ne peut être menée à bien qu'à l'aide d'une solution nuancée. Si, se fondant sur les apparences, le juge considère que toute école fondée par un particulier avec des ressources propres ne peut être un établissement de la congrégation, alors la fraude est encouragée et l'article 13 perd toute effectivité. Mais, inversement, si toute école employant des congréganistes devient *ipso facto* un établissement de la congrégation, alors la liberté de l'enseignement est vidée de son contenu à l'égard des instituteurs congréganistes, auxquels est imposée une restriction qui n'est prévue ni par la loi de 1886, ni par la loi de 1901.

Pour éviter ces deux écueils, le commissaire du gouvernement Saint-Paul propose au Conseil d'Etat de ne pas se lier par une doctrine figée, et d'examiner dans chaque espèce si les éléments de fait permettent d'établir si une école privée ouverte par un laïc cache un établissement de la congrégation. Il examine ensuite les affaires jugées à la lumière de sa proposition en s'attachant à plusieurs indices, tel que la personnalité du fondateur, l'origine des immeubles et des ressources permettant le fonctionnement de l'école, les engagements pris envers la congrégation par le fondateur, ou encore l'indépendance que ce dernier s'est réservée dans la direction de l'école et la définition des modalités de fonctionnement.

Dans les deux affaires, Saint-Paul relève que les fondateurs sont des laïcs, qu'ils sont propriétaires de l'école et qu'ils se sont réservé la faculté de fermer l'établissement à toute époque, d'en modifier le régime et de remplacer les instituteurs congréganistes par des laïcs. En conséquence, Saint-Paul estime que les requérants ne peuvent être considérés comme des personnes interposées, et conclut à l'annulation du décret et des arrêtés attaqués.

182. En dépit de la proposition solidement argumentée de son commissaire du gouvernement, le juge administratif choisit la solution la plus tranchée et la plus restrictive pour les congrégations, méconnaissant au passage les droits accordés par la loi du 30 octobre 1886. Nul doute qu'une telle position est guidée par le souci d'épauler la politique scolaire et religieuse du gouvernement, même en présence d'obstacles juridiques apparemment dirimants¹.

¹ Voir les nombreux arrêts qui ont confirmé la jurisprudence *Le Conte* : CE, 4 mars 1904, *Abbé Grall et demoiselle l'Heerec*, D.P., 1905, III, p 66 ; CE, 10 juin 1904, *Société des forges et verreries de Saint-Hippolyte*, D.P., 1905, III, p 66 ; CE, 25 mars 1904, *Sieur Hombert-Faure*, Rec., p 265 ; CE, 1^{er} juillet 1904, *Association charitable de Sainte-Marie-des-Batignolles, société immobilière des écoles de Sainte-Marie-des-Batignolles et dame Duon*, Rec., p 532 ; CE, 29 juillet 1904, *Sieur Renault*, Rec., p 638. Jean-Pierre Machelon (*La République contre les libertés*, FNSP, 1976) note que l'indétermination des notions fondamentales de la loi, telle que la congrégation ou l'établissement, est guidée par le souci du législateur de ne pas se lier par des définitions trop étroites qui favoriseraient la fraude. Cette stratégie marque en outre la confiance du législateur envers le juge, à qui revient la charge d'interpréter ce droit positif très flou dans le sens le plus restrictif pour les congrégations.

B. – La légalité de l'exécution d'office des décrets d'expulsion.

183. Le soutien à la politique anticongréganiste se manifeste encore, mais de manière plus nuancée, à l'occasion de l'arrêt *Société immobilière Saint-Just* du Tribunal des conflits¹. A la suite du décret du 27 juin qui visait particulièrement des écoles, le gouvernement prescrit, par deux décrets des 27 juillet et 1^{er} août 1902, la fermeture de plusieurs établissements non autorisés de congrégations autorisées dispersés dans toute la France. Les préfets ordonnent l'évacuation des locaux par arrêté, puis exécutent ces actes administratifs en expulsant les congréganistes et en apposant des scellés sur les portes et fenêtres. Comme de nombreuses congrégations et propriétaires d'immeubles, la société demanderesse dans l'affaire *Société immobilière Saint-Just* saisit le juge judiciaire des référés d'une demande de mainlevée des scellés. Le préfet dépose un déclinatoire d'incompétence auquel le juge des référés fait droit. En appel, la Cour se déclare compétente et le préfet élève le conflit.

184. Saisi de la question de compétence, le Tribunal des conflits doit trancher deux points de droit. Il doit déterminer d'une part si l'exécution d'office se rattache « *au cercle des attributions légales* » du préfet, ou, en d'autres termes, si l'exécution d'office constitue ou non une voie de fait dont le juge judiciaire est compétent pour connaître. Il doit juger d'autre part si l'expulsion et les scellés sont des actes de dépossession entraînant la compétence du juge judiciaire, gardien naturel de la propriété privée.

Dans des conclusions qui représentent la première prise de position claire et précise sur la question au sein de la juridiction administrative, le commissaire du gouvernement Romieu accepte d'emblée le principe de l'exécution d'office par l'administration². Si un « *principe de notre droit public* » impose à la puissance publique d'avoir recours à l'autorité judiciaire avant d'exécuter *manu militari* les actes administratifs inexécutés, l'administration dispose parfois du pouvoir de faire respecter elle-même les actes d'exécution de la loi qui font l'objet d'une résistance par leurs destinataires. Ce pouvoir peut classiquement résulter d'une habilitation du législateur, ce dernier jouissant de la faculté de déroger aux exigences du principe de la séparation des pouvoirs. En dehors de l'autorisation du législateur, l'admission de l'exécution d'office est plus problématique. Mais Romieu affirme l'existence de telles prérogatives car, en France, « *pays d'administration et de centralisation* », l'obéissance à la loi doit être assurée par tout moyen, quand, notamment, le recours

¹ TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière Saint-Just*, *Rec.*, p 713, concl. Romieu.

² Dans ses conclusions sur TC, 5 novembre 1880, *Marquigny c/ préfet du Nord et commissaire central de Lille*, *Rec.*, p 803, relatif aux décrets de 1880, le commissaire du gouvernement Ronjat évoque la question pour admettre sans réserves la coercition administrative sans l'autorisation du juge pour exécuter les décisions d'expulsion des congrégations.

au juge n'est pas possible. C'est le cas par exemple en cas d'extrême urgence, lorsqu'un péril imminent menace l'ordre public. « *Quand la maison brûle*, explique Romieu, *on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers* ». Mais l'exécution d'office est aussi justifiée hors le cas de l'urgence quand le législateur n'a prévu aucune sanction, spécialement pénale. En l'absence de voie de droit, l'administration doit être exceptionnellement habilitée à employer directement la contrainte matérielle. Mais Romieu n'ignore pas les risques sérieux que fait peser cette doctrine sur les libertés publiques. Il relève que les destinataires des mesures d'exécution d'office ne bénéficient ni du principe du contradictoire, ni des droits de la défense, et que la juridiction administrative n'est pas dotée d'une procédure de référé qui lui permettrait de protéger efficacement les droits privés.

C'est pourquoi le commissaire du gouvernement propose de limiter le recours à l'exécution d'office à l'aide de quatre critères, dont le respect permettrait seul de considérer qu'une mesure d'exécution entre dans « *le cercle des attributions légales* » de l'autorité administrative, excluant ainsi la voie de fait. La légalité d'une exécution d'office est en ce sens subordonnée à l'existence d'une base légale de l'opération administrative, à la constatation d'une résistance à la loi ou à l'acte de puissance publique, à l'absence de sanction pénale, et à la stricte adéquation entre les moyens employés et les nécessités de l'exécution de la loi.

Appliquant sa théorie à l'espèce, Romieu constate que les décisions attaquées visent l'exécution de l'article 13 de la loi du 1^{er} juillet 1901, qu'il y a eu résistance à la loi et qu'il n'y a pas de sanction pénale, puisque l'article 16 incrimine la seule appartenance aux *congrégations non autorisées*, et non l'appartenance aux *établissements non autorisés des congrégations autorisées*. D'ailleurs, une loi du 4 décembre 1902¹ vient combler cette lacune en sanctionnant pénalement les membres des établissements non autorisés des congrégations autorisées ainsi que les propriétaires des immeubles qui les accueillent, rendant inopérante pour l'avenir la question de l'exécution d'office des mesures d'expulsion. Enfin, Romieu estime que l'apposition de scellés est en rapport exact avec les mesures de fermeture des établissements congréganistes. A la faveur de son long raisonnement, le commissaire du gouvernement conclut à l'absence de voie de fait : l'exécution d'office rentrait bien, en l'espèce, dans les attributions légales du préfet. Dès lors, la compétence du juge judiciaire ne saurait être admise au titre de la voie de fait.

Le juge judiciaire n'est pas non plus compétent au motif que l'apposition de scellés serait un acte de dépossession, car les scellés, explique Romieu, n'empêchent pas le propriétaire de faire tout usage de son bien qui n'implique pas la réinstallation des congréganistes.

¹ Article « *Congrégations religieuses* », in *Répertoire pratique Dalloz*, vol III, 1912, p 478.

Finalement, le Tribunal des conflits suit implicitement son commissaire en confirmant l'arrêté de conflit au motif que les mesures d'exécution sont un complément nécessaire de l'acte administratif de fermeture n'impliquant pas la dépossession du propriétaire, dont seul le juge administratif peut connaître. Un an plus tard, le Conseil d'Etat reprend la théorie de Romieu en jugeant légale une mesure d'exécution d'office qui, en l'absence de sanction pénale, était le seul moyen d'assurer l'effectivité des actes administratifs en cause¹.

185. La plus grande partie de la doctrine n'est pas convaincue par la construction de Romieu². Certes, la solution proposée est une nette amélioration de la jurisprudence forgée à l'occasion du contentieux suscité par les décrets de 1880. Le Tribunal des conflits avait alors jugé que les actes d'exécution forcée étaient la conséquence nécessaire des arrêtés d'expulsion des congréganistes pris par les préfets. Eclairées par les conclusions du commissaire du gouvernement Ronjat, qui estime que l'emploi direct de la force matérielle est un complément naturel des prérogatives de puissance publique de l'administration, cet arrêt semble admettre l'exécution d'office sans réserves et sans conditions³. La théorie de Romieu apparaît donc comme un progrès et un auteur comme Joseph Barthélémy approuve l'emploi de l'exécution directe telle que limitée par Romieu, qu'il considère comme un complément nécessaire de l'action administrative⁴.

Mais Henri Berthélémy conteste fortement ce point de vue en prenant appui sur la tradition du droit public français. Le professeur parisien explique ainsi que « *c'est un principe de notre droit public que l'administration ne puisse exercer que les pouvoirs qui lui sont rigoureusement conférés par la loi* »⁵. L'administration ne peut donc bénéficier d'un pouvoir d'exécution d'office autonome, en dehors de toute habilitation législative. Si la loi n'a pas prévu de sanction pénale à une obligation qu'elle institue, l'administration ne peut combler cette lacune en réalisant directement les opérations matérielles nécessaires au respect de la loi et des actes administratifs. Il y aurait là une inversion des valeurs de la démocratie française dans laquelle le législateur est le gardien exclusif des libertés et le tuteur du pouvoir exécutif : « *l'administrateur qui ne peut pas me montrer le texte où il puise l'autorité dont il se dit armé ne peut rien exiger de moi. Son pouvoir est vain, car sa fonction*

¹ CE, 19 février 1904, *Dame veuve Bernier*, *Rec.*, p 431 ; CE, 4 mars 1904, *Abbé Grall*, *D.P.*, 1905, III, p 66.

² Pour un résumé des oppositions doctrinales à propos de l'exécution d'office, voir Raphaël Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, 1926, p 270 et s.

³ TC, 5 novembre 1880, *Marquigny c/ préfet du Nord et commissaire central de Lille*, *Rec.*, p 803, concl. Ronjat. Le commentateur de la décision au *Recueil Dalloz* conteste d'ailleurs la décision du Tribunal en expliquant que le juge des compétences aurait du se demander d'une part si les agents de l'administration pouvaient exécuter eux-mêmes les décrets, sans avoir recours au juge pénal, et d'autre part, si de telles mesures d'exécutions, à les supposer justifiées, entraient dans le cercle des attributions des agents. Voir *D.P.*, 1880, III, p 121 et s.

⁴ Joseph Barthélémy, « Sur l'obligation de faire et de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public », *R.D.P.*, 1912, p 505-540.

⁵ Henri Berthélémy, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *R.D.P.*, 1904, p 209-221.

n'existe que par le texte. Nous n'avons d'ordre à recevoir que de la loi : tout ce qui est extra légal n'est qu'arbitraire et despotisme »¹. Ainsi donc, aux yeux de Berthélémy, l'administration ne peut agir que *secundum legem*.

La réfutation libérale de l'exécution d'office est encore plus ferme dans le commentaire publié au *Recueil Dalloz* en 1903. L'auteur énonce « *qu'en l'absence de toute délégation législative spéciale, l'administration ne peut porter atteinte ni au droit de propriété, ni à la liberté individuelle, à cette seule fin d'assurer l'exécution de ses décisions.* »². Ce rejet de principe est fondé d'une part sur la séparation des pouvoirs – qui suppose de confier à des autorités différentes la tâche d'édicter des règles et celle de les exécuter –, et d'autre part sur les principes libéraux qui inspirent le droit français, notamment le droit pénal. En effet, le législateur a prévu avec un luxe de détails les garanties accordées aux citoyens qui enfreignent les lois pénales (instruction contradictoire, droits de la défense, publicité des débats, voies de recours suspensives); comment admettre que l'administration puisse éluder ces garanties pour faire exécuter ses propres actes en cas d'infraction ? Et aux yeux de l'auteur, l'absence des garanties du droit pénal n'est pas susceptible d'être compensée par les procédures du contentieux administratif : le recours pour excès de pouvoir n'a pas d'effet suspensif et le Conseil d'Etat juge lentement ; une éventuelle annulation pour excès de pouvoir n'aura donc qu'un effet platonique. Dans un régime libéral, l'exécution d'office ne peut donc avoir de place en dehors de l'autorisation du législateur. Il en va du prestige de la loi, mais aussi d'une forme de pédagogie démocratique : « *L'inconvénient de laisser momentanément une loi sans sanction ne peut être méconnu, mais il n'est pas à comparer avec le danger que présente l'introduction dans la pratique de procédés arbitraires non sanctionnés par la loi ; on peut même dire que l'administration, en s'abstenant d'agir alors qu'elle ne pourrait intervenir sans sortir de ses attributions, donne un exemple du respect de la loi qui ne peut avoir qu'un effet salutaire pour former les mœurs politiques du pays.* »³. Les hypothèses d'exécution d'office exposées par Romieu sont donc rejetées au nom d'un libéralisme exigeant.

Dans le même sens, Duguit met en cause l'imprécision des critères énoncés par Romieu. Selon lui, ces derniers sont parfaitement arbitraires et ne permettent en rien de limiter l'usage de l'exécution d'office, qui ne devrait pas avoir sa place en dehors d'un texte législatif d'habilitation. Duguit en conclut que la position du Tribunal des conflits a été déterminée par des motifs politiques⁴.

¹ Henri Berthélémy, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *R.D.P.*, 1904, p 209-221, p 227.

² Note anonyme, *D.P.*, 1903, III, p 41.

³ Note anonyme, *D.P.*, 1903, III, p 41.

⁴ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, tome III, De Boccard, 1923, p 765 et s.

Tel n'est pas l'avis de Maurice Hauriou qui admet le recours à l'exécution d'office. Il reconnaît que le procédé n'est pas très respectueux des libertés, mais il note que « *l'obligation et la coercition sont indissolublement liées* »¹, de sorte que l'administration peut traditionnellement exécuter elle-même ses décisions. Hauriou conteste cependant le quatrième critère dégagé par Romieu exigeant que la mesure d'exécution soit en rapport direct avec l'acte appliqué. Pour le maître de Toulouse, le critère n'est pas assez précis ; il ne faut pas se contenter d'une obligation de proportionnalité, mais exiger « *que la mesure d'exécution employée constitue en soi un moyen administratif habituel ; qu'elle soit elle-même d'une nature administrative indiscutable* »². Si tel n'était pas le cas, explique Hauriou, l'administration commettrait une voie de fait pas manque de procédure.

186. La tournure des débats doctrinaux autour de l'arrêt *Société immobilière Saint-Just* démontre l'ambiguïté de la solution retenue. Si le « mode d'emploi » élaboré par Romieu apparaît comme un progrès, fixant des limites à une pratique de l'administration qui n'en avait presque aucune, l'admission de l'exécution d'office spontanée est aussi perçue comme une grave concession aux principes libéraux accordant au gouvernement de larges prérogatives pour mener sa politique anticongréganiste malgré les oublis du législateur.

* *
*

187. Au terme de cet examen de quelques exemples jurisprudentiels de la période 1880-1905, le parti pris anticléricale du Conseil d'Etat apparaît avec force. Le juge administratif semble moins guidé par le souci de mettre en œuvre des principes de droit que par la volonté de seconder la politique anticléricale du gouvernement. Aussi, l'impartialité de la juridiction administrative n'est pas assurée en matière de cultes pendant cette période. Nous allons le constater, la donne change avec la Séparation. A partir de 1905, le juge administratif construit une jurisprudence exemplaire par son impartialité et son libéralisme, qui n'a pas peu contribué à forger la réputation du Conseil d'Etat républicain de gardien scrupuleux de la légalité et des libertés.

¹ Maurice Hauriou, note sous TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière Saint-Just, S.*, 1904, III, p 17 et s.

² Maurice Hauriou, note sous TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière Saint-Just, S.*, 1904, III, p 17 et s.

CHAPITRE I

LE CONSEIL D'ETAT, GARANT DE L'EFFECTIVITÉ DE LA LIBERTÉ DES CULTES DANS LE RÉGIME DES BIENS CULTUELS.

188. Les développements précédents l'ont établi, la jurisprudence concordataire résulte clairement d'un parti pris politique du Conseil d'Etat en matière religieuse. En revanche, la jurisprudence de Séparation apparaît à de nombreux égards comme exemplaire par son libéralisme et son équité. La succession chronologique de deux politiques jurisprudentielles nettement différentes est en elle-même significative du changement de philosophie au sein de la juridiction administrative. Après la Séparation, le juge administratif semble avoir abandonné la fidélité aux *gouvernements républicains* pour privilégier la mise en œuvre des *principes républicains*. Le changement d'orientation tranché de la jurisprudence suggère l'existence d'une volonté du juge administratif de s'approprier la notion de laïcité telle qu'elle résulte de la Séparation pour en développer les implications juridiques. Pour autant, la construction sereine d'une jurisprudence n'est pas évidente, compte tenu de l'agitation de la situation politique et religieuse et des conceptions contradictoires et antagonistes qui s'affrontent après 1905 sur la portée de la Séparation et le contenu de la laïcité. Malgré ces difficultés, le juge administratif a produit une jurisprudence libérale qui a précisé la portée de la Séparation et en a déterminé les conséquences pratiques dans de nombreux domaines.

189. Le Conseil d'Etat a développé les implications juridiques des deux grands principes du droit laïque affirmés par le titre 1^{er} de la loi de 1905, c'est-à-dire *la neutralité de l'Etat envers les cultes* d'une part, qui implique la non-reconnaissance, le non-subsidation et l'égalité de traitement, puis *les libertés de conscience et des cultes* d'autre part, dont l'effectivité est conditionnée par le respect du principe de neutralité. Avant d'étudier la jurisprudence relative au principe de neutralité, nous allons nous pencher, dans les développements qui suivent, sur l'apport de la jurisprudence administrative à la protection des libertés de conscience et des cultes.

Après la Séparation, ces deux libertés publiques innervent profondément l'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'Etat en matière de cultes. Dans le droit laïque, les libertés de conscience et des cultes ne se réduisent plus, comme au XIX^e siècle, à une proclamation abstraite et largement vidée de sa substance par les règles du système des cultes reconnus. Elles deviennent au contraire des droits subjectifs positifs impliquant une protection juridictionnelle concrète et

effective¹. Le rôle du juge administratif dans la détermination des conséquences de ces libertés a été décisif dans les décennies qui ont suivi la Séparation.

190. Plusieurs contentieux illustrent particulièrement le souci d'une garantie concrète de la liberté des cultes². Il s'agit d'abord de la jurisprudence relative aux mesures de liquidation du régime concordataire (inventaires, séquestre, sort des charges cultuelles et non-cultuelles). Dans ces domaines, il importe que le passage du régime concordataire à la Séparation ne bouleverse par les habitudes et les pratiques religieuses ; pour le juge administratif, il ne faut pas que le nouveau régime des cultes déstabilise les traditions religieuses auxquelles les fidèles sont attachées, sous peine de méconnaître les libertés de conscience et des cultes dont la Séparation porte la promesse d'une jouissance enfin pleine et entière (Section I.). C'est pourquoi en la matière le Conseil d'Etat privilégie l'interprétation du droit positif à la lumière de la tradition concordataire, et s'assure du respect des volontés religieuses.

Ensuite, le souci de la liberté des cultes se manifeste dans la jurisprudence portant sur les édifices du culte catholique, qui représente sans doute l'exemple le plus éloquent de l'apport du juge administratif à la construction du régime de Séparation. A la suite du refus des associations cultuelles, les droits des catholiques sur les églises sont incertains, en dépit de l'intervention du législateur en 1907 pour apporter une base légale à l'occupation des lieux de culte. Mais pour le juge administratif, la protection concrète de la liberté des cultes implique la libre disposition des édifices du culte par les catholiques. Aussi, le Conseil d'Etat a patiemment construit un droit subjectif des fidèles et des ministres du culte sur les édifices du culte permettant d'apporter la sécurité juridique nécessaire au libre exercice du culte (Section II.). Du reste, c'est en grande partie à l'occasion de ce contentieux que la juridiction administrative a recouvré sa crédibilité auprès des catholiques. Nous verrons qu'en la matière le Conseil d'Etat a clairement montré son indépendance par rapport au gouvernement, car la reconnaissance d'un véritable droit subjectif au profit des occupants des édifices du culte était contraire à la position initiale du ministre des cultes pour qui le refus des associations cultuelles, combiné à la loi du 2 janvier 1907, créaient pour les catholiques une situation de simple occupation sans titre. Après la Séparation, le juge administratif n'est plus le serviteur du gouvernement en matière de cultes, mais l'interprète des volontés du législateur.

¹ En ce sens, Hauriou relève que le juge administratif reconnaît la jouissance par les personnes morales de la liberté de conscience. Note sous CE, 5 février 1909 (*Société de Saint-Vincent de Paul de Saint-Sever*), 9 juillet 1909 (*Société de secours mutuels La Blinoise*), 7 août 1909 (*Société de secours mutuels du Sacré-Cœur, à Montauban*), 19 novembre 1909 (*Société de secours mutuels de Notre-Dame de Mazères*), 3 février 1911 (*De Hillerin*), *S.*, 1912, III, p 17.

² Comme nous l'avons déjà expliqué, l'analyse du contentieux des manifestations extérieures du culte, lui aussi illustratif de la protection juridictionnelle de la liberté des cultes, est réservée pour la seconde partie.

Section I. – La liquidation équitable du passé concordataire.

191. La loi de Séparation consacre les libertés de conscience et des cultes et organise un nouveau régime juridique des rapports entre les cultes et l'Etat. Elle est aussi une vaste entreprise de *liquidation du passé concordataire*. A ce titre, plusieurs mécanismes ont été prévus pour identifier les biens à transférer aux associations cultuelles, pour en assurer la dévolution et pour en garantir la conservation en cas de défaillance des opérations de dévolution. L'inventaire prescrit par l'article 3 de la loi doit permettre l'identification des biens faisant l'objet du transfert de l'ancien vers le nouveau régime. Ensuite, le séquestre doit permettre de pourvoir à la conservation des biens non ou mal dévolus. Par ailleurs, il fallait régler le sort des charges et fondations pieuses, en conciliant le principe de neutralité confessionnelle de l'Etat et la garantie des volontés privées qui ont, par donations, legs ou testaments, affecté certains biens à des institutions religieuses.

192. Les mesures de liquidation du passé concordataire font l'objet d'une jurisprudence largement libérale. Du reste, la bienveillance du Conseil d'Etat ne se limite pas au domaine des biens cultuels, comme le montre l'exemple des dispenses de service militaire au profit des élèves ecclésiastiques.

L'article 23 de la loi militaire du 15 juillet 1889 prévoit que les élèves ecclésiastiques bénéficient d'une dispense conditionnelle de deux ans de service militaire. La dispense devient définitive si l'élève justifie chaque année de la réussite de ses études, puis, à la fin des études, de l'ordination en tant que prêtre et, enfin, à l'âge de 26 ans, qu'il est employé comme ministre d'un culte reconnu.

Pour éviter que la Séparation ne mette fin brutalement à ce système et ne génère des injustices, l'article 39 de la loi de 1905 prévoit un régime transitoire, aux termes duquel : « *Les jeunes gens qui ont obtenu, à titre d'élèves ecclésiastiques, la dispense prévue par l'article 23 de la loi du 15 juillet 1889, continueront à en bénéficier conformément à l'article 99 de la loi du 21 mars 1905, à la condition qu'à l'âge de vingt-six ans ils soient pourvus d'un emploi de ministre du culte rétribué par une association cultuelle et sous réserve des justifications qui seront fixées par un règlement d'administration publique.* ». L'absence d'associations cultuelles catholiques empêche les jeunes prêtres de produire les diverses justifications prévues par cet article, de sorte que le sort des élèves ecclésiastiques semblait relever de l'article 24 de la loi de 1889 qui dispose qu'en cas de non accomplissement des formalités prévues par la loi pour bénéficier de la dispense, les élèves doivent parachever leur service militaire.

Telle n'est pas la solution retenue par le Conseil d'Etat dans deux arrêts du 16 mars 1907 et 11 janvier 1908¹. La première décision juge qu'un élève suivant sa scolarité dans un établissement public du culte perdant cette qualité après l'écoulement du délai d'un an prévu par l'article 4 de la loi de 1905, n'est pas soumis à l'article 24 de la loi de 1889, mais à l'article 25. En vertu de cette dernière disposition, l'élève est soumis aux obligations de la classe à laquelle il appartient lorsque les causes de dispenses prévues par la loi de 1889 viennent à disparaître pour des raisons extérieures à leur bénéficiaire, principalement une modification du droit positif². Concrètement, et la plupart du temps, cela signifie que si un délai suffisant s'est écoulé, le jeune prêtre concerné peut faire partie d'une classe d'*appelés réservistes* pour laquelle l'accomplissement effectif du service militaire n'est pas obligatoire.

Ainsi, dans un arrêt appliquant cette jurisprudence³, le Conseil d'Etat juge illégale une décision du ministre de la guerre contraignant le requérant à accomplir les deux années de service dont il a été conditionnellement dispensé et fondée sur la circonstance que l'élève n'a pu justifier, à l'âge de 26 ans, d'un emploi de ministre du culte rétribué par une association cultuelle. Pour le Conseil d'Etat, le motif est erroné car en vertu de l'article 25 de la loi de 1889, le requérant fait partie d'une classe qui est passée dans la réserve. La solution est toute d'équité et vise à adoucir les effets du rejet des associations cultuelles par l'Eglise, comme en atteste la motivation de l'arrêt soulignant que le requérant n'a pu apporter la justification requise qu'à la suite de circonstances auxquelles il est resté étranger.

193. Ces arrêts sont représentatifs de l'esprit des solutions construites par le juge administratif pour régler les problèmes que la suppression du régime des cultes reconnus a créés à propos des biens ecclésiastiques. En la matière, la jurisprudence peut être structurée selon deux axes. Le juge a d'abord interprété la loi de Séparation à la lumière de la tradition concordataire (§1.). Il a ensuite garanti le respect des volontés religieuses, lors des procédures d'attribution des biens ou des contestations relatives à l'exécution des charges pieuses (§2.)

¹ CE, 16 mars 1907, *Saunier*, D.P., 1908, III, p 90 ; CE, 11 janvier 1908, *Guérin et Dufour (2 espèces)*, D.P., 1909, III, p 86, concl. Teissier ; voir aussi CE, 21 mars 1908, D.P., 1909, III, p 108.

² C'est l'interprétation de cette disposition retenue par le commissaire du gouvernement Teissier, concl. sur CE, 11 janvier 1908, *Guérin et Dufour (2 espèces)*, D.P., 1909, III, p 86 ; il expose en outre clairement l'articulation des dispositions de la loi du 15 juillet 1889 et de la loi de Séparation.

³ CE, 11 janvier 1908, *Guérin et Dufour (2 espèces)*, D.P., 1909, III, p 86, concl. Teissier ; et CE, 21 mars 1908, D.P., 1909, III, p 108.

§ 1. – L'interprétation de la loi de Séparation à la lumière de la tradition concordataire.

194. L'idée d'une rupture nette entre la Séparation et le système concordataire est très présente lors de l'élaboration de la loi. Les éléments les plus anticléricaux de la majorité désirent en finir de manière radicale avec un régime haï assimilé à l'Empire et à la Réaction, et conçoivent la Séparation comme un outil d'éradication de la religion. Ces sentiments ne sont pas ceux de toute la majorité, notamment des promoteurs de la loi tels Aristide Briand et Ferdinand Buisson, mais entretiennent des doutes chez les catholiques sur l'esprit qui présidera à l'application de la loi : sera-t-il fait table rase du passé, en faisant disparaître toute trace du droit concordataire, au risque de bouleverser l'organisation de l'Eglise catholique ?

195. A l'occasion du contentieux né des mesures de liquidation du passé concordataire, le juge administratif a donné une interprétation du droit positif nettement favorable à une certaine continuité entre le régime concordataire et la Séparation, continuité indispensable à la garantie effective de la liberté des cultes. Ainsi, la liquidation du système des cultes reconnus implique la transmission de biens des établissements publics du culte, de l'Etat ou des collectivités locales, en propriété ou en jouissance, à des associations cultuelles qui sont appelées à poursuivre l'exercice public des anciens cultes reconnus. Pour éviter que la liquidation du système concordataire ne bouleverse les conditions d'exercice du culte, il faut donc atteindre une correspondance aussi parfaite que possible entre les richesses affectées aux établissements du culte et celles qui reviendront aux associations. Cette correspondance, dont l'exigence est exprimée par l'article 4 de la loi de Séparation, nécessite pour se réaliser des étapes intermédiaires, principalement les inventaires (A.) et le séquestre (B.). A cet égard, le champ d'application de l'inventaire et du séquestre devait être précisément déterminé. Dans ces deux domaines, le juge administratif a élaboré une jurisprudence opposant une fin de non-recevoir aux partisans de la *tabula rasa* en matière de cultes, et a mis en œuvre, selon l'expression de Louis de Naurois, un *principe de continuité* dans les opérations de liquidation du système des cultes reconnus¹.

¹ Louis de Naurois, « La mise en œuvre juridique de la séparation des Eglises et de l'Etat », *Revue de droit canonique*, tome 13, 1963, p 65-80.

A. – *Les inventaires.*

196. Le juge administratif n'est pas directement intervenu dans la crise des inventaires qui, de janvier à mars 1906, inaugure les nombreuses difficultés d'application que la Séparation va connaître¹. Seules quelques rares décisions nuancent cette affirmation, tel un arrêt qui juge légale une mesure de police interdisant l'entrée d'une église aux fidèles pour la durée d'un inventaire, en raison des troubles à l'ordre public dont la survenance était probable compte tenu des bagarres intervenues les jours précédents à l'occasion d'opérations d'inventaires dans d'autres églises de la commune². L'apport du Conseil d'Etat à l'application des dispositions relatives à l'inventaire est essentiellement technique. Il a consisté à délimiter le champ d'application et la portée de l'obligation d'inventaire.

197. La formalité de l'inventaire n'est pas présente dans le projet définitif soumis par la Commission Buisson à la Chambre des députés. Elle est introduite par la Commission Buisson lors des débats le 12 avril 1905. Pour ses promoteurs, l'inventaire est une mesure conservatoire destinée à clarifier la propriété des biens affectés au culte et à assurer le bon déroulement des opérations de dévolution des biens des établissements publics du culte vers les associations culturelles, ou vers des établissements d'utilité publique pour ce qui concerne les biens grevés d'une affectation non culturelle. Comme le précise le ministre des cultes Bienvenu-Martin, l'inventaire n'est qu'une simple formalité instituée dans l'intérêt commun des fidèles et de la puissance publique³. Le principe de l'inventaire étant accepté par la plupart des députés et sénateurs catholiques⁴, l'article 3 est facilement adopté, augmenté de trois paragraphes qui prévoient un inventaire descriptif et estimatif des biens mobiliers et immobiliers des établissements publics du culte et des biens de l'Etat, des départements et des communes dont les établissements publics du culte ont la jouissance. L'article 3 est complété par un règlement d'administration publique du 29 décembre 1905 précisant la

¹ Sur les grandes lignes et la signification de cette crise, voir *supra*, n°91 et s. Contrairement à la juridiction administrative, l'administration active – principalement les préfets – est en première ligne dans la conduite des opérations d'inventaires, et connaît de grandes difficultés sur le terrain, dûes notamment aux instructions indéterminées du gouvernement, qui mêlent des objectifs contradictoires de fermeté et de pacification ; voir Guillaume Tronchet, « Le cabinet Rouvier et l'administration préfectorale dans la crise des Inventaires, janvier-mars 1906 », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 77 et s.

² CE, 22 novembre 1907, *Abbé Voituret*, D.P., 1909, III, p 33.

³ Voir le compte rendu des débats au D.P., 1906, IV, p 8. Voir aussi Henri Berthélémy, « Les inventaires des biens de fabrique », *R.I.C.*, 1906, p 95-100.

⁴ Une minorité catholique, dont le député Léonce de Castelnau se fait le porte-parole lors de la séance du 15 avril, perçoit toutefois l'inventaire comme une mesure de spoliation et d'ingérence de l'Etat dans la vie de l'Eglise. Voir aussi l'hostilité manifestée par les juristes catholiques intransigeants : Gustave de Lamarzelle et Henry Taudière, *Commentaire théorique et pratique de la loi du 9 décembre 1905*, Plon, 1906, p 193. Voir aussi Anatole Biré, *La séparation des Eglises et de l'Etat, commentaire de la loi du 9 décembre 1905*, Arthur Rousseau, 1905, p 47.

procédure à suivre et les établissements publics du culte soumis à l'inventaire¹, puis par trois circulaires, l'une du ministre des cultes, datant du 30 décembre 1905, les deux autres de la direction de l'enregistrement du ministère des finances, des 2 et 29 janvier 1906.

198. Alors que l'article 3 de la loi du 9 décembre 1905 dispose sans autre précision que l'inventaire concerne les établissements publics du culte supprimés en vertu de l'article 2, le règlement d'administration publique du 29 décembre 1905 (article 2) dresse une liste des établissements soumis à l'inventaire, comprenant les caisses diocésaines de secours en faveur des prêtres âgés et infirmes (article 2-6°). Sur le fondement de ces dispositions, les directeurs des domaines notifient la date de l'inventaire aux conseils d'administration des caisses diocésaines en les invitant à assister aux opérations. Saisi de recours pour excès de pouvoir contre les notifications faites aux caisses diocésaines de secours de Gap et de Verdun, le Conseil d'Etat se prononce dans un arrêt du 21 décembre 1906 sur la légalité du règlement d'administration publique du 29 décembre 1905 et sur la qualité d'établissement public du culte des caisses diocésaines de secours. L'enjeu de l'affaire est important et excède le point de droit autour duquel se noue le litige puisqu'il porte sur l'interprétation de la volonté du législateur et sur le ton que le juge administratif entend donner à sa jurisprudence de Séparation.

199. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Saint-Paul examine d'abord la question de la recevabilité des requêtes, en s'interrogeant sur la qualité de décisions faisant grief des notifications attaquées. Saint-Paul estime que la notification est un préalable aux opérations d'inventaire, une mesure d'exécution susceptible de préjudicier aux intérêts des établissements qu'elle vise. Il ne peut donc s'agir d'une mise en demeure insusceptible de recours.

Pourtant, quelques années auparavant, dans le cadre de l'application du titre III de la loi du 1^{er} juillet 1901, le même commissaire du gouvernement, suivi par le Conseil d'Etat, avait estimé qu'un acte du préfet enjoignant aux membres d'une congrégation de quitter un établissement dans un certain délai sous peine d'y être contraint par un décret de fermeture, était une simple mise en demeure insusceptible de faire grief car l'acte préfectoral se bornait à rappeler l'éventuelle intervention d'un décret qui était la seule décision pouvant être contestée devant le juge administratif². N'était-il pas possible de maintenir ce raisonnement à propos de la notification de la

¹ Voir *D.P.*, 1906, IV, p 28

² CE, 20 juin 1903, *Demoiselle Lebas et dame veuve Tourangin*, *Rec.*, p 480, concl. Saint-Paul. Du reste, cette jurisprudence s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel général initié après 1872 consistant à juger irrecevable les recours dirigés contre les mises en demeure (par exemple : CE, 5 avril 1884, *Compagnie parisienne du Gaz*,

date de l'inventaire, puisque l'acte est essentiellement une simple information sur la survenance de l'inventaire, puis de juger seul susceptible de recours l'acte d'inventaire lui-même ? En admettant au contraire la recevabilité de la requête, le commissaire du gouvernement et le Conseil d'Etat s'éloignent de la jurisprudence restrictive de la période concordataire et inaugurent le libéralisme qui va caractériser la jurisprudence de Séparation¹. L'appréciation de la recevabilité est donc en elle-même révélatrice des changements apportés par la loi de Séparation dans la jurisprudence culturelle du Conseil d'Etat ; le pas franchi est d'autant plus significatif qu'au début du XXe siècle, l'orientation de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur la recevabilité des recours contre les mises en demeure est globalement restrictive². D'ailleurs, à l'occasion du commentaire d'un autre arrêt, Hauriou enregistre cette évolution des règles de recevabilité et y décèle un progrès du recours pour excès de pouvoir dans le sens d'une protection plus grande des droits des administrés et des personnes publiques infra-étatiques³.

200. Sur le fond, l'arrêt examine la légalité du règlement d'administration publique du 29 décembre 1905 dans le cadre de la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Chemins de fer de l'Est* du 6 décembre 1907 qui n'admet pas la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre ce type d'actes réglementaires⁴. Partant d'un refus de principe⁵, le Conseil d'Etat a toutefois étendu son contrôle par voie d'exception en acceptant d'examiner la régularité procédurale du règlement puis le respect de la délégation législative⁶.

Rec., p 287 ; CE, 27 juin 1890, *Commune d'Haussonvillers*, *Rec.*, p 617 ; CE, 5 février 1892, *Courmont*, *S.*, 1893, III, p 157 ; CE, 22 décembre 1893, *Dame de Rambourgt*, *Rec.*, p 856).

¹ Voir une première manifestation de l'extension de la recevabilité contre les mises en demeure : CE, 22 juin 1906, *Commune de Craon*, *S.*, 1908, III, p 145.

² Frédéric Blancpain relève que seules les mises en demeure qui contiennent une véritable décision exécutoire autonome sont susceptibles de recours ; voir Frédéric Blancpain, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Thèse, Paris II, 1979, p 158 et s. Voir aussi les exemples cités par Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, p 250 et s, tels que CE, 16 janvier 1914, *Consorts Lehideux*, *Rec.*, p 50 ; CE, 6 août 1915, *Consorts Renaut*, *Rec.*, p 297.

³ Note Hauriou sous CE, 12 mars 1909, *Commune de Charmauvillers*, et autres décisions, *S.*, 1911, III, p 33 : « les simples particuliers ou simples administrés, eux aussi, dans la perspective du recours pour excès de pouvoirs, doivent être considérés comme des personnages puissants, dont les prérogatives sont à respecter ; ce sont des citoyens armés de leur liberté et puissants par cette liberté, jaloux de leur indépendance, et la menace contenue dans le mise en demeure leur fait déjà grief. ».

⁴ CE, 6 décembre 1907, *Chemin de fer de l'Est, du Midi, du Nord, d'Orléans, de l'Ouest, et de Paris-Lyon-Méditerranée*, *S.*, 1908, III, p 1, note Hauriou.

⁵ CE, 20 décembre 1872, *Fresneau*, *S.*, 1872, II, p 224 ; CE, 1^{er} avril 1892, *Commune de Montreuil-sous-Bois*, *S.*, 1894, III, p 25 ; CE, 8 juillet 1892, *Ville de Chartre*, *S.*, 1894, III, p 64.

⁶ CE, 6 janvier 1888, *Salle*, *Rec.*, p 1, dans lequel le juge vérifie que le règlement a bien été délibéré en Conseil d'Etat ; CE, 26 janvier 1900, *Malivert*, dans lequel est examinée la question de respect de la délégation législative.

Aussi, en 1906¹, le juge administratif vérifie que l'inclusion des caisses diocésaines de secours par le règlement du 29 décembre 1905 dans les établissements publics du culte soumis à l'inventaire est conforme à l'article 3 de la loi de 1905. Proposant une solution, le commissaire du gouvernement met en œuvre trois critères d'identification des établissements publics : un acte de création résultant de la loi ou d'un acte de la puissance publique, la participation à la gestion d'un service public et la jouissance d'une personnalité propre, distincte de celle de l'Etat ou des collectivités locales.

Raisonnant à partir des caisses requérantes, Saint-Paul conclut à la réunion des trois critères : les deux institutions ont été créées par décret, disposent de la personnalité morale, bénéficient de ressources spéciales et concourent à la gestion du service public du culte catholique, puisque les pensions versées par les caisses étaient la rémunération des services passés fournis par les prêtres pour la célébration du culte². Enfin, termine Saint-Paul, la qualification d'établissement public du culte résulte d'une tradition jurisprudentielle bien établie, puisqu'une déclaration d'abus du 31 mars 1884³ qualifie expressément d'établissements publics les caisses diocésaines de secours.

Le Conseil d'Etat suit son commissaire du gouvernement et retient la qualification d'établissement public du culte : « *considérant qu'à raison de leur objet, qui est la gestion d'un service public du culte, les caisses diocésaines de retraite et de secours pour les prêtres âgés ou infirmes, telle que celle du diocèse de Gap, ont été classées par l'article 2 du règlement d'administration publique du 29 décembre 1905 parmi les établissements publics du culte soumis à l'inventaire, et que le règlement d'administration publique du 17 mars 1906 a placé lesdites caisses au nombre des établissements ecclésiastiques, dont les biens seront attribués, soit à des associations cultuelles, soit à des services ou établissements public ou d'utilité publique, après avoir été portés à l'inventaire* »⁴. Les motifs de l'arrêt marquent bien que *la participation à un service public du culte* est l'élément déterminant qui conduit à classer un organisme dans la catégorie des établissements publics du culte et, partant, à le soumettre aux règles de dévolution des articles 4 et 7 de la loi et à la formalité de l'inventaire qui doit faciliter cette dévolution.

201. L'importance donnée au critère de l'objet de service public est d'autant plus significative dans le cadre du contentieux de la Séparation que les fonctions de ce critère ne sont pas encore clairement

¹ CE, 21 décembre 1906, *Caisse de secours en faveur des prêtres âgés ou infirmes du diocèse de Gap*, Rec., p 942, concl. Saint-Paul.

² Concl. Saint-Paul, CE, 21 décembre 1906, *Caisse de secours en faveur des prêtres âgés ou infirmes du diocèse de Gap*, Rec., p 942.

³ CE, 31 mars 1884, *Ministre de la justice et des cultes c/ l'évêque d'Angers*, Rec., p 979.

⁴ CE, 21 décembre 1906, *Caisse de secours en faveur des prêtres âgés ou infirmes du diocèse de Gap*, Rec., 1906, p 948.

déterminées dans le droit des établissements publics du début du XXe siècle. D'un côté, la doctrine inclut sans ambiguïté l'objet de service public dans la définition des établissements publics. Ainsi, Aucoc considère qu'il s'agit d'une « *personne civile, ayant une existence distincte et des ressources propres, créée pour la gestion d'un service public* »¹. Les explications de Ducrocq², Hauriou³, Jèze⁴ ou Michoud⁵ sont analogues. Mais dans le même temps, les données issues de la jurisprudence ne sont pas aussi tranchées que les définitions doctrinales. Si le Conseil d'Etat fait bien de l'objet de service public un élément d'appréciation dans la qualification d'un établissement public, cet élément n'est pas systématiquement recherché, ou apparaît comme secondaire dans le raisonnement du juge. Au début du XXe siècle, le Conseil d'Etat s'attache ainsi souvent aux conditions de création, aux origines administratives d'un organisme⁶. Aussi bien, comme l'indique Benoit Plessix, la méthode d'identification des établissements publics se caractérise dès le XIXe siècle par l'emploi de la technique du faisceau d'indices, dans laquelle les facteurs recherchés ne sont pas cumulatifs et n'ont pas la même importance dans toutes les espèces⁷.

Ainsi, le caractère primordial du critère de l'objet de service public dans le cadre des mesures de liquidation du passé concordataire ne s'imposait pas avec évidence et n'était pas la conséquence nécessaire d'une tradition jurisprudentielle bien établie. La solution adoptée révèle donc un choix mûrement réfléchi du juge administratif, c'est-à-dire assurer une transition sincère et respectueuse de la liberté du culte entre le régime concordataire et la Séparation. Du point de vue des biens du culte, cette transition implique que les biens affectés aux anciens cultes reconnus soient effectivement dévolus aux associations qui ont vocation à assurer la continuation de ces cultes reconnus. Il faut assurer une correspondance aussi fidèle que possible entre les anciens cultes reconnus et les futures associations culturelles, en évitant de retrancher artificiellement certaines institutions de la catégorie des établissements publics du culte. D'où l'importance du critère de la

¹ Voir Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, tome I, 3^{ème} éd, Dunod, 1885, p 350 et s ; de même, Léon Aucoc, *Les établissements publics et la loi du 4 février 1901*, Alphonse Picard et fils, 1901 ; dans cet opuscule, Aucoc fait le bilan des discussions juridiques sur les critères de l'établissement public.

² Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome II, 6^{ème} éd, Ernest Torin, 1881, p 470 et s.

³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd, Sirey, rééd Dalloz, 2002, p 280 et s. Hauriou définit l'établissement public comme un « service public spécial personnifié ».

⁴ Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, tome II, 1930, rééd Dalloz, 2004, p 27. Pour Jèze, l'établissement désigne « l'affectation de recettes à l'ensemble des dépenses d'un service public, affectation générale et permanente, affectation accompagnée de séparation d'un patrimoine général ».

⁵ Léon Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, tome I, 2^{ème} éd, LGDJ, 1924, p 220 et s.

⁶ TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac c/ Ducornot, S.*, 1900, III, p 49, note Hauriou ; CE, 22 mai 1903, *Caisse des écoles du VI^e arrondissement de Paris, Fourcade, Dareste et autres, D.P.*, 1904, III, p 1, concl. Romieu ; S., 1905, III, p 33, note Hauriou. Voir aussi les explications de François Béroujon, « Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics », *R.F.D.A.*, 2008, p 26 et s.

⁷ Benoit Plessix, « Etablissements publics. Notion, création, contrôles », *Juris-Classeur administratif*, fasc. 135, 2007, p 10 et s. Déjà, dans le même sens : Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, tome II, 1930, rééd Dalloz, 2004, p 31.

gestion d'un service public du culte qui ressort clairement des conclusions du commissaire du gouvernement Saint-Paul et de l'arrêt.

D'où, en outre, le souci de la continuité entre le régime concordataire et la Séparation, qui passe par l'interprétation de la loi de Séparation à la lumière du droit concordataire. Si le législateur a fait le choix d'une rupture nette dans la philosophie des rapports entre l'Etat et les cultes, il a aussi entendu ménager une transition respectueuse de la liberté des cultes entre le régime concordataire et la Séparation. Or, dans le cadre de la dévolution des biens dont l'inventaire est un préalable, une méconnaissance de la tradition concordataire aurait pour effet de détourner certains biens de leur affectation et de porter atteinte à la liberté des cultes. Le juge administratif opte donc pour le maintien d'une certaine continuité entre le régime concordataire et le régime de Séparation¹, marquant par la même occasion la formation d'une jurisprudence tournée vers la liquidation équitable du passé concordataire, respectueuse de la situation des fidèles au moment de la Séparation. Il s'agit là d'un des traits saillants de la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat relative à la Séparation, qui, nous le verrons plus loin, va se manifester dans d'autres domaines, tel que la question du statut des édifices du culte catholique.

B. – Le séquestre des biens ecclésiastiques.

202. Le problème du séquestre des biens des établissements publics du culte occupe une place marginale dans les débats à la Chambre et au Sénat². Le gouvernement et les parlementaires n'envisageaient sans doute pas qu'un refus massif des associations cultuelles par l'Eglise catholique ferait de la question un des enjeux juridiques importants des premières années d'application de la loi.

Le séquestre est prévu par le deuxième alinéa de l'article 8 de la loi du 9 décembre 1905 et concerne deux types de situations. En vertu de l'article 4, les établissements publics du culte disposent d'un délai d'un an, à compter de la promulgation de la loi, pour attribuer leurs biens aux associations cultuelles ayant vocation à remplacer les établissements publics du culte. Il se peut que, tout en créant des associations cultuelles, les représentants d'un culte n'attribuent pas à temps les

¹ Pour des applications ultérieures de cette jurisprudence, voir CE, 12 février 1909, *Caisse de secours du diocèse d'Angoulême et caisse de secours du diocèse de Moulins, Rec.*, p 160. Voir aussi un arrêt qui précise la portée limitée de l'inventaire, en jugeant que l'inventaire n'a pas pour vocation d'établir la propriété des biens, est établi tous droits et moyens des parties réservés (article 5 du règlement d'administration publique du 29 décembre 1905) et ne fait pas obstacle à ce que les juridictions compétentes soient saisies de la question de propriété des biens visés par l'inventaire (CE, 15 janvier 1909, *Sieur Ginestet, Rec.*, p 39).

² *D.P.*, 1906, IV, p 13 et s.

biens des établissements du culte. Dans ce cas les biens sont mis sous séquestre dans l'attente de leur attribution par décret aux associations culturelles.

Il est aussi possible qu'aucune association culturelle ne soit constituée en remplacement des établissements du culte. Après mise sous séquestre, les biens seront alors attribués par décret, en vertu de l'article 9, aux établissements communaux d'assistance ou de bienfaisance situés dans les limites territoriales de la circonscription ecclésiastique intéressée (la loi du 13 avril 1908¹ modifie l'article 9 en prescrivant que les biens ecclésiastiques non attribués reviennent à l'Etat, aux départements ou aux communes). C'est cette dernière hypothèse qui s'est réalisée pour le culte catholique, en raison de l'interdiction pontificale de créer des associations culturelles.

A partir de décembre 1906, les biens des dizaines de milliers de fabriques, menses, chapitres, séminaires, caisses diocésaines de secours sont donc placés sous séquestre par arrêté préfectoral, selon la procédure fixée par les chapitres II et III du titre I du décret d'administration publique du 16 mars 1906² et par l'arrêté du ministre des finances du 1^{er} décembre 1906. Aux yeux des catholiques, le séquestre devient la manifestation juridique et concrète de la spoliation des biens de l'Eglise qu'ils imputent à l'Etat. De nombreuses contestations naissent de cette hostilité, qui conduisent le Conseil d'Etat à préciser les contours du champ d'application du séquestre, puis le Tribunal des conflits à rééquilibrer la répartition des compétences juridictionnelle en matière culturelle.

I. – Le champ d'application de l'obligation de séquestre.

203. Saisi de recours pour excès de pouvoir contre des arrêtés de mise sous séquestre, le Conseil d'Etat a eu à se prononcer, comme en matière d'inventaires, sur l'étendue de la notion d'établissement public du culte, à laquelle le séquestre, comme l'inventaire, ont seuls vocation à s'appliquer. Pour faire échapper certains établissements au séquestre, des requérants ont exploité les flottements de la classification des personnes publiques qui caractérisent le XIX^e siècle, particulièrement les ambiguïtés de la distinction entre les *établissements publics* et les *établissements privés d'utilité publique*.

204. Dans une affaire importante, puisqu'il s'agit du sort du Sacré-Cœur³, le Conseil d'Etat aborde de front une question de propriété. Le cardinal Richard, archevêque de Paris, conteste la mise sous

¹ D.P., 1909, IV, p 50 et s.

² D.P., 1906, IV, p 31 et s.

³ Sur le caractère symbolique de l'affaire, voir Vida Azimi, « Le préfet Louis Lépine et l'application de la loi de 1905 », R.A., 2005, n°345, p 229-236.

séquestre de l'église du Sacré-Cœur en soutenant que l'édifice est la propriété de l'œuvre du Vœux national du Sacré-Cœur, institution privée qui aurait eu l'initiative de la construction de l'église après la défaite de 1870, dans le but de consacrer la France au Sacré-Coeur. Le juge administratif lui répond en relevant que la loi du 24 juillet 1873 déclarant d'utilité publique la construction de l'édifice fait mention d'une lettre de l'archevêque de Paris sollicitant la construction de l'église et demandant qu'elle devienne la propriété de la mense archiépiscopale, établissement public du culte visé par la mesure de séquestre¹. Le Conseil d'Etat repousse ainsi des arguments exploitant les incertitudes nées des circonstances de la construction de certains édifices.

205. Mais l'essentiel de la jurisprudence porte moins sur des questions de propriété que sur la nature même des établissements dont les biens sont placés sous séquestre. Les arrêts révèlent la volonté du juge d'éviter les méandres de la taxinomie des personnes morales. Pour ce faire, comme pour les inventaires, le juge administratif choisit une méthode d'identification des établissements publics du culte fondée sur un critère matériel prépondérant et des critères complémentaires et confortatifs. Le critère matériel s'attache à l'objet de l'établissement considéré, c'est-à-dire à son degré de participation à *la gestion du service public des cultes*. Cet aspect principal est complété par la recherche d'éléments tenant aux conditions de naissance de l'institution, à ses modalités d'organisation, à la nature des règles qui la régissent.

Ainsi, dans la continuité de l'arrêt *Caisse de secours en faveur des prêtres âgés ou infirmes du diocèse de Gap* du 21 décembre 1906, relatif au champ d'application de l'inventaire, le Conseil d'Etat juge que les caisses diocésaines de secours sont des établissements publics du culte dont les biens sont soumis au séquestre en l'absence d'attribution à des associations culturelles. De nombreuses caisses ont été créées sur initiative privée dans la première moitié du XIXe siècle puis autorisées par ordonnance royale, avec souvent la qualification d'établissement d'utilité publique. Le Conseil d'Etat n'accorde aucune portée à cette qualification invoquée par certains requérants. Comme le note le commissaire du gouvernement Saint-Paul dans ses conclusions sur l'arrêt *Caisse de secours en faveur des prêtres âgés ou infirmes du diocèse de Gap*, le début du XIXe siècle se caractérise par une grande confusion dans les notions, les termes *d'établissement d'utilité publique* et *d'établissement public* étant souvent employés l'un pour l'autre². Il ne faut donc pas accorder une

¹ CE, 2 juillet 1909, *Cardinal Richard, archevêque de Paris, S.*, 1912, III, p 24, concl. Chardenet.

² Concl. Saint-Paul sur CE, 21 décembre 1906, *Caisse de secours en faveur des prêtres âgés ou infirmes du diocèse de Gap, Rec.*, p 942. Voir aussi les explications de Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 3^e édition, tome I, Dunod, 1885, p 352 ; et Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd, Sirey, rééd Dalloz, 2002, p 316 et s.

trop grande importance aux critères formels pour identifier les établissements publics du culte¹, mais s'attacher à la notion de service public du culte.

C'est la position du Conseil d'Etat, qui juge qu'en dépit de la dénomination d'établissement d'utilité publique contenue dans l'acte d'autorisation et en dépit de l'absence de ressources spéciales, une caisse de secours est un établissement public du culte dès lors qu'elle avait pour but de concourir à la gestion du service public du culte et qu'elle était soumise à certaines règles spécifiques aux établissements publics². Dans un arrêt ultérieur, le juge se dispense même d'arguments confortatifs tirés du régime de l'institution, en déduisant la qualité d'établissement public de la seule participation à la gestion du service public du culte³. De même, à propos d'une bourse des pauvres écoliers, le Conseil d'Etat recherche le but qui avait été assigné à cette institution par ses actes de création, puis, constatant que l'institution se proposait d'entretenir des élèves pour leur permettre d'embrasser divers métiers – et pas seulement le ministère ecclésiastique – il en conclut que la bourse des pauvres écoliers ne concourait pas au service public du culte et n'était pas un établissement public concerné par le séquestre⁴.

206. Comme en matière d'inventaires, le Conseil d'Etat manifeste donc sa volonté de soumettre tous les éléments de l'ancien service public du culte catholique aux mesures de liquidation du régime concordataire ; d'où une jurisprudence centrée sur le critère de la gestion du service public du culte. Si la persistance du refus catholique des associations cultuelles et l'intervention de la loi du 13 avril 1908 éloignent l'espoir d'un transfert des biens des établissements publics du culte catholique à des associations cultuelles catholiques, la solution retenue par le juge administratif dispose d'une forte cohérence du point de vue de l'esprit de la loi de Séparation, car elle place au premier plan l'équité de la transition entre l'ancien et le nouveau régime des cultes.

¹ En ce sens, voir Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, tome II, 1930, rééd Dalloz, 2004, p 31, note 1.

² CE, 2 avril 1909, *Caisse de retraites des prêtres âgés et infirmes du diocèse de Grenoble*, *Rec.*, p 389.

³ CE, 10 décembre 1909, *Cardinal Richard, archevêque de Paris*, *S.*, 1910, III, p 74, et la note. L'annotateur relève d'ailleurs l'importance du critère de la participation au service public du culte.

⁴ CE, 19 mai 1916, *Bourse des pauvres écoliers*, *Rec.*, p 189, concl. Blum. Dans ses conclusions, Blum met fin à un flottement en matière de recevabilité qui semblait résulter d'un arrêt de 1909 (CE, 2 avril 1909, *Caisse de retraites des prêtres âgés ou infirmes du diocèse de Grenoble*, *Rec.*, p 389) qui a jugé irrecevable une requête d'un administrateur d'une caisse de secours contre un arrêté de mise sous séquestre, au motif que la caisse de secours avait cessé de fonctionner à l'issue du délai d'un an prévu par la loi de 1905 pour assurer la dévolution des biens. En 1916, Blum écarte cette argumentation, en montrant que ce raisonnement ferme tout recours aux établissements supprimés et mis sous séquestre.

II. – Le séquestre et la compétence juridictionnelle.

207. Le séquestre a aussi posé une question de compétence juridictionnelle, sur laquelle le Tribunal des conflits a fait quelque peu évoluer sa jurisprudence en rééquilibrant les compétences en faveur du juge judiciaire. Ce faisant, il a rompu avec la période concordataire au cours de laquelle les revendications de compétence du gouvernement en faveur de la juridiction administrative dans le domaine des congrégations étaient largement satisfaites.

Si l'hostilité aux mesures de séquestre s'exprime devant le juge administratif, le juge judiciaire, spécialement le juge des référés, est aussi souvent saisi de demandes de maintien dans les lieux ou de réintégration à la suite de mises en demeure de déguerpir adressées par les préfets et les séquestres. Plusieurs types de situations se présentent aux juges des référés. D'abord, certains immeubles mis sous séquestre sont occupés par des ministres du culte qui invoquent des titres divers en faveur de leur maintien dans les lieux. Ensuite, des locaux ont parfois été loués à des personnes étrangères au service public des cultes, simples particuliers ou directeurs d'écoles libres par exemple. Le séquestre fait donc naître, du point de vue de la compétence, un conflit entre des droits privés et des actes administratifs (mesures de mise sous séquestre prises par le préfet).

208. Le problème est analogue à celui que le Tribunal des conflits avait dû résoudre au début des années 1880 à l'occasion de la campagne de remplacement des instituteurs congréganistes¹. La question avait alors été tranchée dans un sens très favorable au gouvernement et à la juridiction administrative récemment épurée : même en présence de droits subjectifs sur les locaux scolaires tirés de contrats et autres titres privés (donations avec charge par exemple), le juge des référés n'est pas compétent pour ordonner le maintien dans les lieux car la continuation de l'occupation des écoles serait inconciliable avec l'exécution de l'acte administratif nommant un instituteur laïque à la direction de l'école. Seul le juge du principal, compétent en matière de propriété, peut mettre fin à l'occupation en reconnaissant les droits des demandeurs sur les locaux². Cette distinction entre le provisoire et le principal est toutefois ambiguë, puisque dans plusieurs arrêts le Haut-Tribunal mentionne l'autorité judiciaire dans sa globalité, en jugeant que « *il ne saurait appartenir aux tribunaux judiciaires, et spécialement au juge des référés, d'annuler l'acte administratif, ni d'entraver ses effets et son exécution* »³ ; de plus, les développements de la jurisprudence semblent

¹ *Supra*, n°173 et s.

² TC, 14 janvier 1880, *Frères des écoles chrétiennes, Maille, Garnier et Lebrun c/ Ville de Brignoles, Rec.*, p 23, concl. Gomel ; TC, 14 janvier 1880, *Frères des écoles chrétiennes c/ le préfet du Gard et ville d'Alais, Rec.*, p 30, concl. Cazalens ; TC, 27 décembre 1880, *Caseneuve et Hours c/ maire de Carpentras, Rec.*, p 1086.

³ TC, 28 décembre 1878, *Institut des frères des écoles chrétiennes c/ Ville de Montereau, D.P.*, 1879, III, p 65 ; TC, 11 janvier 1879, *Institut des frères des écoles chrétiennes c/ Ville de Blois, D.P.*, 1879, III, p 66. Voir

neutraliser l'affirmation de la compétence du juge du principal. En 1879-1880, l'accent est donc mis par le Tribunal des conflits sur la nécessité de ne pas entraver l'exécution des actes administratifs, même en présence de droits privés. Des stipulations contractuelles ne peuvent priver d'effet un acte administratif devant le juge des référés.

209. Dans le cas des actions introduites contre les séquestres, le Tribunal des conflits ne rompt pas avec cette jurisprudence, mais raffine nettement ses solutions de telle sorte que contrairement à la période concordataire, l'administration ne sort pas toujours vainqueur de ses revendications de compétence. Sur les questions de compétence liées au séquestre, le gouvernement souhaitait que le juge judiciaire soit incompetent pour connaître des actions intentées contre les séquestres, quels que soient les moyens invoqués¹. Le Tribunal des conflits dégage au contraire un ensemble de solutions assez complexe qui distingue nettement la compétence du juge des référés de celle du juge du principal.

210. Il écarte d'abord la compétence du juge judiciaire, au provisoire ou au principal, lorsque un ministre du culte invoque un titre civil qui apparaît au juge comme manifestement inexistant ou sans valeur. Les conclusions du commissaire du gouvernement Feuilleloy sur l'arrêt *Abbé Brunet* montrent que le juge opère un examen au fond de la valeur des titres privés pour déterminer la compétence². Ainsi, le juge judiciaire n'est pas compétent pour connaître d'une action intentée par un évêque qui invoque un droit d'usufruit fondé sur sa seule qualité d'évêque *pro tempore* du diocèse pour justifier son maintien dans un immeuble mis sous séquestre. Dans ce cas, le ministre du culte tente de formuler sa situation vis-à-vis de l'immeuble dans les termes du droit civil, alors qu'elle découle uniquement du droit concordataire. En conséquence, le Tribunal des conflits juge que l'évêque ne dispose d'aucun droit propre distinct de sa qualité d'ecclésiastique, celle-ci ne pouvant fonder un maintien dans les lieux puisque la loi de Séparation a précisément pour but de liquider l'ancien service public des cultes. Dès lors, son action tend seulement à entraver l'exécution des actes administratifs de mise sous séquestre³.

cependant un arrêt qui reconnaît la compétence d'un juge du fond pour se prononcer sur la propriété d'un immeuble confié à un instituteur laïque, et sur les mesures provisoires : TC, 26 mars 1881, *Monnier c/ Ville d'Alais, Rec.*, p 355.

¹ Note sous TC, 23 mars, 20 et 25 avril, 2 mai 1907, *D.P.*, 1907, III, p 73.

² Concl. Feuilleloy sur TC, 29 février 1908, *Abbé Brunet et Bel c/ séquestre des biens de la fabrique et de la messe de Combret, Rec.*, p 206.

³ TC, 23 mars 1907, *Evêque de Nice c/ Préfet des Alpes-Maritimes et Joly, D.P.*, 1907, III, p 73. Sous le régime concordataire, l'existence et la nature du droit des ministres du culte sur les presbytères ou les palais épiscopaux ne sont pas parfaitement claires. Le Tribunal des conflits distingue le sort des évêques, qui ne jouissent d'aucun droit sur leur logement, leur occupation découlant d'une simple affectation administrative (TC, 14 avril 1883, *Freppel, évêque d'Anger c/ Devanlay, Rec.*, p 357, concl Chante-Grellet), du sort des curés, auxquels les Articles

Si le ministre du culte invoque un titre privé dont la portée n'est pas certaine, mais qui n'est pas manifestement inexistant ou sans valeur, alors la compétence du juge des référés est rejetée, car en l'absence de titre certain, la demande ne peut faire obstacle à l'acte administratif ; mais le Tribunal des conflits réserve la compétence du juge du principal qui se prononcera sur la valeur des droits invoqués par le ministre du culte¹. De manière quelque peu subtile, le commissaire du gouvernement explique cette distinction par la différence de nature entre les jugements rendus par le juge des référés et le juge du principal. Dans un cas, les mesures prises sont *l'œuvre directe du juge*, alors que dans l'autre cas, le juge se contente, lorsqu'il se prononce sur les droits des parties, *de tirer les conséquences de la loi* qui fixe les limites du droit de propriété et des droits contractuels. Rendue au nom de la loi, la décision du juge du principal s'impose à l'administration ; œuvre exclusive du juge, celle du juge des référés méconnaît le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.

Pour d'autres catégories d'occupants, la compétence du juge judiciaire est plus facilement reconnue. Ainsi, beaucoup de prêtres enseignants ou de directeurs d'établissements d'enseignement libre occupent un immeuble appartenant à un établissement public du culte en vertu d'un bail. Si aux yeux du juge des conflits l'existence du bail est certaine et si le demandeur ne remet pas en cause les pouvoirs du séquestre, alors la compétence du juge des référés est retenue, même quand le préfet remet en cause la valeur juridique du bail en invoquant son caractère fictif². Si le Tribunal des conflits avait voulu juger dans un sens favorable au gouvernement, il aurait pu profiter de ce doute sur la valeur du bail exprimé par le préfet pour considérer qu'aucun titre civil suffisamment certain ne permettait de faire obstacle à un acte administratif. Mais le juge porte sa propre appréciation sur l'existence des droits personnels invoqués ; si les titres dont les occupants se prévalent apparaissent

Organiques accordent un certain droit de jouissance *sui generis* (TC, 15 décembre 1883, *Fonteny c/ Boisard*, Rec., p 940, concl. Gomel ; TC, 13 mars 1886, *Abbé Glena*, Rec., p 240, concl. Chante-Grellet). Cependant, le Conseil d'Etat semble s'écarter de cette solution en marquant la précarité de la situation du curé à l'égard du presbytère (CE, 8 juillet 1892, *Albouy et fabrique de Saint-Sernin de Toulouse*, S., 1894, III, p 81, note Hauriou).

¹ TC, 29 février 1908, *Abbé Brunet et Bel c/ séquestre des biens de la fabrique et de la mense de Combret*, Rec., p 206, concl. Feuilloley.

² TC, 20 avril 1907, *Basse c/ Directeur général de l'enregistrement et Monatte*, D.P., 1907, III, p 74, concl. Feuilloley : « que si le débat sur le caractère sincère ou fictif du bail excédait la compétence du juge des référés, il ne soulevait que des questions de droit civil, et ne mettait en cause ni la validité, ni l'exécution de l'arrêté du préfet précité, plaçant sous séquestre, par application de la loi du 9 décembre 1905 et du décret du 16 mars 1906, les biens ayant appartenus au petit séminaire de Clermont-Ferrand ». Voir aussi TC, 8 juin 1907, *Abbé Brunner c/ Séquestre du petit séminaire de Nice*, Rec., p 538 ; TC, 25 avril 1907, *Dor et Estinès c/ Séquestre du petit séminaire de Polignan*, Rec, p 382 ; TC, 2 mai 1907, *Astier et Mouraret et société nationale d'éducation de Lyon c/ séquestre du petit séminaire d'Aubenas*, *Abbé Septfons c/ séquestre du grand séminaire de Viviers*, *Abbé Bertelin c/ séquestre du petit séminaire du Troyes*, *Philip c/ séquestre du petit séminaire d'Aix*, Rec., p 397 ; TC, 28 mars 1908, *Abbé Lalisce c/ séquestre de la mense succursale de Boussorp*, Rec., p 331. Voir aussi la reconnaissance de la compétence du juge des référés, dans le cadre du remplacement des instituteurs congréganistes, lorsque le demandeur fait valoir un jugement définitif statuant sur ses droits : TC, 7 décembre 1907, *Demoiselle Le Coz c/ Dame Le Bihan*, D.P., 1908, III, p 33 ; S., 1908, III, p 9, note Hauriou.

sérieux, alors la question du caractère fictif du bail est renvoyée vers le juge du principal, seul compétent pour se prononcer sur l'existence de droits, et la compétence du juge du provisoire est maintenue, dans la mesure où dans l'attente de la solution sur le fond, foi est dûe aux stipulations du bail dont l'existence apparaît sérieuse. Ainsi, dès lors qu'il existe un titre civil considéré comme certain par le juge des conflits, dès lors que l'acte ne remet pas en cause la validité des actes administratifs de mise sous séquestre et qu'il n'implique pas une possession ou une occupation indéfinie, alors le bail peut fonder une action devant le juge des référés pour obtenir le maintien dans les lieux, et les éventuels débats qui pourront avoir lieu sur la portée de ce titre relèvent du juge du principal¹.

§ 2. – *Le respect des volontés religieuses.*

211. A la veille de la Séparation, de nombreux biens appartenant aux établissements du culte catholique ou à des établissements connexes au culte (institutions charitables, hôpitaux, écoles), proviennent de libéralités consenties par les fidèles². Souvent, ces richesses sont grevées de charges diverses. Par exemple, une fabrique reçoit un legs à charge pour le desservant de prononcer des prières pour l'âme du défunt donateur. Parfois, le bien est donné à une institution religieuse à charge d'être affecté à une certaine activité, comme le soin des malades ou le soulagement des pauvres. Ces situations se révèlent très problématiques au moment de la Séparation, car elles mettent en présence d'exigences contradictoires : assurer le respect dû aux volontés privées, exprimées dans des donations, legs ou testaments d'une part, et, d'autre part, garantir la neutralité de l'Etat qui interdit que des personnes publiques ayant vocation à recueillir un grand nombre de biens des établissements publics du culte exécutent les charges cultuelles grevant certains de ces biens. Le Conseil d'Etat a rencontré cette problématique, principalement à propos de deux contentieux ; d'abord, celui de l'attribution des biens ecclésiastiques, notamment ceux grevés d'une affectation étrangère à l'exercice du culte (A.) ; ensuite, celui de l'exécution des charges pieuses attachées à certains biens (B.). Dans ces deux domaines, le juge administratif a encore une fois placé la liberté des cultes au centre de sa jurisprudence, en donnant du droit positif une interprétation protectrice des volontés religieuses.

¹ Voir le raisonnement du commissaire du gouvernement Feuilloley, *D.P.*, 1907, III, p 74.

² Jean-Michel Leniaud, *L'administration des cultes pendant la période concordataire*, NEL, 1988.

A. – *L'attribution des biens ecclésiastiques.*

212. La disparition de tous les organes de l'administration des cultes existant sous le régime concordataire a posé le problème des personnes morales habilitées à recevoir leurs patrimoines et des organes compétents pour mener à bien les opérations d'attribution. Le législateur a fait le choix, consacré par l'article 4, de confier aux établissements publics du culte eux-mêmes le soin d'attribuer leurs biens aux associations cultuelles dont la création devait intervenir dans le délai d'un an à compter de la promulgation de la loi de Séparation. Certains juristes ont relevé que ce système s'écarte des règles traditionnelles relatives à la disparition des personnes morales de droit public aux termes desquelles l'Etat est seul compétent pour procéder à l'attribution des biens¹. Il y avait là une volonté délibérée de conciliation permettant de dissiper les doutes des catholiques sur l'équité et la sincérité des attributions qu'aurait fait naître l'intervention d'une administration républicaine jugée anticléricale.

213. En l'absence d'attributions dans le délai d'un an fixé par l'article 4, la loi a prévu qu'elles seraient réalisées par décret soit au profit des associations cultuelles, soit, en l'absence de toute association, au profit d'établissements communaux d'assistance ou de bienfaisance (article 9). L'article 10 du décret du 16 mars 1906 porte ce délai à deux ans à compter de la promulgation de la loi). La seconde hypothèse s'est réalisée s'agissant de l'Eglise catholique.

Prenant acte du refus catholique, la loi du 13 avril 1908² est venue modifier l'article 9 de la loi de 1905 pour préciser les conséquences de l'absence d'associations cultuelles sur l'attribution des biens. L'article 1^{er} de la loi maintient le principe de la dévolution des biens des établissements publics du culte à des établissements communaux d'assistance ou de bienfaisance, mais permet aussi l'attribution aux communes elles-mêmes, en l'absence d'établissements adéquats, à charge pour les communes d'affecter les biens à des *services* (non dotés de la personnalité morale) d'assistance ou de bienfaisance. Parmi les biens des établissements du culte, reviennent aux communes les édifices affectés à l'exercice public du culte et les meubles les garnissant dont les établissements publics du culte étaient propriétaires. De plus, en vertu de l'article 12 de la loi, l'Etat, les départements et les communes reçoivent les biens meubles dont les établissements du culte étaient propriétaires et qui garnissaient les édifices propriété de l'Etat, des départements ou des

¹ Paul Grunbaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 99 et s. Voir aussi le rapport de Saisset-Schneider devant le Conseil d'Etat sur le règlement d'administration publique du 16 mars 1905, *R.D.P.*, 1906, p 718. Pour ces auteurs, la disparition d'un établissement public a pour effet de faire passer ses biens dans l'universalité des biens de l'Etat. C'est donc à lui d'en assurer l'attribution à d'autres personnes morales.

² *D.P.*, 1909, IV, p 50. Voir aussi *R.D.P.*, 1907, p 754.

communes. Enfin, il est prévu que les biens des caisses de retraite pour les prêtres âgés ou infirmes seront attribués à des sociétés de secours mutuels ou aux départements à défaut de réclamation dans un délai de 18 mois à compter de la promulgation de la loi.

Dans ce système, deux types de biens échappent à l'attribution prévue par les articles 4 et 9 de la loi de 1905. L'article 5 prévoit ainsi que les biens provenant de l'Etat et qui ne sont pas grevés d'une fondation pieuse postérieure à la loi du 18 Germinal an X feront retour à l'Etat. Ensuite, l'article 7 dispose que les biens grevés d'une *affectation charitable* ou de toute autre *affectation étrangère à l'exercice du culte* seront attribués à des établissements publics ou d'utilité publique dont la destination est conforme à celle des biens ; les charges non-culturelles grevant les biens ainsi transférés seront ensuite exécutées par les établissements bénéficiaires.

214. Du point de vue des règles de l'attribution, la distinction faite par l'article 7 de la loi de 1905 entre les biens affectés au culte et ceux qui sont affectés à un but étranger au culte s'explique par la volonté du législateur de faire respecter le principe de spécialité des établissements publics. Longtemps inappliqué dans la pratique administrative, particulièrement en matière de cultes, le principe est réaffirmé par le Conseil d'Etat en 1881 par trois avis des 13 avril, 13 juillet et 4 mai¹. Avant cette date et pendant l'essentiel du XIXe siècle, les établissements publics du culte catholique ont reçu des biens issus de libéralités destinés à être affectés à des œuvres charitables, hospitalières ou scolaires sans rapport avec leur but statutaire. La Séparation est l'occasion de mettre de l'ordre dans ces pratiques du XIXe siècle². Outre le respect de l'orthodoxie du droit administratif, l'article 7 de la loi de 1905 est aussi justifié par les considérations plus théoriques, développées notamment par Paul Grunebaum-Ballin. Selon lui, il y a une spécificité des personnes morales dont les biens sont affectés à la satisfaction d'un besoin ou d'un intérêt collectif, général ou moral. L'Etat étant par nature le gardien des intérêts collectifs et généraux, il dispose à ce titre du pouvoir de contrôler le respect de l'affectation, mais aussi de la faire cesser si l'intérêt général le commande, même si les biens proviennent d'une donation avec charge d'une personne privée³.

¹ Voir Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 116.

² Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 116.

³ Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 112 : « *Personne autre que la Nation, que l'Etat, gardien naturel des intérêts généraux, n'a qualité pour intervenir à l'effet de régler l'attribution du patrimoine en tenant compte des affectations à des buts. La Nation de doit modifier l'affectation, elle ne doit déposséder le but de ce qui lui a été attribué que quand il y a une évidente utilité publique* ». Pour un exposé de ces thèmes, voir Léon Michoud, *Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, tome II, 2^{ème} éd, LGDJ, 1924, p 409 et s.

215. Ces justifications juridiques et politiques ne convainquent pas les catholiques. Certains juristes, tels Anatole Biré, De Lamarzelle et Taudière¹ dénoncent ainsi la violation de la volonté des auteurs de libéralités car les biens doivent quitter le patrimoine des établissements auxquels ils ont été expressément donnés ou légués. Mais, dira-t-on, c'est moins à une personne morale déterminée qu'à un *but spécifique* (enseignement chrétien, soulagement des pauvres, fonctionnement d'un hôpital ou d'une maison de retraite pour prêtres âgés) que les biens ont été affectés. Il ne devrait donc pas y avoir d'objection tirée du respect des volontés privées à ce que ces biens soient affectés à des établissements conformes à leur destination. Les juristes catholiques répondent cependant que les libéralités aux établissements publics du culte sont la plupart du temps guidées par des *motifs religieux*, quelle que soit l'œuvre particulière à laquelle les biens sont affectés. Derrière un legs consenti à une fabrique à charge de consacrer les biens à l'enseignement, il y a toujours la volonté de donner à l'Eglise en général. Soustraire ces biens du patrimoine de l'Eglise pour les attribuer à des établissements publics ou d'utilité publique laïques revient donc à méconnaître les volontés religieuses des auteurs de libéralité et à spolier l'Eglise.

216. Aussi bien l'interprétation de l'article 7 est un terrain miné pour le Conseil d'Etat : faut-il privilégier les pouvoirs de l'Etat ou le respect des volontés des auteurs de libéralités ? Faut-il adopter une conception large du bien grevé d'une affectation étrangère au culte, au risque d'attiser les critiques catholiques, ou interpréter strictement la notion ? Le juge administratif a répondu à ces questions en privilégiant le respect des volontés religieuses et en délimitant strictement le cultuel et le non-cultuel².

Ainsi, le Conseil d'Etat juge que l'affectation étrangère au culte doit résulter *expressément* de donations ou de legs et non du simple *fait* de l'affectation comme le pense le gouvernement. Dans plusieurs arrêts des 30 décembre 1910 et 7 novembre 1913, le Conseil d'Etat juge qu'« *il résulte tant du texte que des travaux préparatoires de la loi susmentionnée, que les biens des établissements ecclésiastiques supprimés auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 7 sont, non pas les biens possédés par ces établissements, dont il est fait usage, en fait, pour un service étranger au culte, mais ceux que lesdits établissements possédaient avec la charge à eux imposée comme condition d'une donation ou d'un legs, ou par eux consentie dans les conditions les obligeant civilement à l'égard des bénéficiaires de semblables engagements, de donner à ces biens une*

¹ Anatole Biré, *La Séparation des Eglises et de l'Etat*, Paris, 1905, p 58 ; Gustave de Lamarzelle et Henry Taudière, *Commentaire théorique et pratique de la loi du 9 décembre 1905*, Paris, p 150 et s.

² Les arrêts concernent le culte juif mais aussi le culte catholique car l'attribution de biens affectés à d'autres buts que le culte n'a pas été prohibée par le Souverain pontife. Voir Lucien Crouzil, *Quarante ans de séparation (1905-1945), étude historique et juridique*, Didier, 1945, p 257 et s.

affectation étrangère à l'exercice du culte »¹. Par cette jurisprudence, le juge administratif limite le champ de l'article 7 aux biens dont l'affectation étrangère à l'exercice du culte résulte d'une volonté formellement exprimée par les auteurs de libéralités, évitant de ce fait que relèvent de l'article 7 d'autres biens acquis par les établissements publics du culte à l'occasion de ventes ou de libéralités ayant une motivation religieuse. Par cette interprétation stricte de la notion d'affectation étrangère à l'exercice du culte, le Conseil d'Etat marque sa volonté de protéger les volontés religieuses.

Par ailleurs, il poursuit son travail de délimitation précise des contours de l'ancien service public des cultes. En ce sens, le Conseil d'Etat affirme dans un arrêt du 23 juillet 1909 que les écoles secondaires ecclésiastiques, ou petits séminaires, sont bien des établissements publics du culte et que, dès lors, leurs biens ne peuvent pas être considérés, dans leur ensemble et par principe, comme grevés d'une affectation étrangère à l'exercice du culte².

217. Sur la question des pouvoirs de l'Etat en matière d'attribution, le Conseil d'Etat a enfin rendu un arrêt à la solution symbolique mais significatif de la volonté jurisprudentielle de contenir les prérogatives de l'administration. L'article 9 de la loi du 9 décembre 1905, modifié par la loi du 13 avril 1908, a prévu l'attribution des biens des anciens établissements ecclésiastiques aux *établissements communaux* d'assistance ou de bienfaisance, ou, à défaut de tels établissements, aux *services* d'assistance et de bienfaisance des communes elles-mêmes. Après avoir recueilli les biens d'établissements ecclésiastiques, certaines communes hostiles à la politique laïque du gouvernement ont pu exprimer leur mauvais vouloir en n'affectant pas les biens à des services d'assistance ou de bienfaisance. Confronté à cette situation dans la commune de Cons-la-Granville, le gouvernement prend, en vertu des pouvoirs de tutelle qu'il tient de la loi du 5 avril 1884, et en désaccord avec la commune, un décret créant un bureau de bienfaisance dans la commune ; par le même acte, il affecte à cet établissement les biens de l'ancien établissement du culte attribués à la commune. Mais le décret ne se contente pas de déterminer l'affectation des biens. Il transfère en outre la propriété des biens de la commune vers le bureau de bienfaisance. Sur ce point, le Conseil d'Etat juge le décret illégal : « *considérant que s'il appartient au gouvernement, en vertu de ses pouvoirs de tutelle sur les communes et les établissements publics et de son droit de contrôle sur les finances locales, de prescrire la remise au bureau de bienfaisance, au moment où il a été créé, des revenus des biens ecclésiastiques précédemment attribués à la commune et qu'il rentre dans la capacité du bureau de*

¹ CE, 30 décembre 1910, *Ville de Nîmes c/ Association culturelle des israélites de Nîmes, Rec.*, p 130 ; CE, 7 novembre 1913, *Ministre de la justice et des cultes, Rec.*, p 1065.

² CE, 23 juillet 1909, *Société nationale d'éducation de Lyon, S.*, 1911, III, p 36. De même, et implicitement, pour un grand séminaire : CE, 8 avril 1911, *Société d'éducation de Lyon, D.P.*, 1912, III, p 67.

bienfaisance de distribuer, le chef de l'Etat ne saurait ordonner le transfert de la propriété même de ces biens, en l'absence de tout consentement de la commune »¹.

En limitant les pouvoirs de l'Etat à la simple affectation des biens, l'arrêt réaffirme l'autonomie des communes face à l'Etat qui désire disposer des pouvoirs les plus larges pour mettre en œuvre la Séparation. A l'occasion des attributions, il y a donc une rencontre entre les franchises locales et la laïcité qui ne doit pas, selon le Conseil d'Etat, se solder systématiquement pas une victoire des prérogatives de l'Etat. De ce point de vue, la décision est approuvée par Maurice Hauriou qui y voit une illustration des « *fossés* », des « *remparts* » et des « *crans de sûreté* » opposés par le juge administratif aux prétentions centralisatrices de l'Etat. « *La personnalité morale et la propriété subjective constituent, écrit-il, ce réduit central de l'autonomie des administrations publiques* »². La politique de Séparation rencontre ainsi une limite, mais à la portée relativement platonique compte tenu de l'ampleur des pouvoirs de tutelle et de modification de l'affectation des biens des collectivités locales dont dispose l'Etat³. Dans ses conclusions prononcées à l'occasion de cette affaire, le commissaire du gouvernement Blum note d'ailleurs le caractère artificiel de la distinction entre l'affectation et la propriété. Si la commune reste la propriétaire nominale des biens, elle ne maîtrise en rien leur utilisation. Blum propose donc discrètement d'abandonner l'idée de propriété, peu conforme à la réalité du service public, et d'adopter la notion d'affectation au service public dont le contenu et la portée ne seraient liés qu'à l'intérêt général⁴.

B. – L'exécution des charges culturelles et non-culturelles.

218. En matière d'exécution des charges grevant certains biens attribués à l'Etat, aux départements et aux communes, le législateur a distingué deux catégories. Certaines charges ont une destination non culturelle et nous avons vu que l'article 7 de la loi du 9 décembre 1905 prévoit qu'elles seront exécutées par les établissements publics ou d'utilité publique auxquels les biens grevés de charges seront attribués. L'article 3§14 de la loi du 13 avril 1908 précise en outre que l'Etat, les

¹ CE, 7 mars 1919, *Commune de Cons-la-Granville, Rec.*, p 236.

² Note Hauriou sous CE, 7 mars 1919, *Commune de Cons-la-Granville, S.*, 1922, III, p 9. Il explique en outre que « *telle poussée du pouvoir central qui submergera la jouissance des biens s'arrêtera devant la propriété, parce qu'elle est d'une autre catégorie, parce qu'il faudrait d'autres motifs et d'autres moyens d'action. A quoi sert la propriété des biens de celui qui est dépouillé de la jouissance, dira t-on ? A rien pour le moment, mais c'est une réserve pour l'avenir ; par conséquent, c'est quelque chose* »

³ Qui, à la même époque, sont notamment illustrés par la théorie des mutations domaniales inaugurée par un arrêt de 1909 (CE, 16 juillet 1909, *Ville de Paris c/ Chemin de Fer d'Orléans, Rec.*, p 707, concl. Teissier ; *S.*, 1909, III, p 97, note Hauriou). Le Conseil d'Etat juge par cette décision que l'Etat peut, sans transfert de propriété et sans indemnité, modifier l'affectation d'une dépendance du domaine public d'une collectivité locale, en l'affectant à un autre service public.

⁴ Concl. Blum, sur CE, 7 mars 1919, *Commune de Cons-la-Granville, Rec.*, p 236.

départements et les communes ne pourront remplir les charges non culturelles comportant l'intervention d'un ecclésiastique qu'à la double condition que les libéralités à l'origine des charges aient été autorisées antérieurement à la loi du 13 avril 1908 et que la personne publique conserve un droit de contrôle sur l'emploi des libéralités.

Les autres charges ont un but culturel. Ce sont celles dont l'exécution impliquerait une subvention directe ou indirecte aux cultes (fondation de messe, entretien du clergé, de l'édifice du culte, institution d'une mission, entretien des lampes dans un sanctuaire par exemple)¹. L'article 3§14 de la loi du 13 avril 1908 interdit aux personnes publiques de remplir les charges pieuses qui résultent de libéralités ou de contrats, ou celles dont l'exécution comporterait l'intervention d'un établissement public du culte ou d'un titulaire ecclésiastique². La question de l'exécution des charges pieuses est donc liée à l'importante règle du non-subventionnement posée par les articles 2 et 18 de la loi de 1905. La loi de 1908 apporte cependant un tempérament à cette interdiction en prévoyant que les biens grevés de fondations de messes pourront être remis, en vue de leur exécution, aux sociétés de secours mutuels dont la création est prévue par l'article 1^{er} de la loi de 1908 pour recueillir les biens des caisses de secours pour les prêtres âgés ou infirmes.

219. De la combinaison de ces dispositions et des circonstances factuelles de leur mise en œuvre, résulte une situation très défavorable au respect des volontés pieuses. D'abord, même si les charges étrangères au culte doivent être exécutées par les personnes publiques, elles entrent dans le patrimoine de personnes morales laïques qui n'ont pas été désignées par les auteurs de libéralités³. Ensuite, l'essentiel des charges culturelles ne peut plus être honoré par les nouveaux propriétaires des biens – Etat, départements et communes – qui peuvent décider librement d'une nouvelle affectation. Même les fondations de messes n'ont pas été exécutées conformément à la loi de 1908. En effet la création des sociétés de secours mutuels ayant été interdite par le pape⁴, les personnes publiques sont devenues propriétaires des biens libres de toutes charges, en vertu de l'article 3§16 de la loi de 1908.

¹ Voir l'article « Cultes », in *Répertoire pratique Dalloz*, 1912, n°337 et s.

² *D.P.*, 1909, IV, p 53.

³ Léon Michoud, *Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, tome II, 2^{ème} éd, LGDJ, 1924, p 477. Michoud estime que la solution consacrée par la loi est contraire aux « traditions des établissements religieux ».

⁴ Voir Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925, p 601. Le pape et les évêques ont motivé leur interdiction par l'absence de lien entre les caisses de secours mutuels et la hiérarchie ecclésiastique, ainsi que par le contrôle de l'Etat sur leur fonctionnement prévu par la loi du 1^{er} avril 1898. Sur le détail du rejet pontifical des caisses de secours mutuels, voir L. V. Méjan, *La séparation des Eglises et de l'Etat, l'œuvre de Louis Méjan*, PUF, 1959, p 443 et s.

220. Face au bouleversement de la situation des biens impliqué par la Séparation, le législateur a prévu des actions en reprise pour inexécution des charges, enserrées d'ailleurs dans d'étroites limites. Les articles 7 et 9 de la loi de 1905, modifiés par l'article 3 de la loi du 13 avril 1908, restreignent ainsi l'exercice des actions aux seuls auteurs des libéralités ou à leurs héritiers en ligne directe. Par ailleurs, l'action doit être introduite dans un délai de six mois à compter de la publication au *Journal Officiel* de la liste des biens attribués ou à attribuer, et est soumise à de strictes obligations procédurales. Du reste, le législateur et la jurisprudence soumettent à ce régime et à ces délais toutes les actions en reprise, qu'elles soient qualifiées en revendication, en révocation ou en résolution¹.

Ces actions relativement restrictives sont déjà un compromis au regard des positions de nombreux républicains. La rigueur de la loi de 1908 est délibérée de la part de ses promoteurs, tels Ferdinand Buisson, Cruppi ou Sarrien. Il s'est agi d'endiguer le flot d'actions en reprise qui ont été introduites depuis la promulgation de la loi et qui, aux yeux des auteurs du projet de loi, entravent la bonne marche des opérations de liquidation du passé concordataire en ouvrant une longue période d'incertitude et de litiges.

D'un point de vue plus doctrinal, des acteurs de premier plan de la Séparation comme Aristide Briand² ou Paul Grunebaum-Ballin défendent une conception des fondations très favorable à l'Etat. Ainsi, les fondations perpétuelles constituées au profit des établissements publics en vue de la satisfaction d'un but d'intérêt général ne sont pas soumises au droit commun du Code civil mais aux règles du droit public qui excluent la reprise des biens de fondation³. Pour Paul Grunebaum-Ballin, lorsqu'un particulier décide de donner un bien en vue d'une affectation à un but idéal ou à un besoin général, ce bien entre en contact avec la sphère de l'intérêt général dont l'Etat a la charge. Dès lors, la fondation acquiert un caractère public et l'Etat dispose du droit d'en modifier l'affectation en considération de l'intérêt général, sans que les auteurs de libéralités ne puissent contester ces changements⁴.

¹ Cass. req., 3 novembre 1909, *D.P.*, 1910, I, p 366. Voir aussi Cass. civ., 29 et 30 mai 1911, *D.P.*, 1911, I, p 353, note Tissier, qui soumet au régime de la loi de 1908 les actions fondées sur une donation contenant une clause résolutoire pour inexécution des charges.

² Sa position semble avoir évolué sur la question des fondations. Alors que lors de la discussion de la loi du 2 janvier 1907, il admet que toutes les charges soient exécutées par les personnes publiques attributaires des biens (*D.P.*, 1907, IV, p 1), il se déclare, au cours de la discussion de la loi du 13 avril 1908, partisan des droits de l'Etat sur les fondations et souhaite qu'elles ne soient pas exécutées lorsqu'elles impliquent la reconnaissance d'un culte.

³ Sur ces arguments et ceux des partisans du respect des charges, voir Albert Tissier, note sur Cass. civ., 29 et 30 mai 1911, *D.P.*, 1911, I, p 353.

⁴ Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 155 et s ; Henri Lévy-Ullmann et Paul Grunebaum-Ballin, « Essai sur les fondations par testament », *R.T.D.civ.*, 1904, p 253-283.

Gaston Jèze développe une analyse similaire¹. Selon lui, le particulier qui donne ou lègue un bien à une personne publique assurant la satisfaction d'un besoin d'intérêt général participe à une opération de droit public, dans la mesure où il collabore à une activité de service public. Dès lors, les règles du droit commun doivent être conciliées avec les principes du service public ; le régime des biens donnés ou légués ne peut donc être le même que le régime des libéralités avec charges défini par le Code civil. Ainsi, le principe de mutabilité autorise les personnes publiques bénéficiaires de libéralités à faire fonctionner le service dans des conditions différentes de celles fixées par les disposants. De même, l'affectation en vue de laquelle les particuliers ont consenti les libéralités ne s'impose pas perpétuellement aux personnes publiques. Ces dernières peuvent décider de mettre fin à l'affectation sous réserve des éventuelles actions en reprise. Mais ces actions ne peuvent être perpétuelles car il faut concilier le respect des volontés privées avec l'exigence de stabilité du service public. En conséquence, Jèze estime que des actions en reprise strictement limitées dans le temps, réservées aux auteurs des libéralités et à leurs héritiers, permettent de concilier les principes en présence. Ce sont exactement les règles posées par les lois de 1905 et 1908, auxquelles Jèze accorde un satisfecit général.

Bien sûr, nombreux sont les juristes à opposer la liberté religieuse et le respect des volontés privées à cette doctrine. Ils dénoncent le régime restrictif des actions en reprise de même que l'inexécution des fondations pieuses, notamment des fondations de messe qui ont été perdues en raison de la non formation de sociétés de secours mutuels. Si les lois de Séparation dans leur ensemble font l'objet de critiques émanant des juristes catholiques, la question des charges et fondations suscite sans doute une indignation renforcée qui dépasse le cercle des juristes catholiques².

221. Face à cette situation, le juge administratif doit composer entre le souci des volontés pieuses et les droits de l'Etat fortement affirmés par la loi. Le Conseil d'Etat forge une jurisprudence de compromis et d'apaisement, accordant une attention certaine au respect des charges et fondations pieuses de même qu'aux charges non cultuelles.

¹ Gaston Jèze, *Les principes fondamentaux du droit administratif*, tome II, 3^{ème} éd, 1930, rééd Dalloz, 2004, p 149 et s.

² Parmi les nombreuses critiques : Léon Michoud, *Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, tome II, 2^{ème} éd, LGDJ, 1924, p 466 et s ; Anatole Biré, *La Séparation des Eglises et de l'Etat*, Paris, 1905 ; Gustave de Lamarzelle et Henry Taudière, *Commentaire théorique et pratique de la loi du 9 décembre 1905*, Paris ; Lucien Cruzil, *Quarante ans de séparation (1905-1945), étude historique et juridique*, Didier, 1945 ; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925 ; Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, Sirey, 1929 ; Albert Tissier, note sous Cass. civ., 29 et 30 mai 1911, *D.P.*, 1911, I, p 353 ; Henry Taudière, « Le sort des fondations pieuses », *R.I.C.*, 1909, p 14-34 ; p 49-67.

Il le fait d'abord, soit en excès de pouvoir¹, soit par le biais du recours de plein contentieux prévu par l'article 3 de la loi du 13 avril 1908², à travers une jurisprudence assurant le respect des charges non cultuelles grevant certains biens des personnes publiques.

Plus significatif encore, le Conseil d'Etat infléchit la rigueur de l'interdiction d'exécuter des charges pieuses posée par l'article 3§14 de la loi du 13 avril 1908, en élaborant une distinction jurisprudentielle entre *l'exécution directe* et *l'exécution indirecte* des charges cultuelles. Pendant une dizaine d'années, l'article 3§14 de la loi de 1908 est interprété dans le sens de l'interdiction totale de l'exécution des charges cultuelles par les personnes publiques³. Mais à partir d'un arrêt de 1917⁴, la jurisprudence du Conseil d'Etat admet qu'une libéralité grevée d'une charge cultuelle puisse être acceptée par une personne publique, à condition que cette charge ne soit pas remplie directement par la personne publique, mais par un organisme tiers qualifié pour réaliser l'affectation religieuse prévue par la libéralité. L'arrêt concerne une commune ayant été instituée légataire universelle à charge d'exécuter annuellement et à perpétuité 35 messes à l'intention du testateur. Malgré l'interdiction posée par l'article 3 de la loi de 1908, la commune a accepté les biens légués et décidé d'affecter un titre de rente correspondant au montant de la charge à une société de secours mutuels constituée en vertu des articles 9 et 16 de la loi de 1905, ladite société devant s'engager à exécuter les messes. Sur recours pour excès de pouvoir de l'exécuteur testamentaire du donateur, le Conseil d'Etat juge : « *considérant que si, aux termes du paragraphe 14 de l'article 9 de la loi du 9 décembre 1905, modifié par la loi du 13 avril 1908, l'Etat, les départements et les communes ne peuvent remplir les charges pieuses ou cultuelles afférentes aux libéralités à eux faites, cette disposition n'a d'autre but que d'interdire aux établissements qui y sont visés de pourvoir à*

¹ CE, 10 décembre 1915, *Abbé Bierry et autres, Rec.*, p 348. Par cette décision, le Conseil d'Etat annule un acte d'un bureau de bienfaisance distrayant un immeuble de son affectation à une maison de retraite pour prêtres âgés ou infirmes, alors que, en dépit de l'absence de mention de la charge d'affectation dans le décret de dévolution (ce qui explique la compétence du juge de l'excès de pouvoir, seuls les charges expressément mentionnées dans le décret de dévolution étant visées par l'article 3§8 de la loi du 13 avril 1908), l'affectation charitable de l'immeuble n'avait pas changée. Voir aussi, s'agissant de recours pour excès de pouvoir contre des décrets d'attribution : CE, 10 novembre 1911, *Lorillard, D.P.*, 1913, III, p 144 ; CE, 17 mai 1912, *Ravier du Magny, D.P.*, 1914, III, p 78 ; CE, 14 juin 1912, *Grillet de Lerry, Rec.*, p 667.

² Si certains biens grevés de charges étrangères au culte ont été attribués définitivement à une personne publique, faute d'une action en reprise exercée dans les délais, la loi prévoit que les personnes intéressées peuvent poursuivre l'exécution des charges imposées par le décret d'attribution devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux. Dans un arrêt de 1926 (CE, 28 février 1926, *Demoiselles Duriez et autres, D.P.*, 1926, III, p 55, et la note), le juge a eu à connaître du sort d'un patronage de jeunes filles. Un décret du 15 février 1914 a attribué aux hospices d'une ville un immeuble ayant appartenu à une fabrique, à charge de maintenir cet immeuble perpétuellement affecté à un patronage de jeunes filles. En 1923, alors que l'affectation n'a pas cessée et qu'aucun motif ne justifie sa fin, la commission administrative des hospices décide de louer l'immeuble par adjudication publique. Saisi par les directrices du patronage, le Conseil d'Etat juge que l'affectation primitive devait être maintenue et, usant de ses pouvoirs de juge de plein contentieux, rétablit lui-même le patronage dans la jouissance de l'immeuble, avant d'annuler la décision de la commission administrative et les actes subséquents.

³ Pour des exemples d'arrêts jugeant illégale l'exécution d'une charge par une commune : CE, 17 mars 1911, *Commune de Celles-sur-Plaine, D.P.*, 1912, III, p 48 ; CE, 26 mai 1911, *Commune de Heugas, Rec.*, p 624.

⁴ CE, 19 janvier 1917, *Bénard, D.P.*, 1919, III, p 7.

l'exécution directe des charges pieuses ou cultuelles dont les libéralités peuvent être grevées, mais qu'elle ne fait pas obstacle à ce qu'ils acceptent ces libéralités sous réserve d'assurer les charges imposées par tel organe régulièrement qualifié dont il leur appartient de rechercher le consentement ».

Le juge assouplit donc l'interdiction législative en faveur des volontés privées en forgeant une théorie de l'exécution indirecte des charges pieuses acceptées par les personnes publiques. Par ailleurs, il désavoue les interprétations de la loi du 13 avril 1908 voyant dans le système d'exécution des fondations de messes prévu par l'article 3§16 le seul moyen pour les sociétés de secours mutuel de concourir à la réalisation de ces charges¹. Une société de secours mutuel constituée après l'écoulement du délai de 18 mois prévu par la loi de 1908 peut ainsi exécuter des fondations de messes issues de libéralités acceptées par une personne publique postérieurement à la loi.

Les décisions postérieures montrent que le Conseil d'Etat admet que les communes peuvent confier l'exécution de charges à des institutions variées². Par un avis de 1924, il admet ainsi qu'un hôpital puisse accepter un legs grevé d'une fondation de messes, à condition que la portion du legs nécessaire à l'exécution de la charge soit confiée à une association diocésaine, type d'association nouvellement créé à l'issue d'une négociation entre le gouvernement français et le Saint-Siège³. La solution est reprise par la Cour de cassation en 1921⁴.

En définitive, sans contredire frontalement le choix du législateur d'un contrôle des fondations pieuses par l'Etat au nom de l'intérêt général, le juge administratif modère les conséquences de la loi en donnant la possibilité aux communes d'accepter des libéralités, dans le but très probable de favoriser l'apaisement des passions autour de la Séparation.

¹ L'article 3§16 de la loi du 13 avril 1908 dispose que des titres de rente correspondant aux biens grevés de fondation de messes pourraient être remis aux sociétés de secours mutuels dont l'article 1^{er} de la loi prévoit la création pour recueillir les biens des caisses de retraite pour prêtres âgés ou infirmes. Si aucune société de secours mutuels ne réclame la remise des titres à l'issue d'un délai de 18 mois à compter de la promulgation de la loi, les personnes publiques sont définitivement libérées des charges qui grevaient les biens ; voir note sur CE, 19 janvier 1917, *Bénard, D.P.*, 1919, III, p 7.

² Par exemple : CE, 18 décembre 1925, *Commune d'Arces-sur-Gironde, D.P.*, 1927, III, p 23.

³ Voir Lucien Crouzil, *Quarante ans de séparation (1905-1945), étude historique et juridique*, Didier, 1945, p 262.

⁴ Cass. req., 25 octobre 1921, *R.T.D.civ.*, 1931, p 934.

Section II. – La liberté des cultes, clé de voute du régime des édifices du culte catholique.

222. Pour les juifs et les protestants, la transition entre le système des cultes reconnus et la Séparation se fait en douceur. Dans les délais prévus par la loi de 1905, des associations cultuelles sont constituées et les biens des anciens établissements publics du culte sont attribués après des inventaires qui se déroulent sans incidents.

S'agissant de la question stratégique des édifices du culte, les nouvelles associations cultuelles juives et protestantes sont placées dans une double situation. D'abord, elles deviennent propriétaires des édifices du culte qui faisaient partie du patrimoine des établissements publics du culte¹. Ensuite, en vertu de l'article 13 de la loi de 1905, elle sont titulaires d'un droit de jouissance sur les édifices appartenant à l'Etat et aux autres personnes publiques ; la jouissance implique certaines obligations, comme la charge des réparations de toute nature et celle des frais d'assurance des bâtiments.

223. Le sort des catholiques est beaucoup moins enviable. La condamnation des associations cultuelles par le pape place les fidèles et les ministres du culte dans une situation d'incertitude juridique. Faute de personnes juridiques aptes à recevoir les biens ecclésiastiques, l'Eglise de France risque de perdre son vaste patrimoine. Et faute de toute organisation légale, l'exercice public du culte lui-même n'a plus de base légale.

224. La réaction de l'Etat républicain ne comble pas les attentes de ceux qui, au Vatican et en France, misent sur une escalade anticatholique du gouvernement propre à présenter l'Eglise comme une victime. Au contraire, le gouvernement adopte une stratégie résolument libérale concrétisée notamment par les lois des 2 janvier et 28 mars 1907, consistant à ramener les catholiques dans la légalité par tous les moyens. L'œuvre du gouvernement et du législateur reste cependant inachevée car le régime des édifices du culte n'est pas précisément défini.

En la matière, c'est le juge qui a eu le rôle décisif dans la mesure où il a construit un droit subjectif sur les édifices du culte au profit des catholiques que la loi du 2 janvier 1907 était loin de reconnaître explicitement. Dans la jurisprudence administrative, ce droit subjectif est fondé sur l'exigence d'effectivité de la liberté des cultes² et nous constaterons que ce fondement féconde un grand nombre de solutions de détail consacrées par le juge en matière d'édifices du culte. Après

¹ Pour les protestants, voir Armand Lods, « L'exercice public du culte par les associations cultuelles », *R.I.C.*, 1914, p 108-120.

² Cette tradition jurisprudentielle a d'ailleurs été récemment reprise et confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat. Voir JRCE, 25 août 2005, *Commune de Massat, Rec.*, p 386 ; *A.J.D.A.*, 2006, p 91, note Subra de Bieusses ; *J.C.P.*, 2006, II, 10024, note Quirigny. Voir aussi Christian Lavalie, « Les édifices affectés aux cultes », *R.F.D.A.*, 2006, p 949 et s.

avoir retracé les différentes manifestations jurisprudentielles du droit subjectif des catholiques sur les édifices du culte (§1.), nous nous interrogerons sur ses fondements et les explications qu'ont élaborées la doctrine et le juge (§2.).

§ 1. – De la précarité à la stabilité : la reconnaissance du droit des catholiques sur les édifices du culte.

225. La reconnaissance d'un véritable droit subjectif des occupants des églises catholiques ne s'est pas faite sans peine. En effet, le refus des catholiques de constituer des associations cultuelles n'est pas de bon augure pour la pérennité du libre exercice du culte. Si le gouvernement est soucieux de paix religieuse, il compte aussi montrer sa détermination aux catholiques en leur faisant supporter le coût du refus de la loi de Séparation. Dans le même temps, le contenu de la laïcité, nouveau pilier des rapports entre l'Etat et les cultes, n'est pas parfaitement déterminé. Pour certaines composantes de la majorité, le terme est encore largement interprété dans un sens combatif et antireligieux : sont laïques une politique et un droit qui s'opposent à l'Eglise, sinon à la religion dans son ensemble. L'idée que le droit laïque est avant tout un droit neutre envers les confessions et protecteur des libertés de conscience et des cultes n'est pas partagée par tous. Certains libres-penseurs préféreraient que l'Etat recouvre la libre disposition des églises pour y installer des maisons du peuple, des musées ou des bibliothèques¹.

Malgré ces incertitudes, le législateur et le gouvernement gardent le cap libéral fixé par la loi de 1905 en adoptant une série de textes qui maintiennent les catholiques dans la légalité. L'œuvre du législateur est toutefois restée imparfaite et ambiguë, ne parvenant pas à définir précisément les droits des catholiques sur les édifices du culte en l'absence d'associations cultuelles (A.). C'est le juge qui a eu le rôle décisif en la matière, au point qu'il est possible de dire que le droit des édifices du culte catholique est essentiellement prétorien² (B.).

¹ Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001.

² Voir par exemple : Marcel Moye, « Situation juridique des ministres du culte catholique par rapport aux édifices du culte », *R.C.L.J.*, 1910, p 1 : « On peut dire qu'on se trouve en présence d'un véritable droit prétorien en voie d'élaboration continue et que les décisions des tribunaux forment une sorte de coutume suppléant aux textes trop concis. ».

A. – *Le libéralisme équivoque de l'Etat face au refus catholique de la Séparation.*

226. L'encyclique *Gravissimo officii* du 10 août 1906 interdit aux catholiques français la formation des associations cultuelles prévues par la loi de 1905. Les prêtres et les fidèles obéissent dans leur immense majorité et presque aucune association n'est créée. Cette situation devient critique à la fin de l'année 1906 car, à compter du 11 décembre, les établissements publics du culte sont voués à disparaître et à laisser la place aux associations cultuelles. Or, comme le rappelle Saisset-Schneider, rapporteur du règlement d'administration publique du 16 mars 1906 devant le Conseil d'Etat, « *la loi n'admet l'exercice du culte que par l'association cultuelle* »¹. De plus, l'association cultuelle est le seul organe habilité à recueillir les biens des établissements du culte et le seul apte, aux termes de l'article 13§1 de la loi de 1905, à bénéficier du droit de jouissance sur les édifices du culte dont les personnes publiques sont propriétaires. Le refus catholique de la loi de 1905 crée donc le risque qu'à compter du 11 décembre 1906, l'exercice du culte catholique soit dépourvu de tout fondement juridique et que les biens, particulièrement les édifices, soient détournés de leur affectation religieuse.

227. Face à cette situation, la stratégie du gouvernement, singulièrement d'Aristide Briand, le nouveau ministre des cultes, est d'éviter que l'Eglise et les fidèles ne se retrouvent « hors la loi ». Il y a chez Briand la ferme volonté d'assurer l'effectivité de l'article 1^{er} de la loi en dépit de l'opposition farouche de l'Eglise à la Séparation. Cette politique libérale se manifeste en deux grandes étapes, à partir de la fin de l'année 1906.

Briand s'attaque d'abord à la question du fondement juridique du libre exercice du culte et propose qu'à défaut d'associations cultuelles, la loi du 30 juin 1881 sur les réunions publiques régisse seule les cérémonies du culte catholique. Le ministre des cultes saisit le Conseil d'Etat pour asseoir sa position.

La Haute Assemblée rend un avis le 31 octobre 1906 énonçant que la loi de 1905 ne fait pas obstacle à ce que les fidèles organisent, en tant qu'individus, des réunions publiques cultuelles en dehors de toute association cultuelle et dans les conditions de droit commun posées par la loi du 30 juin 1881². Le Conseil d'Etat parvient à cette solution en relevant d'abord la valeur accordée par le législateur à la liberté des cultes, celle-ci résultant bien sûr de l'article 1^{er} de la loi, mais aussi de l'abrogation par l'article 44 de toutes les dispositions pénales et administratives du régime concordataire restreignant l'exercice du culte par les particuliers. Si, pour les groupements, cette

¹ « Rapport de M. Saisset-Schneider sur le règlement d'administration publique du 16 mars 1906 », *R.D.P.*, 1906, p 718.

² CE, avis, 31 octobre 1906, *R.D.P.*, 1906, p 734.

liberté s'exerce nécessairement par le biais des associations cultuelles, elle ne retire pas aux fidèles le droit de se réunir à titre individuel pour pratiquer leur religion. Ensuite, le Conseil d'Etat précise qu'en l'absence d'associations cultuelles, les catholiques ne peuvent bénéficier du régime de faveur accordé aux réunions tenues dans les locaux appartenant à une association ou mis à sa disposition. L'article 25 de la loi de 1905 prévoit en effet que de telles réunions sont dispensées de l'obligation de former un bureau et qu'une seule déclaration suffit pour les réunions de toute une année, alors que l'article 6 de la loi du 30 juillet 1881 impose une déclaration pour chaque rassemblement. Mais pour le Conseil d'Etat, il n'en reste pas moins que l'esprit du texte, révélé par les travaux préparatoires, n'exclut pas l'application de la loi de 1881 à celles des réunions cultuelles qui n'entrent pas dans le champs de l'article 25. Dès lors, en conclut la Haute Assemblée, le culte public peut être légalement exercé sous l'empire de la loi du 30 juin 1881.

La stratégie de Briand renforcée par l'autorité juridique du Conseil d'Etat aboutit donc à un pis-aller acceptable, destiné à assurer tant bien que mal la légalité de l'exercice public du culte catholique. Pourtant, la situation n'est pas encore viable. En effet, l'obligation de déclarer chaque réunion imposée par la loi du 30 juin 1881 n'est pas compatible avec un exercice serein du culte catholique. Briand règle le problème par une circulaire du 1^{er} décembre 1906 adressée aux préfets, dans laquelle il développe une interprétation *contra legem* de l'article 6 de la loi du 30 juin 1881 en acceptant que les déclarations portent sur un grand nombre de réunions, celles par exemple qui seront tenues au cours d'une année entière. Par ailleurs, le ministre admet, contrairement à l'article 6 de la loi de 1881, que les réunions publiques cultuelles traditionnelles comme les messes de minuit, puissent se prolonger au-delà de 23 heures¹.

Ce signe de conciliation envoyé par Briand et le gouvernement n'impressionne pas le pape, qui repousse le fondement juridique puisé dans la loi de 1881 et interdit aux prêtres, par l'intermédiaire du cardinal Richard, de déposer les déclarations collectives prévues par la circulaire du 1^{er} décembre².

228. La crise religieuse et juridique se poursuit donc et l'intransigeance pontificale ne met pas fin à la stratégie libérale du gouvernement ; la loi du 2 janvier 1907, issue d'un projet de loi déposé par Briand le 15 décembre 1906, poursuit le mouvement. Le texte traite principalement de l'exercice public du culte et du statut des édifices affectés au culte. L'inspiration en est claire : il s'agit d'assurer la liberté et la légalité de l'exercice public du culte catholique, quelles que soient les réactions de l'Eglise. Briand déclare ainsi, pendant la discussion de la loi devant le Sénat : « *quand*

¹ « Circulaire du ministre des cultes du 1^{er} décembre 1906 », *R.D.P.*, 1906, p 737.

² Jacqueline Lalouette, *L'Etat et les cultes, 1789-1905-2005*, La Découverte, 2005, p 83.

vous aurez voté le projet soumis à vos délibérations, quoi que fasse l'Eglise catholique, quels que soient ses arrière-pensées et ses désirs secrets, il lui sera impossible de sortir de la loi ; elle sera dans la légalité malgré elle. »¹.

La loi du 2 janvier 1907 comprend cinq dispositions essentielles. Les trois premières prennent acte du refus catholique des associations cultuelles. En l'absence d'associations cultuelles, l'Eglise ne peut revendiquer la jouissance des archevêchés, évêchés, presbytères et séminaires prévue par l'article 14 de la loi de 1905. L'article 1^{er} de la loi de 1907 dispose donc que l'Etat, les départements et les communes recouvreront, dès la promulgation de la loi, la libre disposition de ces édifices. De même, l'article 2 rappelle que les biens ecclésiastiques qui n'ont pas été réclamés par des associations cultuelles dans le délai d'un an à compter de la publication de la loi de 1905 doivent être attribués à titre définitif, en vertu de l'article 9, à des établissements communaux d'assistance et de bienfaisance. Enfin, l'article 3 précise les conditions de suppression des allocations prévues par l'article 11 de la loi de 1905 au bénéfice des ministres du culte.

Les deux dispositions primordiales portent sur les modalités d'exercice du culte et d'affectation des édifices.

L'article 4 élargit nettement les possibilités d'organiser légalement l'exercice public du culte en énumérant les diverses options qui se présentent désormais aux fidèles et aux ministres du culte. Outre la possibilité de constituer une association cultuelle, conformément à la loi de 1905, le culte peut être assuré par une association de droit commun entièrement soumise aux dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901, ou, enfin, par le biais de réunions tenues sur initiative individuelle en vertu de la loi du 30 juin 1881. Dans ce dernier cas, les réunions sont soumises à l'article 25 de la loi de 1905 ; la formation d'un bureau n'est donc pas nécessaire et les déclarations peuvent concerner toutes les réunions d'une année. L'interprétation *contra-legem* consacrée par la circulaire du 1^{er} décembre 1906 est donc reprise par le législateur. Quelques semaines plus tard, la loi du 28 mars 1907 libéralise un peu plus le dispositif en supprimant la formalité de la déclaration pour tous les types de réunions publiques².

L'article 5 est la disposition essentielle de la loi. Il tente de résoudre les graves problèmes d'affectation et de jouissance des édifices du culte générés par la défiance catholique envers la Séparation. Dans le système de la loi de 1905, la jouissance des édifices du culte ne peut être accordée qu'à des associations cultuelles. En l'absence de tels groupements, les prêtres et les fidèles n'ont plus aucun droit sur les églises et l'affectation de ces dernières au culte n'est plus garantie.

¹ Cité in L. V. Méjan, *La séparation des Eglises et de l'Etat, l'œuvre de Louis Méjan*, PUF, 1959, p 421.

² A. Morel, « La loi du 28 mars 1907 sur les réunions publiques », *R.D.P.*, 1907, p 266 et s.

Pour apaiser les craintes catholiques, l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907 prévoit plusieurs hypothèses de jouissance gratuite des édifices, en fonction des différents modes d'exercice public du culte prévus par l'article 4. L'article 5§1 énonce d'abord « *qu'à défaut d'associations cultuelles, les édifices affectés à l'exercice du culte, ainsi que les meubles les garnissant, continueront, sauf désaffectation dans les cas prévus par la loi du 9 décembre 1905, à être laissés à la disposition des fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion.* ». Ensuite, selon le §2, la jouissance des édifices peut être attribuée soit à une association cultuelle de la loi de 1905, soit à une association de la loi de 1901, soit à un prêtre exerçant le culte sous le régime des réunions publiques et dont le nom aura été indiqué sur la déclaration prévue par l'article 25 de la loi de 1905. La remise des édifices doit être constatée par un document contractuel¹ dénommé « *acte administratif* » par l'article 5, dressé entre les bénéficiaires et le préfet ou le maire. En contrepartie de la jouissance, le ministre du culte est tenu des réparations de toute nature et des charges de l'édifice (article 13 de la loi de 1905). L'article 5 élargit donc les modalités de jouissance – l'article accédant d'ailleurs à une des revendications catholiques lors de la discussion de la Séparation, c'est-à-dire l'application du droit commun des associations – et prévoit des hypothèses de jouissance des édifices où le recours à une personne morale n'est pas nécessaire. Par ailleurs, cette jouissance constitue une prérogative juridiquement protégée, un véritable droit d'usufruit au profit des associations ou des ministres du culte, qui permet l'exercice d'actes de gestion et d'administration².

229. Ce système, à bien des égards conciliant, ne trouve pas grâce aux yeux du pontife. Dans l'encyclique *Encore une fois* du 6 janvier 1907, Pie X réaffirme son refus de la loi de 1905, celle-ci allant « *à l'encontre des droits essentiels de l'Eglise* », puis dénonce le choix d'appliquer le régime des réunions publiques, source de précarité du culte. Enfin, il fulmine contre la loi du 2 janvier 1907, loi de spoliation et de confiscation, loi de désordre et d'anarchie aggravant la situation faite aux catholiques par la loi de 1905 en raison de l'imprécision de ses dispositions³.

Malgré cette fin de non-recevoir sans appel, les évêques français se réunissent lors d'une troisième assemblée épiscopale au château de La Muette, du 15 au 19 janvier 1907, et proposent au pape de faire l'essai d'une organisation du culte public sans association, sur le fondement de la dernière hypothèse de l'article 5§2 de la loi de 1907. Pie X accepte la proposition et convoque

¹ A. Morel, « Documents relatifs à la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.D.P.*, 1907, p 102-119, p 114.

² Marcel Rouquet, *De la situation juridique actuelle des édifices religieux des anciens cultes reconnus*, Thèse, Montpellier, 1911, p 35.

³ Jean-Marie Mayeur, *La séparation des Eglises et de l'Etat*, Les éditions de l'atelier, 2005 ; L. V. Méjan, *La séparation des Eglises et de l'Etat, l'œuvre de Louis Méjan*, PUF, 1959, p 422.

plusieurs évêques pour rédiger les termes de la déclaration qui clôturera l'assemblée épiscopale et le modèle de contrat de jouissance qui sera proposé à l'Etat français.

Aussitôt connue du gouvernement, l'initiative épiscopale provoque une réaction de défiance de la part du président du Conseil, Clémenceau. Mais Briand parvient à convaincre le gouvernement d'accepter cette occasion inespérée de ramener l'Eglise dans le cadre de la légalité. Des négociations sont alors engagées entre la préfecture de la Seine et l'archevêché de Paris pour établir une formule uniforme de contrat de jouissance, valable pour toutes les paroisses de France.

Les tractations se révèlent difficiles. L'Eglise propose que la jouissance gratuite de l'édifice soit transférée de plein droit aux successeurs du curé signataire du contrat de jouissance, quelle que soit la cause du départ de ce dernier. Dans un premier temps, le gouvernement refuse cette stipulation qui aurait le grave inconvénient de reconnaître d'une manière détournée la personnalité morale de l'Eglise. Mais la clause est finalement acceptée, à condition, précise le gouvernement, que le successeur du curé signataire ne soit ni un étranger, ni un membre d'une congrégation dissoute. Cette proposition est particulièrement inacceptable pour l'Eglise qui y voit, non sans raisons, la poursuite de la politique anticléricale de la fin du XIXe siècle. Les négociations sont alors dans une impasse et fin février 1907, elles sont définitivement rompues¹. L'épisode des contrats de jouissance met un point final aux tentatives d'accord juridique entre l'Eglise et le gouvernement entreprises par Briand depuis la fin de l'année 1906.

230. Après l'échec des tentatives de conciliation, le régime des réunions publiques devient l'unique fondement légal de l'exercice du culte catholique. Encore faut-il attendre l'entrée en vigueur de la loi du 28 mars 1907 pour que la situation du culte catholique soit parfaitement régulière. En effet, le refus de la déclaration, ramenée à une formalité annuelle par la circulaire du 1^{er} décembre 1906, exposait les ministres du culte à des poursuites pénales en raison de la méconnaissance des dispositions sur l'organisation du culte public. Plus grave encore, les catholiques prenaient le risque d'une désaffectation de l'Eglise au bout de six mois d'exercice irrégulier du culte public, comme le prévoit l'article 13 de la loi de 1905². La loi du 28 mars 1907, en supprimant la formalité de la déclaration pour toutes les réunions publiques, assure mécaniquement la légalité de la situation du culte catholique.

¹ Voir les explications de L. V. Méjan, *La séparation des Eglises et de l'Etat, l'œuvre de Louis Méjan*, PUF, p 423 et s ; et Jean-Paul Scot, « *L'Etat chez lui, l'Eglise chez elle* ». *Comprendre la loi de 1905*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2005, p 298 et s.

² Voir la claire affirmation des conséquences du défaut de déclaration par Aristide Briand, lors de la discussion de la loi du 2 janvier 1907 : *D.P.*, 1907, IV, p 4.

Quant aux édifices du culte, l'immense majorité d'entre eux est, en vertu de l'article 12 de la loi de 1905, la propriété de l'Etat, des départements ou des communes. De plus, l'article 1^{er} de la loi du 13 mars 1908 modifie l'article 9 de la loi de 1905 en prévoyant que les édifices du culte qui appartenaient aux établissements publics du culte et qui n'ont pas été attribués à une association cultuelle reviennent aux communes. Dépourvus de toute organisation légale et de tout droit sur les édifices, les catholiques craignent que l'Etat et les communes républicaines ne les privent de leurs lieux de culte en les affectant à des activités profanes.

Mais après le refus des associations cultuelles et des contrats de jouissance gratuite de l'article 5§2 de la loi du 2 janvier 1907, subsiste l'article 5§1 de la loi du 2 janvier 1907, qui laisse les édifices à la disposition des fidèles et des ministres du culte. En dépit de la poursuite de la crise religieuse et du refus catholique de la Séparation, l'affectation des églises au culte dispose donc d'un fondement juridique, les lois des 2 janvier et 28 mars 1907 parvenant à intégrer l'Eglise catholique dans la légalité « *malgré elle* ». Le gouvernement et le législateur font ainsi preuve d'un libéralisme certain à l'égard des catholiques, libéralisme corroboré par les déclarations de Briand depuis la discussion de la Séparation.

231. Pourtant, l'indéniable stratégie libérale de l'Etat fondée sur la garantie de la liberté du culte comporte quelques équivoques, liées en grande partie au jeu des forces politiques. Les membres du gouvernement sont en effet tirillés entre le souci de la liberté des cultes et la nécessité de donner des gages d'intransigeance laïque aux radicaux et aux socialistes. D'où un certain nombre de comportements contradictoires avec la politique annoncée, qui brouillent la perception des intentions du gouvernement par les catholiques.

Ainsi, la volonté de fermeté du gouvernement le conduit à mener, au début de l'année 1907, et jusqu'à la loi du 28 mars 1907, une campagne de poursuite des ministres du culte qui s'abstiennent de déposer la déclaration des réunions publiques prévue par la loi du 30 juin 1881. Plus de 40.000 procès verbaux sont dressés en quelques semaines et des milliers de jugements sont rendus, pas toujours d'ailleurs dans le sens de la condamnation¹.

Par ailleurs, dans les premiers mois de l'année 1906, Clémenceau et Briand soutiennent les initiatives tendant à la constitution d'associations cultuelles catholiques par des laïcs, en méconnaissance de l'interdit pontifical². Briand encourage quelque temps la campagne de presse en

¹ Maurice Larkin, *L'Eglise et l'Etat en France. 1905 : la crise de la séparation*, Privat, 2004.

² Pour l'étude d'un exemple d'association dissidente, voir Gérard G. Guyon, « A propos de l'application de la loi de Séparation des Eglises et de l'Etat dans le diocèse de Bordeaux entre 1905 et 1925 », *Rev. hist. droit*, 2005, p 611-634. Et, d'une manière générale, voir Emile Appolis, « En marge de la Séparation : les associations cultuelles schismatiques », *Revue d'histoire de l'Eglise de France*, n°146, 1963, pp. 47-88.

faveur des associations culturelles menée par le catholique Henri des Houx par le biais du journal *Le Matin*¹. Il appuie de plus les projets d'association culturelle de Mgr Lacroix, évêque de Tarentaise, que l'opposition du clergé condamne vite à l'échec. De même, Clémenceau finance le *Secrétariat des associations culturelles catholiques* et son organe, *l'Avènement*. Il soutient aussi l'abbé Toiton, créateur de la *France catholique*, périodique destiné à plaider la cause des associations culturelles auprès des catholiques². Ces initiatives prennent fin, pour la plupart, dès la fin de l'année 1906.

232. Mais le fait qui marque le plus nettement l'ambiguïté de la politique libérale du gouvernement demeure l'interprétation donnée à l'article 5§1 de la loi du 2 janvier 1907, seul fondement juridique de l'affectation des églises au culte catholique. La rédaction même de cette disposition n'est pas susceptible de rassurer les catholiques du fait de son manque de précision. En prévoyant simplement que les édifices continueront d'être laissés à la disposition des fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion, le législateur n'emploie aucune des notions consacrées par le droit, comme l'affectation, familière du droit administratif, ou l'usage, ou encore l'usufruit, qui auraient pu préciser la nature des prérogatives des catholiques sur les églises³.

En outre, Briand s'est ingénié à donner une interprétation de l'article 5§1 excluant toute idée d'un droit subjectif des catholiques sur les édifices. Pour le gouvernement, cette disposition ne permet qu'une occupation de fait des édifices du culte. A propos de l'article 5§1, Aristide Briand explique ainsi, dans l'exposé des motifs de la loi du 2 janvier 1907 : « *même dans le cas où il n'aurait pas été constitué d'associations pour le culte, les églises resteront ouvertes (jusqu'à désaffectation) tant aux fidèles qu'aux ministres du culte qui voudront y pratiquer leur religion. Mais dans cette hypothèse, les uns comme les autres occuperont l'édifice sans titre juridique, jusqu'à ce qu'ils se soient conformés aux prescriptions légales.* »⁴. Lors d'une séance à la Chambre, il déclare encore que « *le hasard de la rencontre entre les fidèles et le curé leur donne une sorte de jouissance précaire de l'église ; elle ne permet pas au curé d'administrer l'église, le mobilier qui s'y trouve.* »⁵. Enfin, dans sa circulaire du 3 février 1907 aux préfets, le ministre des cultes semble donner une interprétation favorable à la sécurité juridique des catholiques, en expliquant que

¹ Sur cet épisode, voir les commentaires de Louis Méjan : L. V. Méjan, *La séparation des Eglises et de l'Etat, l'œuvre de Louis Méjan*, PUF, p 356 et s.

² L. V. Méjan, *La séparation des Eglises et de l'Etat, l'œuvre de Louis Méjan*, PUF, p 367.

³ Paul Bureau explique le flou de la loi par la combinaison de l'anticléricalisme de la majorité et de la volonté de rendre possible la paix religieuse, sans pour autant reconnaître un droit aux catholiques sur les églises, après le refus de ces derniers de constituer des associations culturelles : Paul Bureau, *Quinze ans de séparation. Etude sociale et documentaire sur la loi du 9 décembre 1905*, Paris, 1921, p 131.

⁴ A. Morel, « Documents relatifs à la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.D.P.*, 1907, p 102-119, p 105.

⁵ Cité par Maurice Guillouet, *Du caractère juridique de l'occupation des édifices du culte depuis la loi de Séparation*, Thèse, Rennes, 1936, p 19.

« jusqu'à désaffectation régulière, les édifices resteront affectés non pas à un culte quelconque, mais au culte auquel ils étaient consacrés avant la séparation » ; mais il estime aussi que si l'article 5§1 a été adopté en vue d'assurer le libre exercice des cultes, même à défaut d'association culturelle, « les ministres du culte, comme les fidèles, seront de simples occupants sans titre juridique, et ils n'auront qu'une possession de fait tant qu'il n'aura pas été procédé à une attribution de jouissance des édifices religieux dans les conditions et suivant les formes déterminées par les paragraphes 2 et 3 du même article. »¹. Les catholiques ont particulièrement retenu cette formule de l'occupant sans titre, pour en faire le signe de l'hostilité du gouvernement à leur égard.

233. Le juge a patiemment déjoué l'interprétation gouvernementale. Partant de l'affirmation initiale de la possession de fait et de l'occupation sans titre des églises, le Conseil d'Etat a construit un véritable droit d'occupation, garantissant de manière efficace la liberté du culte catholique. Il a ainsi précisé les contours de la liberté des cultes consubstantielle à la laïcité républicaine, et contribué de manière décisive à ramener la paix religieuse.

B. – Le droit des occupants sur les édifices du culte, une construction jurisprudentielle.

234. Le droit des catholiques sur les églises n'est jamais expressément mentionné par les arrêts du Conseil d'Etat appliquant l'article 5§1 de la loi du 2 janvier 1907. Pourtant, sa reconnaissance par le juge administratif n'est pas douteuse, d'abord parce que, nous le verrons plus loin, son existence est clairement affirmée par les commissaires du gouvernement. Ensuite, et sans entrer dans les débats doctrinaux sur la définition du droit subjectif, les pouvoirs reconnus aux catholiques sur les édifices du culte correspondent aux éléments classiques du droit subjectif, c'est-à-dire une prérogative individuelle opposable aux tiers, qu'il s'agisse de personnes privées ou de l'Etat, assortie de voies de droit permettant sa réalisation². Le Conseil d'Etat a ainsi dégagé un droit subjectif dont les titulaires

¹ Circulaire reproduite in Albin Curet, *Les communes et les lois de séparation*, Pédone, 1910, p 294 et s.

² Voir la définition donnée par le *Vocabulaire juridique* : « Prérogative individuelle reconnue par le droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2000) Voir aussi la définition de Jean Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd Dalloz, 2008, proposant une synthèse des discussions doctrinales du début du XXe siècle qui ont vu s'opposer, voire fusionner, les théories du pouvoir de volonté et de l'intérêt protégé. Pour Dabin, le droit subjectif est ainsi « un lien d'appartenance, consacré ou créé par le droit objectif, entre une personne et une chose, représentant pour cette personne un bien, une valeur, un intérêt, qui, d'une manière directe ou indirecte, est sien [...] Cette chose sienne peut être un bien ou l'un des éléments intégrant ou dépendant de la personne même (vie, puissance physique, intellectuelle, actes, œuvre, ou bien une chose matérielle ou immatérielle, ou bien encore un acte à prester par autrui sous forme de dette obligatoire ». Pour un exemple des discussions doctrinales au début du XXe siècle, voir René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, rééd La Mémoire du Droit, 2001, p 319 et s. Voir aussi Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, rééd

sont les occupants des édifices, c'est-à-dire les fidèles et les ministres du culte. Il revêt six caractères principaux : il s'agit d'un droit fondé sur la loi (I.), pourvu de sanctions juridictionnelles (II.), qui porte sur tous les biens nécessaires à l'exercice du culte (III.), qui emporte une occupation exclusive (IV.), gratuite (V.) et perpétuelle (VI.) ; enfin, pour compléter cette analyse du droit des catholiques sur les édifices du culte, il faut aborder la question de la réparation et de l'assurance des édifices du culte (VII.).

I. – Un droit légal.

235. Le droit des occupants des édifices du culte catholique est d'abord un droit légal, déduit de l'article 5§1 de la loi du 2 janvier 1907. En dépit de l'imprécision du texte et de l'interprétation gouvernementale n'y voyant que la consécration d'une occupation sans titre, le juge fait de l'article 5§1 la base légale du droit des catholiques sur les édifices.

Ce fondement juridique se manifeste d'abord par le visa systématique de la loi du 2 janvier 1907 dans les arrêts qui affirment les prérogatives des occupants sur les églises¹. Il ressort ensuite d'un arrêt du 1^{er} mars 1912². Dans cette affaire, le Conseil d'Etat exclut la possibilité pour une commune d'accorder la jouissance de l'église au moyen d'un bail conclu sur le fondement des pouvoirs de gestion du domaine privé. Cette opération ne peut légalement avoir lieu, énonce le juge, car les règles spéciales d'occupation des édifices du culte sont prévues par les lois du 9 décembre 1905, 2 janvier 1907 et 13 avril 1908 : *« que la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat n'a pas rendu aux communes le droit de disposer des églises, dont elles sont propriétaires ; qu'elle a maintenu, au contraire, en termes exprès, leur affectation à l'exercice du culte ; que cette loi, ainsi que les lois complémentaires des 2 janvier 1907 et 13 avril 1908, ont réglé les conditions dans lesquelles les édifices religieux seraient mis à la disposition des fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion, et placé ainsi les édifices en dehors des propriétés communales pouvant être l'objet des conventions prévues par la loi du 5 avril 1884, et rentrant dans les attributions du conseil municipal. »*. Implicitement, le Conseil d'Etat classe donc l'hypothèse de l'article 5§1 de la loi du 2 janvier 1907 parmi les prérogatives des catholiques sur les

Dalloz, 2005 ; Daniel Gutmann, « Droit subjectif », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphane Rials (dir), Lamy/PUF, 2003, p 529.

¹ Par exemple : CE, 14 février 1913, *Guïton c/ Association culturelle catholique de Saint-Georges, D.P.*, 1914, III, p 9 ; CE, 12 juillet 1912, *Abbé Perpère, S.*, 1913, III, p 169 ; CE, 26 mars 1924, *Abbé Berreti, Rec.*, p 328 ; CE, 28 juillet 1911, *Rougegré c/ Association culturelle de Sains-lès-Fressin, D.P.*, 1912, III ; CE, 8 avril 1911, *Abbé Anselme, Rec.*, p 464 ; CE, 1^{er} août 1919, *Abbé Lachaud, Rec.*, p 698 ; CE, 30 janvier 1914, *Abbé Marmont, Rec.*, p 120 ; CE, 24 février 1912, *Abbé Sarralongue, Rec.*, p 7 ; CE, 4 août 1916, *Abbé Prudhommeaux, Rec.*, p 39.

² CE, 1^{er} mars 1912, *Commune de Saint-Dézéry, Rec.*, p 299.

édifices qui font obstacle à l'exercice de ses pouvoirs par la commune. Ce faisant, le juge indique que par sa jurisprudence, il a dégagé un *droit légal d'occupation* au profit des catholiques.

II. – Un droit pourvu de sanctions juridictionnelles.

236. Le droit des occupants des édifices du culte est pourvu de sanctions juridictionnelles devant les deux ordres de juridiction. Si elles ne sont pas une condition logique de l'existence d'un droit subjectif, ces voies de droit sont un élément primordial de son effectivité.

Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation n'ont pas la même conception de leur compétence. La Cour de cassation affirme que, sous réserve de l'interprétation d'un acte administratif, les contestations relatives à l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907 relèvent par nature du juge judiciaire. L'article 8 de la loi de 1905, qui attribue au Conseil d'Etat le jugement des litiges entre plusieurs associations cultuelles à propos de l'attribution d'un édifice, est alors la seule exception à ce principe, qu'il convient d'ailleurs d'interpréter strictement¹. Au contraire, le commissaire du gouvernement Corneille, suivi implicitement par le Conseil d'Etat, estime que la juridiction administrative dispose d'une compétence de principe pour connaître des difficultés nées de l'article 5§1 de la loi du 2 janvier 1907, compétence qui découle nécessairement de ce que cette disposition crée une situation de droit public, marquée par l'existence d'un droit réel administratif au bénéfice des occupants des églises². Néanmoins, ces divergences de conceptions n'ont pas eu pour effet de multiplier les chevauchements et contradictions de jurisprudences, car le jeu habituel des règles de répartition a permis de maintenir chaque ordre de juridiction dans sa sphère traditionnelle.

Ainsi, le juge judiciaire est compétent pour connaître des actions visant à faire cesser ou à réparer les troubles de jouissance provoqués par des personnes privées³. Il est aussi compétent, à l'égard de l'administration, lorsque le trouble de jouissance constitue une voie de fait administrative,

¹ Cass. civ., 5 février 1912, *Abbé Colonna, S.*, 1913, I, p 351.

² Concl. Corneille sur CE, 14 février 1913, *Guitton c/ Association cultuelle catholique de Saint-Georges, D.P.*, 1914, III, p 9.

³ Cass. civ., 5 février 1912, *Abbé Colonna, S.*, 1913, I, p 351. Voir aussi CA Agen, 19 juillet 1909, *Abbé Cardonne, R.O.D.R.*, 1909, p 474 : un prêtre interdit s'introduit dans une église pour célébrer une messe ; Tribunal civil de Ribérac, 3 juillet 1909, *Abbé Capoul, R.O.D.R.*, 1909, p 412 : des libres-penseurs s'introduisent dans un édifice du culte pour exécuter des sonneries de cloches ; Tribunal civil de Lyon, 31 mars 1914, *Abbés Jolivet et Desaintjean, R.O.D.R.*, 1914, p 412 : des particuliers brisent du mobilier cultuel à l'intérieur d'une église. Voir aussi Tribunal civil d'Avesnes, 22 décembre 1910, *R.O.D.R.*, 1910, p 460 ; CA Bourges, 16 juin 1909, *D.P.*, 1910, II, p 28 ; CA Pau, 27 juin 1910, *D.P.*, 1911, II, p 120 ; et les exemples cités par Maurice Guillouet, *Du caractère juridique de l'occupation des édifices du culte depuis la loi de séparation*, Thèse, Rennes, 1936, p 95 et s ; et article « Cultes », in *Répertoire pratique Dalloz*, 1912, n°150-151.

ou un fait personnel de l'administrateur en matière de responsabilité¹. Le juge pénal est enfin compétent pour apprécier, par voie d'exception, la légalité des arrêtés de police sanctionnés par l'article 471§15 du Code pénal de 1810.

237. Pour sa part, la juridiction administrative connaît des rares litiges fondés sur l'article 8 de la loi de 1905 et impliquant une association cultuelle catholique² ; dans ce cadre, le Conseil d'Etat reconnaît l'intérêt à agir des simples fidèles comme du ministre du culte. De plus, la juridiction administrative est compétente à l'égard des actions en responsabilité nées à l'occasion des fautes de service ayant porté atteinte au droit d'occupation³. Elle juge en outre les recours pour excès de pouvoir dirigés contre les divers actes administratifs – arrêtés de police, mesures préfectorales, délibérations de conseils municipaux principalement – qui peuvent entraver le droit d'occupation des catholiques. A cet égard, le juge administratif apprécie très largement l'intérêt à agir des catholiques. Dans des conclusions fondatrices de la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat en la matière, le commissaire du gouvernement Chardenet admet l'intérêt à agir le plus large des fidèles et des ministres du culte pour déférer au juge de l'excès de pouvoir les actes administratifs qui viendraient méconnaître l'affectation prévue par l'article 5§1. Il se fonde pour ce faire sur deux types de considérations. Il s'agit d'abord de l'intention du législateur qui a entendu, par la loi du 2 janvier 1907, garantir le libre exercice du culte par tous moyens. En présence d'une volonté aussi forte, le Conseil d'Etat ne peut que faciliter l'accès au juge de l'excès de pouvoir des catholiques qui exercent le culte sur le fondement de l'article 5§1. De plus, Chardenet replace la situation des catholiques dans le cadre des progrès jurisprudentiels relatifs à l'intérêt à agir⁴. Depuis le début du

¹ Pour une voie de fait : TC, 4 juillet 1934, *Curé de Réalmont, S.*, 1935, III, p 97. Pour un fait personnel : TC, 22 avril 1910, *Préfet de la Côte d'Or c/ Abbé Piment* et TC, 4 juin 1910, *Préfet de l'Aisne c/ Abbé Migon et autres, S.*, 1910, III, p 129, note Hauriou. Un maire qui, en dehors de tout arrêté de réglementation des sonneries de cloches pris préalablement, prescrit l'emploi des cloches dans une circonstance déterminée, qui ne se rattache à aucune des circonstances énumérées par l'article 51 du règlement d'administration publique du 16 mars 1906 (péril commun qui exige un prompt secours ou, si le clocher fait partie d'un bâtiment dont une personne publique est propriétaire, sonneries prescrites par les lois et règlements, ou usages locaux), est l'auteur d'un fait personnel dont les conséquences dommageables doivent être réparées devant le juge judiciaire. Voir, ultérieurement, TC, 29 janvier 1916, *Abbé Thiney c/ Dompnier, D.P.*, 1912, III, p 5.

² L'article 8 de la loi de 1905 régit les litiges entre associations cultuelles.

³ CE, 12 juillet 1912, *Abbé Perpère, S.*, 1913, III, p 169, concl. Pichat ; CE, 26 mars 1924, *Abbé Berreti, Rec.*, p 328.

⁴ Concl. Chardenet, CE, 8 février 1908, *Abbé Deliard, D.P.*, 1909, III, p 33 : « chaque jour, vous reconnaissez aux contribuables d'une commune qualité pour vous déférer des délibérations du conseil municipal qui engagent plus ou moins heureusement les finances de la commune, à des commerçants qui se plaignent de quelque atteinte portée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Mais ici, il s'agit d'un intérêt d'un ordre autrement élevé, autrement respectable ; il s'agit de gens qui se plaignent d'une atteinte au droit qu'ils ont de pratiquer leur religion, d'une atteinte au droit, qui leur a été garanti par l'article 5 de la loi de 1907, de voir, jusqu'à désaffectation régulière, les églises laissées à la disposition des fidèles et les ministres du culte pour la pratique de leur religion, de gens qui se plaignent, enfin, de la violation du principe posé par l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 et de toutes les promesses faites à la tribune de Parlement que nous rappelions tout à l'heure. Aussi, pour nous, nous n'hésitons pas à admettre que tous les fidèles de la

XXe siècle, l'intérêt à agir est reconnu de plus en plus souvent, que ce soit aux contribuables communaux, pour contester les délibérations du conseil municipal¹, à l'électeur, pour attaquer les actes de sectionnement électoral², aux membres des assemblées locales, pour défendre leur prérogatives³, aux collectivités locales pour se protéger des excès de la tutelle étatique⁴, ou encore aux fonctionnaires, pour défendre leurs droits dans les opérations de nomination, d'avancement ou de sanction disciplinaire⁵. Pour Chardenet, l'admission de l'intérêt à agir aux catholiques apparaît comme un développement normal et nécessaire de cette jurisprudence. Suivant son commissaire, le Conseil d'Etat juge ainsi que le prêtre d'une paroisse, ainsi que les fidèles de la commune, ont intérêt à poursuivre l'annulation d'un arrêté prononçant la fermeture de l'église. Par la suite, dans une décision de 1911 portant sur un décret d'attribution de biens ecclésiastiques pris sur le fondement de l'article 8 de la loi de 1905, le juge étend même l'intérêt à agir à « *tous les fidèles d'un culte* »⁶ ; toutefois, il faut sans doute considérer que ce considérant fait référence aux seuls fidèles intéressés, c'est-à-dire les fidèles de la commune où se situe l'église⁷. Par ailleurs, contrairement à la Cour de cassation, le Conseil d'Etat admet que les ministres du culte peuvent utilement se prévaloir de la qualité de *curé* ou de *desservant* pour contester les actes qui portent atteinte au droit d'occupation⁸. En effet, pour le juge administratif, l'admission de la recevabilité n'est pas la manifestation d'une reconnaissance des cultes et des titres ecclésiastiques, mais la prise en compte d'un fait, c'est-à-dire l'organisation de l'Eglise catholique telle qu'elle se présente au juge. Au contraire, pour la Cour de cassation, la non-reconnaissance des cultes posée en principe par l'article 2 de la loi de Séparation interdit que le ministre du culte puisse se prévaloir de la qualité de curé devant le juge⁹.

commune et les ministres du culte auquel l'église est affectée, ont qualité pour vous déférer, pour excès de pouvoir, un arrêté par lequel le maire a fermé l'église. »

¹ CE, 29 mars 1901, *Casanova, Rec.*, p 333.

² CE, 24 juillet 1903, *Commune de Massat, Rec.*, p 556 ; CE, 7 août 1903, *Chabot, Rec.*, p 620.

³ CE, 1^{er} mai 1903, *Bergeon, Dalle et autres, S.*, 1905, III, p 1, note Hauriou.

⁴ CE, 18 avril 1902, *Commune de Nérès-les-Bains, Rec.*, p 275.

⁵ CE, 11 décembre 1911, *Lot et Molinier (2 espèces), Rec.*, p 780 ; CE, 18 mars 1904, *Savary, Rec.*, p 232.

⁶ CE, 28 juillet 1911, *Rougegré c/ Association culturelle de Sains-lès-Fressin, D.P.*, 1912, III, p 97, concl Chardenet : « *considérant que tous les fidèles d'un culte ont intérêt à ce que l'attribution des biens ecclésiastiques soit faite en conformité avec la loi du 9 décembre 1905 ; que spécialement, ils ont intérêt à faire reconnaître l'illégalité de la constitution d'une association culturelle mise en possession des édifices affectés au culte, cette reconnaissance devant leur assurer le bénéfice de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907 ; que les requérants, agissant en qualité de fidèle du culte catholique, ont donc qualité pour discuter la légalité du décret du 5 juin 1909* ».

⁷ Lucien Cruzil, « Le droit d'occupant dans les églises », *R.D.P.*, 1923, p 451.

⁸ CE, 8 février 1908, *Abbé Deliard, D.P.*, 1909, III, p 33 ; CE, 17 mars 1911, *Abbé Bouchon et Hardel, D.P.*, 1913, III, p 57, concl. Blum ; CE, 8 avril 1911, *Abbé Anselme, Rec.*, p 464.

⁹ Cass. crim., 1^{er} décembre 1910, *Ministère public c/ Abbé Galin et demoiselle Etcheçaharreta, S.*, 1911, I, p 345, rapport Mercier, note Bureau.

III. – Un droit portant sur tous les biens nécessaires à l'exercice du culte.

238. L'église n'est pas le seul bien nécessaire à l'exercice du culte. Certains bâtiments annexes peuvent y être associés, de même que des meubles, tels les habits sacerdotaux, le matériel funéraire, les bancs et chaises, les cloches ou les décorations. Prenant en compte la diversité des biens indispensables au culte, le Conseil d'Etat interprète de manière extensive l'article 5§1 de la loi de 1907 aux termes duquel l'affectation au culte concerne les édifices du culte et les meubles les garnissant. Aussi, le juge administratif considère que le droit des occupants porte non seulement sur l'église proprement dite¹, mais aussi sur les dépendances de l'église. Parmi ces dépendances, on compte d'abord les *immeubles* entretenant un *lien de contiguïté physique* avec l'église, *affectés à l'exercice du culte depuis une date antérieure à la loi du 2 janvier 1907 et nécessaires à l'exercice du culte*. Ainsi, un terrain proche d'une église, sur lequel un clocher et une chapelle ont été construits, constitue une dépendance de l'église qui doit rester affectée au culte en vertu de l'article 5§1 de la loi de 1907² ; il en est de même pour une bande étroite de terrain entourant une église³ ; un local qui communique directement avec une église et fait office de sacristie sans interruption depuis 1863 est une dépendance de l'église qui entre dans le champ de l'article 5§1⁴ ; le local d'un palais archiépiscopal qui a servi de sacristie de 1868 à 1881, et est employé depuis cette date comme chapelle de catéchisme est une dépendance de la cathédrale protégée par l'article 5§1 de la loi du 2 janvier 1907⁵.

Par ailleurs, et contrairement à certaines opinions doctrinales⁶, il n'est pas nécessaire que l'affectation de la dépendance au culte résulte d'un titre juridique, comme un titre de cure ; il peut d'agir d'une simple *affectation de fait*⁷. Toutefois, si une dépendance, bien qu'affectée au culte, n'est pas nécessaire à son exercice, parce qu'un autre local remplit la même fonction par exemple,

¹ Par exemple : CE, 8 février 1908, *Abbé Deliard, D.P.*, 1909, III, p 33, concl. Chardenet ; CE, 28 juillet 1911, *Rougegré c/ Association culturelle de Sains-lès-Fressin, D.P.*, 1912, III, p 97, concl. Chardenet ; CE, 14 février 1913, *Guillon c/ association culturelle catholique de Saint-Georges, D.P.*, 1914, III, p 9, concl. Corneille. Dans ces trois affaires, est en jeu la jouissance de l'église elle-même et des meubles qu'elle contient.

² CE, 28 novembre 1936, *Abbé Rivière et autres, D.P.*, 1939, III, p 2, note Waline.

³ CE, 22 juin 1934, *Abbé Badoual et autres, Rec.*, p 722.

⁴ CE, 1^{er} août 1919, *Abbé Lachaud, Rec.*, p 698.

⁵ CE, 30 janvier 1914, *Abbé Marmont, Rec.*, p 120, concl. Helbronner.

⁶ Albin Curet, *Les communes et les lois de séparation*, Pédone, 1910, p 103, qui estime que seuls les édifices affectés sur la base d'un titre délivré en vertu du droit concordataire bénéficient de la protection de l'article 5§1.

⁷ CE, 1^{er} août 1919, *Abbé Lachaud, Rec.*, p 698 ; concl. Helbronner, CE, 30 janvier 1914, *Abbé Marmont, Rec.*, p 120 ; CE, 18 juin 1937, *Abbé Bernard, D.P.*, 1939, III, p 3, note Waline. Ce dernier arrêt illustre par ailleurs le fait que le juge administratif n'exige pas que le culte soit pratiqué de manière fréquente et continue dans un bâtiment pour reconnaître une affectation au culte. Ainsi, dans cette affaire, le Conseil d'Etat admet l'affectation au culte d'une chapelle dans laquelle des messes sont célébrées deux fois par an.

alors il ne peut être protégé par l'article 5§1. Ainsi, un bâtiment contigu de l'église et servant de sacristie n'est pas protégé par le droit d'occupation dès lors qu'il existe une autre sacristie¹.

Dans les années 30, le juge administratif synthétise sa jurisprudence sur l'identification d'une dépendance de l'église en se détachant du critère de la proximité physique de la dépendance pour privilégier le critère de l'association d'un immeuble à l'exercice du culte. Dans cette nouvelle perspective, est une dépendance de l'église sur laquelle les catholiques exercent leur droit d'occupation un calvaire (simple croix fixée au sol) situé à une centaine de mètres de l'édifice du culte, dans la mesure où il est établi que chaque année et depuis un temps antérieur à la Séparation, la Fête-Dieu est l'occasion de processions partant de l'église pour rejoindre le calvaire, au pied duquel les fidèles et ministres du culte accomplissent certaines cérémonies du culte².

239. Enfin, les biens meubles entrent aussi dans le champ du droit d'occupation³. Ainsi, la protection de l'article 5§1 de la loi de 1907 s'étend aux cloches, y compris celles qui, après la Séparation, sont destinées à remplacer les anciennes cloches⁴. Un maire ne peut donc légalement décider que le battant de la cloche d'une église affectée au culte sera mis sous clé⁵. Il n'est pas non plus légal pour un maire de prescrire le dépôt à la mairie de tous les objets affectés au service des pompes funèbres. En effet, si la loi du 28 décembre 1904 confère aux communes le monopole du service extérieur des pompes funèbres, l'article 3 de ce texte prévoit aussi que les fabriques et les consistoires jouissent du droit exclusif de fournir le matériel nécessaire au service intérieur. Ce matériel fait partie des biens garnissant les églises, ces dernières étant, en vertu de l'article 12 de la loi de 1905 et de l'article 1^{er} de la loi de 1908, des propriétés communales. Mais le matériel est aussi affecté au culte sur le fondement de l'article 5§1 protégeant les édifices et les meubles les garnissant ; le maire ne peut donc en ordonner un usage contraire à cette affectation⁶. Enfin, le droit consacré par l'article 5§1 fait obstacle à la vente de biens, en l'espèce des stèles, qui garnissent un édifice affecté au culte et dont l'affectation n'a pas cessé⁷.

¹ CE, 15 novembre 1912, *Manissier et autres*, *Rec.*, p 1061.

² CE, 1^{er} avril 1938, *Abbé Laplanche-Coudert et autres*, *D.P.*, 1939, III, p 4, concl. Latournerie.

³ Léon Lacour, *La Séparation de l'Eglise et de l'Etat et le mobilier culturel*, Thèse, Sirey, 1936.

⁴ CE, 8 février 1933, *Sieur Boumanne*, *Rec.*, p 164 ; voir aussi CE, 3 février 1911, *Bouvard*, *D.P.*, 1912, III, p 16 ; CE, 20 mars 1914, *De Bazelles et autres*, *Rec.*, p 369 ; CE, 5 février 1915, *Sirdey*, *Rec.*, p 7.

⁵ CE, 17 février 1911, *Abbé Poirier*, *Rec.*, p 21. Voir aussi CE, 17 décembre 1914, *Foussadier*, *D.P.*, 1916, III, p 5.

⁶ CE, 4 août 1913, *Abbé Desvals*, *S.*, 1913, III, p 161, note Hauriou. Voir aussi J. Colin de Verdière, « Des droits du curé sur le matériel des pompes funèbres dans les églises », *R.I.C.*, 1909, p 325-333.

⁷ CE, 17 février 1932, *Commune de Barran*, *D.P.*, 1933, III, p 49, note Capitant.

IV. – Une occupation exclusive.

240. Le droit d'occupation construit par le juge administratif permet une jouissance exclusive des édifices du culte et des meubles qu'ils contiennent.

D'une manière générale, l'exclusivité résulte de ce que l'édifice est réservé aux seuls catholiques « authentiques », ceux qui, selon les termes de l'article 4 de la loi de 1905, se conforment « *aux règles d'organisation générale du culte* » catholique. Ce sont seulement les fidèles et le ministre du culte respectant la hiérarchie ecclésiastique et la doctrine religieuse orthodoxe qui peuvent être qualifiés de catholiques romains ; c'est au culte catholique orthodoxe que les églises étaient affectées avant la Séparation et qu'elles doivent rester affectées en vertu de l'article 4 de la loi de 1905 et de la loi du 2 janvier 1907. S'agissant particulièrement du ministre du culte, c'est le prêtre désigné par sa hiérarchie, donc par l'évêque en communion avec le pape, qui est considéré comme se conformant aux règles d'organisation générale du culte catholique. Ce prêtre est le seul desservant légitime de la commune¹, le seul qui jouisse du droit d'occupation exclusive. Nous verrons plus loin par quel raisonnement le juge apprécie l'orthodoxie d'une communauté catholique lorsqu'il juge de l'affectation d'un édifice².

241. Le droit d'occupation est assorti de plusieurs voies de droit. Ainsi, pour se protéger contre les prétentions des communautés religieuses hétérodoxes, les catholiques, même non constitués en association culturelle, peuvent agir soit devant le juge judiciaire³, soit devant le juge administratif, dans le cadre du recours de l'article 8 de la loi de 1905⁴. De même, le recours pour excès de pouvoir est ouvert pour contester les actes administratifs des communes qui pourraient confier l'édifice à un groupe de fidèles illégitime⁵. Les catholiques peuvent ainsi agir pour protéger l'affectation contre les prétentions que les communes pourraient fonder sur leur droit de propriété ou les pouvoirs de police

¹ CE, 17 mars 1911, *Abbé Hardel*, *Rec.*, p 350 ; CE, 8 avril 1911, *Abbé Anselme*, *Rec.*, p 464 ; CE, 23 janvier 1920, *Abbé Barraud*, *Rec.*, p 75.

² Voir *infra*, n°286 et s.

³ Tribunal civil de Ribérac, 3 juin 1909, *Abbé Capoul c/ Guionie et autres*, *D.P.*, 1910, I, p 34 : « attendu qu'il n'est point douteux, en l'état de la législation telle qu'elle résulte des lois des 9 décembre 1905 et 2 janvier 1907, que les fidèles et ministres du culte ont une action pour faire respecter les droits qui découlent pour eux de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907, qui a laissé à leur disposition, pour la pratique de leur religion, les édifices affectés au service du culte, ainsi que les meubles les garnissant. ».

⁴ CE, 14 février 1913, *Guitton c/ association culturelle catholique de Saint-Georges*, *D.P.*, 1914, III, p 9, concl. Cornille.

⁵ CE, 8 février 1908, *Abbé Deliard*, *D.P.*, 1909, III, p 33, concl. Chardenet ; CE, 28 juillet 1911, *Rougegré c/ Association culturelle de Sains-lès-Fressin*, *D.P.*, 1912, III, p 97, concl. Chardenet ; CE, 23 janvier 1920, *Abbé Barraud et autres c/ Abbé Bousquet*, *D.P.*, 1921, III, p 23 : « les édifices religieux doivent rester affectés au culte qui était célébré sous le régime concordataire ; que la disposition et la jouissance n'en peuvent donc être légalement attribuées qu'en conformité des règles d'organisation générale de ce culte, lesquelles comprennent, en ce qui concerne la religion catholique, la soumission à la hiérarchie catholique ».

du maire, et plus généralement contre tous les usages non religieux de l'église, même en dehors des heures des cérémonies cultuelles¹. Au sein de la communauté catholique, les actions en justice devant le juge judiciaire et le juge administratif sont ouvertes à la fois aux fidèles et aux ministres du culte.

242. Les fidèles et les ministres du culte sont les seuls titulaires du droit d'occupation ; mais les prérogatives des premiers sont moins étendues que celles des seconds pour faire respecter l'exclusivité de l'occupation.

Le droit des fidèles se manifeste principalement par la faculté de mettre en œuvre les différents recours à la disposition des catholiques. Même si le juge administratif ne l'a pas expressément reconnu, ils jouissent aussi de la faculté d'accéder à l'église pour accomplir des actes de piété individuelle et collective, et d'occuper les sièges². Mais, dans la mesure où l'article 25 de la loi de 1905 dispose que les réunions pour la célébration d'un culte sont publiques, la situation des fidèles n'est pas particulièrement spécifique de ce point de vue par rapport au reste de la population. Les prérogatives des fidèles sont donc limitées mais, comme le relève Maurice Guillouet, cela résulte du rôle effacé réservé aux fidèles dans l'organisation du catholicisme³. Ceci dit, l'étendue des droits des fidèles n'est pas unanimement interprétée par la doctrine. Certains dénie l'existence d'un réel droit d'occupation au profit des fidèles, ces derniers étant dans la même situation qu'un usager du domaine public routier qui partage également sa faculté avec l'ensemble de la population⁴. D'autres accordent un droit aux fidèles, tout en précisant que son contenu est moins riche que celui du prêtre⁵. Enfin, Louis Rigaud explique qu'il faut distinguer entre les fidèles étrangers à une paroisse, qui n'ont pas de droit d'occupation, en ce qu'ils n'ont pas intérêt à agir

¹ Par exemple : CE, 24 février 1912, *Abbé Sarralongue, Rec.*, p 7 ; CE, 4 août 1916, *Abbé Prudhommeaux, Rec.*, p 39 ; CE, 9 janvier 1931, *Abbé Cadel, S.*, 1931, III, p 41, note Bonnard. Pour des exemples tirés de la jurisprudence judiciaire : Tribunal civil de Montpellier, 19 mai 1909 ; Tribunal civil d'Angoulême, 22 juin 1910 ; Tribunal civil de Châtillon-sur-Seine, 12 juillet 1910, *D.P.*, 1911, II, p 112.

² En revanche, le juge judiciaire a eu l'occasion d'affirmer que le droit des fidèles consiste à pouvoir pénétrer dans les églises et à pouvoir y prier individuellement et à toute heure : CA Agen, 27 juin 1910, *Abbé Habiague, D.P.*, 1911, I, p 120.

³ Maurice Guillouet, *Du caractère juridique de l'occupation des édifices du culte depuis la loi de séparation*, Thèse, Rennes, 1936, p 88. Ceci étant dit, un arrêt de la Cour d'appel de Poitiers juge qu'en l'absence de curé légitime, les clés doivent être remises aux fidèles, à l'exclusion d'un prêtre schismatique qui en revendique la possession (CA Poitiers, 27 décembre 1909, *D.P.*, 1911, I, p 108) Voir aussi René Durnerin, *De la situation juridique des édifices domaniaux affectés au culte catholique*, Thèse, Paris, 1933 ; et Marcel Rouquet, *De la situation juridique actuelle des édifices religieux des anciens cultes concordataires*, Thèse, Montpellier, 1911.

⁴ Achille Mestre, note sous Cass. civ., 5 février 1912, *S.*, 1912, I, p 353.

⁵ René Durnerin, *De la situation juridique des édifices domaniaux affectés au culte catholique*, Thèse, Paris, 1933 ; Maurice Guillouet, *Du caractère juridique de l'occupation des édifices du culte depuis la loi de Séparation*, Thèse, Rennes, 1936.

devant le juge de l'excès de pouvoir, et l'ensemble formé par les fidèles de la commune et le prêtre, qui exerce de manière indivise le droit d'occupation sous la direction du prêtre¹.

243. Le ministre du culte légitime dispose de plus de prérogatives. Comme les fidèles, il exerce les actions en justice ; il jouit en outre d'un pouvoir de direction à l'intérieur de l'église et d'un droit à la détention des clefs de l'édifice du culte.

Au titre de ses pouvoirs, le prêtre peut fixer les heures d'ouverture de l'église², régler les cérémonies religieuses (dans les limites toutefois de l'article 30 de la loi de 1905 qui ne permet l'enseignement religieux aux enfants inscrits dans les écoles publiques qu'en dehors des heures de classe), organiser le fonctionnement interne de l'église, notamment l'aménagement et la décoration du bâtiment³, répartir les bancs et les chaises⁴, fixer les places des fidèles dans l'église⁵, organiser une quête pour les frais du culte et des œuvres charitables⁶, exiger que l'édifice ne soit consacré à aucun usage non religieux, même non profanatoire, même en dehors des heures d'ouverture de l'église⁷, enjoindre à un fidèle de quitter l'église⁸. La chambre criminelle de la Cour de cassation synthétise ces pouvoirs en expliquant, par une formule qui reflète l'esprit de la jurisprudence administrative que « *les ministres du culte possèdent tous les droits qui leur sont nécessaires pour assurer le libre exercice du culte dans les lieux où il est pratiqué* »⁹.

Le prêtre exerce seul ses pouvoirs, sans que d'autres personnes ou autorités puissent les entraver¹⁰. D'ailleurs, quel que soit le propriétaire des édifices, l'affectation consacrée par l'article

¹ Louis Rigaud, *La théorie des droits réels administratifs*, Sirey, 1914.

² CE, 24 février 1912, *Abbé Sarralongue, Rec.*, p 7.

³ CE, 26 décembre 1930, *Abbé Tissière, D.P.*, 1931, III, p 167. A l'intérieur de l'église, le curé peut en outre exposer les drapeaux nationaux ornés d'emblèmes catholiques (CE, 10 août 1917, *Berthenet, S.*, 1918-1919, III, p 9, concl. Corneille, note Hauriou).

⁴ CE, 4 août 1916, *Abbé Prudhommeaux, Rec.*, p 39 ; CE, 15 janvier 1937, *Sieur Bonnafos et autres, Rec.*, p 48.

⁵ Tribunal correctionnel de Saint-Palais, 17 décembre 1909, *D.P.*, 1911, II, p 279 ; CA Pau, 6 mars 1909, *D.P.*, 1909, II, p 205 ; voir aussi Paul Bureau, *Quinze ans de séparation. Etude sociale et documentaire sur la loi du 9 décembre 1905*, Bloud et Gay, 1921.

⁶ CE, 12 janvier 1934, *Documentation catholique*, tome 31, p 502. Le Conseil d'Etat a aussi admis que les bureaux de bienfaisance puissent quêter à l'intérieur des églises, en considérant que la loi du 7 frimaire an V qui créa les bureaux de bienfaisances, et l'arrêté du 5 prairial an XI qui organisait l'appel à la charité publique, n'ont pas été abrogés par l'article 44 de la loi du 9 décembre 1905 (CE, avis, 29 novembre 1906).

⁷ CE, 9 janvier 1931, *Abbé Cadel, S.*, 1931, III, p 41, note Bonnard. Un maire ne peut prescrire d'employer l'église comme dépôt mortuaire, même de manière temporaire et accidentelle, et en dehors des heures ouvrables, car cet usage, sans être profanatoire, n'est pas religieux et trouble de ce fait l'exercice du culte.

⁸ Cass. crim., 1^{er} décembre 1910, *D.P.*, 1911, I, p 345 ; et CE, 20 juin 1913, *Abbé Arnaud et autres, Rec.*, p 746, concl. Corneille, dans lequel le juge administratif fait référence aux droits reconnus au prêtre pour la réglementation de l'usage des biens laissés par la loi de 1907 à la disposition des fidèles.

⁹ Cass. crim., 1^{er} décembre 1910, *D.P.*, 1911, I, p 345.

¹⁰ Cass. crim., 1^{er} décembre 1910, *D.P.*, 1911, I, p 345. La Cour de cassation précise que le prêtre exerce seul ses pouvoirs de direction du culte, l'autorité municipale ne pouvant à cet égard exercer un droit de réglementation qu'aucun texte ne lui attribue.

5§1 de la loi de 1907 doit être maintenue¹. Pour protéger les prérogatives du ministre du culte et des catholiques, le Conseil d'Etat consacre une neutralisation jurisprudentielle des pouvoirs du maire sur l'édifice. Cette solution n'allait pas de soi, puisque les églises sont d'une part des propriétés communales (du domaine public ou privé, ce point n'ayant pas été clairement tranché par la jurisprudence) sur lesquelles le maire devrait pouvoir exercer ses pouvoirs de gestion et de conservation, et d'autre part des lieux publics sur lesquels il exerce ses pouvoirs de police administrative. Pourtant, dans la jurisprudence administrative, ces compétences s'arrêtent toujours devant le droit exclusif du ministre du culte de réglementer le fonctionnement interne de l'église. Aussi, un maire ne peut employer ses pouvoirs de gestion du domaine privé pour régler l'usage du mobilier à l'intérieur de l'église² et ne peut invoquer la qualité de propriétaire de la commune pour faire obstacle aux traditions concernant l'usage des cloches³. Si le maire estime que des mesures prises par le desservant à cet égard porte atteinte au droit de propriété de la commune, il doit saisir le juge judiciaire. Pour rendre compte de cette situation, un auteur relève que le Conseil d'Etat met ici en échec, dans l'intérêt du libre exercice du culte, la règle fondamentale du privilège du préalable d'après laquelle l'autorité administrative peut exercer les compétences dont elle dispose sans recours préalable au juge⁴. A l'instar des prérogatives du propriétaire, l'exercice des pouvoirs de police est entravé ; ainsi, le maire ne peut réglementer l'usage de l'église par les fidèles⁵ ou ordonner la destruction de l'édifice, à moins que la mesure, justifiée par des circonstances exceptionnelles et urgentes, ne soit absolument nécessaire pour assurer la sécurité publique⁶.

Ainsi donc, la jurisprudence ne permet l'intervention du maire que dans des hypothèses précisément délimitées. En ce sens, il jouit, au titre de ses pouvoirs de gestion domaniale, d'un droit d'accès à l'édifice pour en vérifier l'état et déterminer les éventuelles réparations. Mais ce droit ne lui permet pas d'exiger la possession des clefs ; il doit donc l'exercer aux heures d'ouverture de l'église ou demander au curé l'ouverture des portes⁷. D'autre part, si le maire peut exercer, en vertu de l'article 25 de la loi de 1905, ses pouvoirs de police administrative dans l'intérêt de la tranquillité et de la sécurité publiques, l'usage de ces pouvoirs ne peut avoir pour objet de réglementer le fonctionnement du culte.

¹ CE, 19 décembre 1919, *Chausse et Gagnaire, Rec.*, p 932.

² CE, 4 août 1916, *Abbé Prudhommeaux, Rec.*, p 39 ; CE, 26 décembre 1930, *Abbé Tissière, D.P.*, 1931, IV, p 167.

³ CE, 8 février 1933, *Sieur Boumanne, Rec.*, p 164.

⁴ Maurice Guillouet, *Du caractère juridique de l'occupation des édifices du culte depuis la loi de séparation*, Thèse, Rennes, 1936, p 103.

⁵ CE, 24 février 1912, *Abbé Sarralongue, Rec.*, p 7

⁶ CE, 7 mars et 26 décembre 1913, *Abbé Lhuillier et autres, S.*, 1914, III, p 17, note Hauriou ; CE, 28 novembre 1913, *Abbé Gouhier, Rec.*, p 1159.

⁷ CE, 20 juin 1913, *Abbé Arnaud et autres, Rec.*, p 746, concl. Corneille.

244. Enfin, l'exclusivité du droit d'occupation du ministre du culte exige la possession des clefs de l'église. La question est loin d'être anodine. Il s'agit au contraire d'un enjeu ancien et récurrent entre le pouvoir civil des municipalités et les ministres du culte catholique. Comme l'a démontré Alain Corbin, la signification de ces conflits a évolué au cours du XIX^e siècle¹. De rapports de force entre le pouvoir civil et l'Eglise pour la maîtrise du « pouvoir de sonner », les affrontements sur la possession des clefs ont pris un tour plus politique à la fin du siècle, expression d'une confrontation bien connue entre l'Eglise et la République laïque. C'est dans ce contexte que le compromis de la loi municipale du 5 avril 1884 intervient. S'agissant des clefs de l'église, l'article 101 prévoit : « *Une clef du clocher sera déposée entre les mains des titulaires ecclésiastiques, une autre entre les mains du maire, qui ne pourra en faire usage que dans les circonstances prévues par les lois ou règlements. Si l'entrée du clocher n'est pas indépendante de celle de l'église, une clef de la porte de l'église sera déposée entre les mains du maire.* ». La continuité prévaut avec la Séparation, puisque l'article 52 du règlement d'administration publique du 16 mars 1906 reprend les solutions consacrées par l'article 101 : « *une clef du clocher est déposée entre les mains du président ou directeur de l'association cultuelle, une autre entre les mains du maire, qui ne peut en faire usage que pour les sonneries civiles mentionnées à l'article précédent et l'entretien de l'horloge publique./ Si l'entrée du clocher n'est pas indépendante de celle de l'église, une clef de la porte de l'église est déposée entre les mains du maire.* ».

Cet article consacre donc le principe de la jouissance des clefs par les représentants de l'association cultuelle et prévoit un cas de possession concurrente par le maire, conditionnée par des finalités limitées et précises. Le président de l'association cultuelle est désigné par l'article 52 comme titulaire du droit à la détention des clefs, mais, en l'absence d'associations cultuelles catholiques, la jurisprudence a transféré ce droit au ministre du culte légitime. Il faut d'ailleurs précisé que sur ce point, les juridictions administrative et judiciaire n'ont pas eu immédiatement la même appréciation. Dans un premier temps, tout en consacrant le droit à la détention des clefs au profit du ministre du culte, le juge judiciaire a déduit du droit de propriété de la commune l'existence d'un droit identique au bénéfice du maire². Mais le Conseil d'Etat n'admet pas une telle analyse et retient au profit du desservant un droit exclusif à la possession des clefs, seulement limité par les dispositions de l'article 52 du règlement d'administration publique du 16 mars 1906. De

¹ Alain Corbin, *Les cloches de la terre. Paysage sonore et culture sensible dans les campagnes au XIX^e siècle*, Champs-Flammarion, 1994.

² Tribunal civil de Moissac, 20 juin 1910, *Abbé Lacroix, D.P.*, 1911, II, p 105 ; Tribunal civil de Bastia, 17 février 1908, *D.P.*, 1908, II, p 91 ; CA Bourges, 16 juin 1909, *Abbé Bourdier, S.*, 1909, II, p 241 ; CA Pau, 15 mars 1911, *R.O.D.R.*, 1911, p 240 ; CA Bordeaux, 29 mars 1911, *Abbé Chaumette, D.P.*, 1914, II, p 33. La solution est approuvée par Albin Curet, *Les communes et les lois de séparation*, Pédone, 1910, p 134. Voir aussi Paul Bureau, *Quinze ans de séparation. Etude sociale et documentaire sur la loi du 9 décembre 1905*, Bloud et Gay, 1921.

plus, quand le maire possède une clef au titre de ces dispositions, le Conseil d'Etat précise que c'est le magistrat municipal en personne qui doit détenir la clef et non un tiers auquel il aurait confié cette charge, comme le gardien municipal par exemple¹. Pour le juge administratif, l'exclusivité de la possession des clefs de l'église est le signe de la délivrance de l'immeuble, la marque de l'exclusivité du droit d'occupation exercé par le prêtre et la conséquence nécessaire des pouvoirs de direction du culte qui lui sont reconnus². Cette exclusivité de la détention des clefs de l'église apparaît de manière particulièrement nette dans l'hypothèse, rare en pratique, où le clocher est indépendant de l'église³. Le prêtre est alors le seul à pouvoir détenir les clefs. Le maire ne peut en détenir une ni sur le fondement de l'article 52 du règlement d'administration publique du 16 mars 1906, ni sur celui de ses pouvoirs de police ou de gestion domaniale. En conséquence, commet un excès de pouvoir le maire qui exige la remise d'une clef de l'église à la mairie en dehors des cas de l'article 52, permettant ainsi l'accès à l'église à toute heure de personnes qui n'ont pas été autorisées par le ministre du culte. Pour exercer ses prérogatives de propriétaire, et notamment examiner l'état du bâtiment, le maire doit donc se faire ouvrir l'église par le desservant.

V. – Une occupation gratuite.

245. L'occupation de l'édifice par les catholiques et son affectation au culte ne peuvent faire l'objet de contreparties financières. Par exemple, le propriétaire de l'édifice ne peut demander un loyer aux occupants comme conséquence de la conclusion d'un bail⁴ ; il ne peut pas non plus imposer au ministre du culte le paiement de la moitié des réparations des cordes, cloches et clochers de l'église⁵. D'une manière générale, le curé ne peut supporter la charge de l'entretien de l'édifice⁶.

¹ CE, 3 mai 1918, *Abbé Piat, Rec.*, p 409 ; CE, 25 novembre 1925, *Abbé Le Dain, Rec.*, p 929.

² CE, 24 février 1912, *Abbé Sarralongue, Rec.*, p 8 : le ministre du culte « est chargé de régler les heures d'ouverture de l'église, en vue d'assurer aux fidèles la pratique de leur religion ; que, dès lors, il n'appartient pas au maire d'user de la clef, qu'il possédait en vue de l'exécution des sonneries civiles et de l'entretien de l'horloge publique, pour mettre, à des heures déterminées, l'édifice du culte à la disposition des fidèles, ni de se servir des pouvoirs de police qui lui ont été conférés dans l'intérêt de l'ordre et de la tranquillité publiques pour réglementer l'usage de l'édifice par lesdits fidèles » ; voir aussi CE, 11 avril 1913, *Abbé Sommé, Rec.*, p 393 ; CE, 3 mai 1918, *Abbé Piat, Rec.*, p 409.

³ CE, 20 juin 1913, *Abbé Arnaud et autres, Rec.*, p 746, concl. Corneille. Voir aussi CE, 26 décembre 1930, *Abbé Tisseire, Rec.*, p 1114.

⁴ Implicitement, CE, 1^{er} mars 1912, *Commune de Saint-Dézéry, Rec.*, p 299.

⁵ CE, 12 janvier 1912, *Abbé Hugot, Rec.*, p 33.

⁶ CE, 19 janvier 1912, *Nugues, Rec.*, p 81.

VI. – Une occupation perpétuelle.

246. Contrairement aux autorisations d'occupation du domaine public, par nature précaires et révocables *ad nutum*, le droit légal d'occupation des édifices du culte est d'essence perpétuelle¹. L'affectation ne peut cesser, aux termes de l'article 5§1 de la loi du 2 janvier 1907, qu'à la suite d'une désaffectation dans les cas énumérés par l'article 13 de la loi de 1905. La désaffectation n'est possible, par décret en Conseil d'Etat que : 1. – si l'association bénéficiaire est dissoute ; 2. – si, en dehors d'un cas de force majeure, le culte cesse d'être publiquement et légalement célébré pendant plus de six mois consécutifs ; 3. – si la conservation de l'édifice ou celle des objets mobiliers classés en vertu de la loi de 1887 et de l'article 16 de la loi de 1905 est compromise par insuffisance d'entretien, et après mise en demeure du conseil municipal, ou, à défaut, du préfet ; 4. – si l'association cesse de remplir son objet ou que les édifices sont détournés de leur destination ; 5. – si, enfin, l'association ne satisfait pas aux diverses obligations qui pèsent sur elle en vertu de la loi de séparation. Ensuite, la désaffectation est possible, par décret simple, si le culte n'a pas été célébré dans l'édifice pendant un délai d'un an à compter de la promulgation de la loi, ou si l'église n'a été réclamée par aucune association cultuelle dans un délai de deux ans, ou enfin pour les édifices dont la désaffectation a été demandée avant le 1^{er} juin 1905. En dehors de ces cas, la désaffectation ne peut être prononcée que par une loi.

Ces cas de désaffectation, dont un certain nombre n'a pas vocation à se réaliser compte tenu de l'inexistence d'associations cultuelles catholiques, sont les seules limites à l'affectation. En d'autres termes, le droit d'occupation dure tant que dure l'affectation².

En conséquence, le Conseil d'Etat sanctionne un arrêté municipal de fermeture d'une église qui n'est justifié par aucune menace à l'ordre public et qui a pour effet indirect de désaffecter l'édifice du culte³. De même, le juge vérifie la réalité de l'affectation au culte d'une cloche, avant d'annuler les mesures ayant pour effet de détourner ce bien de son affectation cultuelle en dehors des cas énumérés par l'article 13 de la loi de 1905⁴. Dans le même sens, le Conseil d'Etat juge qu'une brève mesure de fermeture d'une chapelle n'a pas eu pour effet de faire cesser son

¹ Louis Rigaud, *La théorie des droits réels administratifs*, Thèse, Sirey, 1914.

² Concl. Corneille sur CE, 19 juin 1914, *Vital Pichon, Rec.*, p 723 : « *Le principe, c'est le maintien indéfini de l'affectation. Nous ne sommes pas en face d'un démembrement de propriété temporaire, de quelque chose qui ressemble à un usufruit, d'essence temporaire, mais d'une servitude d'essence perpétuelle, et il n'y a légalement qu'un mode d'extinction, la désaffectation. Et comme ce mode d'extinction unique, qui dépend, en principe, du libre arbitre de l'administration, puisque c'est un mode d'extinction unilatéral, pouvant prêter à des abus, le législateur a voulu donner des garanties aux intéressés. Il n'a pas voulu leur retirer, par une voie détournée, ce qu'il venait de leur donner dans les conditions les plus larges. Ces garanties consistent dans la limitation stricte des cas de désaffectation* ».

³ CE, 8 février 1908, *Abbé Deliard, D.P.*, 1909, III, p 33, concl. Chardenet.

⁴ CE, 29 juillet 1925, *Abbé Aubagnac, Rec.*, p 746. Voir aussi CE, 8 février 1933, *Boumanne, D.H.*, 1933, p 288.

affectation continue au culte, puis sanctionne les mesures qui ont méconnu cette affectation¹. Ceci étant, le juge administratif admet qu'un maire puisse ordonner la fermeture d'une église menaçant ruine, alors que le danger pour la sécurité publique est imminent et ne permet pas de recourir à la procédure trop longue de la désaffectation². Il admet enfin la destruction de l'église lorsque, dans des circonstances exceptionnelles et urgentes, la mesure est absolument nécessaire pour assurer la sécurité publique³.

Enfin, à l'occasion des procédures de désaffectation par décret, le Conseil d'Etat a construit une jurisprudence consultative très protectrice des droits des occupants⁴. Dans ce cadre, il vérifie la continuité de l'affectation d'un bien⁵. Il affirme en outre que les cas énumérés par l'article 13 ouvrent, non pas une obligation, mais une simple faculté de désaffectation au gouvernement. Enfin, la Haute Assemblée veille à ce que les dispositions de l'article 13 ne soient pas détournées par des municipalités mal intentionnées. Le Conseil d'Etat donne ainsi un avis défavorable à la désaffectation d'une église dans laquelle le culte n'est plus célébré depuis plus de six mois en raison de la vétusté et de la dangerosité du bâtiment, mais pour la réparation de laquelle la commune a refusé de consacrer des ressources propres et a repoussé une offre de concours des fidèles⁶.

VII. – Les réparations et l'assurance des édifices du culte.

247. Dans le système de la loi de 1905, la charge des réparations de toute nature sur l'édifice du culte, ainsi que des frais d'assurance, pèse sur les associations bénéficiaires de la jouissance des édifices (article 13§6). Prenant acte de l'absence d'associations culturelles catholiques, l'article 5 de la loi du 13 avril 1908 modifie le droit positif en prévoyant que « *L'Etat, les départements et les communes pourront engager les dépenses nécessaires pour l'entretien et la conservation des édifices du culte dont la propriété leur est reconnue par la présente loi.* ». Pour le Conseil d'Etat, le terme « *pourront* » marque l'existence d'une simple faculté de réparation pour les personnes publiques⁷. Les catholiques ne peuvent donc contraindre les municipalités à réparer les édifices, mais peuvent pallier l'éventuelle inaction d'une commune par la pratique des offres de concours des

¹ CE, 3 avril 1914, *Abbé Péquillat, Rec.*, p 467.

² CE, 20 mai 1911, *Ferry, Rec.*, p 638 ; CE, 28 novembre 1913, *Abbé Gouhier, Rec.*, p 1159.

³ CE, 7 mars et 26 décembre 1913, *Abbé Lhuillier et autres, S.*, 1914, III, p 17, note Hauriou.

⁴ Henry Taudière, « Le Conseil d'Etat et les désaffectations d'églises », *R.I.C.*, 1912, p 85-90 ; article « Cultes », in *Répertoire pratique Dalloz*, 1912, n°176 et s ; Lucien Crouzil, *Quarante ans de Séparation (1905-1945), étude historique et juridique*, Didier, 1945, p 189 ; L. V. Méjan, *La séparation des Eglises et de l'Etat. L'œuvre de Louis Méjan*, PUF, 1959, p 478.

⁵ CE, avis, sect int, 14 mars 1911, *Commune de Saint-Martin-sur-Ouanne*.

⁶ CE, avis, sect int, 12 juillet 1910, *Commune d'Ormoy, R.O.D.R.*, 1912, p 108.

⁷ CE, 20 mai 1911, *Ferry, Rec.*, p 638.

fidèles. A cet égard, nous avons vu que la jurisprudence consultative du Conseil d'Etat prend en compte l'existence d'offres de concours dans le cadre des avis sur les décrets de désaffectation, pour éviter que des communes profitent abusivement de la formulation de l'article 5 de la loi du 13 avril 1908 pour laisser une église se détériorer puis invoquer l'article 13§2-3° de la loi de 1905 (conservation de l'édifice compromise à la suite d'une insuffisance d'entretien) à l'appui d'une demande de désaffectation.

Enfin, par une jurisprudence constructive et libérale, le Conseil d'Etat juge que l'indemnité d'une assurance souscrite par une commune et versée à la suite d'un sinistre sur une église représente la partie détruite de l'édifice. Dès lors, la commune n'a pas la libre disposition de l'indemnité et doit l'affecter à la réparation de l'église¹.

* *
*

Nous connaissons maintenant les principales caractéristiques du droit d'occupation des catholiques sur les édifices du culte. Il faut à présent s'intéresser aux explications élaborées par la doctrine et le juge pour rendre compte des fondements de ce droit.

§ 2. – L'explication du droit des catholiques sur les édifices du culte.

248. Pendant les années de construction de la jurisprudence, la doctrine s'est beaucoup interrogée sur la nature juridique du droit d'occupation des édifices qui s'affermissait au fil des arrêts. Elle a déployé des trésors d'ingéniosité pour rattacher la nouvelle situation juridique aux régimes classiques des biens relevant du droit civil ou du droit administratif. Cependant, cet intéressant travail doctrinal (A.) n'est pas parvenu à rendre fidèlement compte de l'esprit de la jurisprudence. En effet, si le juge administratif emploie des notions classiques du droit administratif, telle que l'affectation, le principe explicatif essentiel de la jurisprudence est une liberté publique dans la mesure où le juge a déduit la plupart de ses solutions les plus audacieuses des exigences de la liberté des cultes (B.).

¹ CE, 19 juin 1914, *Vital Pichon, Rec.*, p 720, concl. Corneille.

A. – *La doctrine universitaire en quête de références juridiques.*

249. Dans les années qui suivent la loi du 2 janvier 1907, la doctrine consacre une activité intense à la caractérisation de la situation des catholiques vis-à-vis des édifices du culte. L'article 5§1 mentionne seulement la mise à disposition des églises, sans faire référence à une institution juridique connue. L'indétermination et l'imprécision de l'article 5§1 stimulent l'imagination des juristes, qui recherchent à la fois un *régime juridique* composé de droits et d'obligations précis, et une *explication juridique* à la situation des occupants des édifices du culte catholique. Ces deux objectifs conduisent à des solutions variées illustrant les enjeux politiques et doctrinaux de la question. Les auteurs catholiques les plus militants tentent de ramener la situation des fidèles et des ministres du culte à des institutions juridiques connues, comme le droit d'usage. De cette manière, la situation des catholiques est précisée et trouve rapidement un régime familial et déterminé. Dans une autre perspective, Léon Duguit profite de la réflexion sur les droits des catholiques pour trouver une confirmation de son système théorique objectiviste.

Quelles que soient leurs différences, les auteurs rejettent presque unanimement la théorie gouvernementale de l'occupation de fait des édifices par les catholiques. Seul un auteur comme Henry Berthélémy continue, jusque dans les années 30, à professer que les fidèles et le prêtre n'ont sur l'église qu'une simple jouissance de fait¹. Sa position est d'ailleurs quelque peu contradictoire, car, tout en excluant l'existence d'une situation de droit, il affirme que la jouissance de fait est protégée par des actions en justice². Hormis ce cas marginal, la doctrine reconnaît que la mise à disposition de l'article 5§1 de la loi de 1907 crée une *situation juridique*. Cette reconnaissance est d'autant plus ferme que se développe la jurisprudence du juge judiciaire et du Conseil d'Etat précisant les prérogatives des fidèles et des ministres du culte. L'affirmation d'un véritable *droit subjectif* au profit des occupants n'est toutefois pas unanime. L'occupation par les catholiques est ainsi conçue tantôt comme une situation de pur droit objectif (I.), tantôt comme un authentique droit subjectif (II.).

¹ Henri Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^{ème} éd, Rousseau, 1920, p 279. Antérieurement à l'adoption de la loi de 1905, Paul Grunebaum-Ballin, raisonnant à partir du projet définitif de la Commission, explique que les communes peuvent disposer des églises, dans la mesure où ayant quittées le domaine public, elles ne sont plus inaliénables et grevées d'affectation. Voir Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905.

² Henri Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^{ème} éd, Rousseau, 1920, p 279.

I. – Les théories objectivistes.

250. On ne s'étonnera pas que Léon Duguit soit le représentant le plus éminent des théories objectivistes. Ses efforts doctrinaux tendent en effet vers la disparition des notions de puissance publique et de droit subjectif, et leur remplacement par une conception objective du droit centrée sur la solidarité sociale, elle-même produit de l'observation sociologique¹.

Dans ce cadre, la situation résultant de l'article 5§1 de la loi de 1907 a bien créé une *situation juridique* au profit des catholiques, mais n'a consacré aucun *droit subjectif*. En droit strict, les fidèles et les ministres du culte n'ont aucun droit propre et exclusif sur les églises ; ils sont dans la même situation que l'usager du domaine public routier partageant également sa faculté d'usage avec l'ensemble de la population. Cependant, si aucun droit subjectif ne résulte de la loi du 2 janvier 1907, cette dernière a consacré l'affectation de certains biens (les églises et les meubles les garnissant) à un but idéal, c'est-à-dire le libre exercice du culte. Cette affectation à une destination constitue une situation de droit objectif. Pour en assurer le respect, il existe des actions juridictionnelles, développées par les juges judiciaire et administratif, qui ne sont pas révélatrices d'un droit réel mais représentent simplement la sanction d'une situation objective. Aussi bien, en exerçant ces voies de droit, les catholiques n'agissent pas en tant que sujets de droit mais comme les auxiliaires d'une situation objective d'affectation².

251. Certains auteurs ont proposé d'autres théories objectivistes de l'occupation des édifices du culte par les catholiques³. S'inspirant de la doctrine publiciste allemande, Joseph Barthélémy, Leroy et Bach exploitent ainsi la théorie des droits réflexes, développée notamment par Gerber et Laband⁴. Selon cette conception, les prérogatives juridiques exercées par les individus ne résultent pas de droits subjectifs prenant naissance et trouvant leur légitimité dans l'individu lui-même, mais sont le réflexe des règles de droit objectif. Les droits ne sont donc pas inhérents au sujet de droit, mais sont une conséquence indirecte de l'ordre juridique ; ils ne sont reconnus que pour garantir la réalisation d'un but. S'appuyant implicitement sur ces prémisses théoriques, Barthélémy en conclut « *qu'il est bien entendu que les fidèles et les ministres ne jouissent pas d'une situation juridique subjective, ils*

¹ Voir *supra*, n°137 et s.

² Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925, p 564-565.

³ Voir Maurice Guillouet, *Du caractère juridique de l'occupation des édifices du culte depuis la loi de Séparation*, Thèse, Rennes, 1936, p 15 et s.

⁴ Olivier Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, PUF, coll. Léviathan, p 231 et s.

profitent par réflexe, d'une situation de droit objectif. »¹. De même, invoquant à tort l'œuvre de Jellinek², Leroy explique que les actions en justice accordées aux fidèles et aux prêtres sont le réflexe de la loi de 1907, permettant la réalisation du but de cette dernière, c'est-à-dire la garantie du libre exercice du culte³.

252. Terminons par Maurice Hauriou, qui défend une position objectiviste jusqu'à la fin de la Première Guerre mondiale. Son rejet d'un droit subjectif d'occupation est fondé sur une interprétation stricte de l'ensemble de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907. En effet, si les §2 et §3 ont prévu une attribution de jouissance créatrice d'un titre juridique pour une association ou un ministre du culte, alors, *a contrario*, le §1 doit être envisagé comme une affirmation générale décrivant le statut légal minimal des édifices du culte, duquel ne découle aucun titre juridique. La mise à disposition qu'il permet n'est donc qu'une simple situation juridique objective, dans laquelle il n'existe aucun sujet de droit bien déterminé, association ou prêtre.

Dès lors, l'article 5§1 régit une situation d'organisation interne de l'Etat. Dans l'édition du *Précis de droit administratif et de droit public* de 1911, Hauriou explique ainsi qu'« *il est hors de contestation que l'article 5§1 de la loi du 2 janvier 1907 n'a été qu'une mesure objective de police ; elle a laissé les églises à la disposition des fidèles parce qu'il fallait, pour la paix publique, que les églises restassent ouvertes. Cela a été fait pour l'ordre public, non pour conférer un droit aux fidèles.* »⁴.

Prenant acte des progrès de la jurisprudence qui dessine de manière de plus en plus précise les contours d'un véritable droit subjectif d'occupation au bénéfice des fidèles et des ministres du culte, Hauriou change d'interprétation à partir de 1918, pour adopter la thèse d'un véritable droit subjectif.

II. – Les théories subjectivistes.

253. Les théories objectivistes qui viennent d'être décrites restent marginales, la majorité des juristes reconnaissant l'existence d'un droit subjectif des catholiques sur les édifices du culte, malgré les

¹ Joseph Barthélémy, « Les rapports entre l'Etat français et l'Eglise catholique depuis la séparation », *Jahrbuch des Offentlichen Rechts*, Band VIII, Tubingen, 1914, p 283 et s.

² En elle-même, l'œuvre de Jellinek peut difficilement se rattacher aux conceptions objectives défendues par Leroy, car Jellinek développe une théorie des droits publics subjectifs qu'il place au cœur de sa théorie de l'Etat. Il critique du reste la théorie des droits réflexes élaborée par Gerber et Laband. Jellinek est donc une référence doctrinale ambiguë pour une théorie de l'occupation des églises se voulant purement objectiviste ; voir Olivier Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, PUF, coll. Léviathan, p 326 et s.

³ P. Leroy, *La situation juridique des églises catholiques depuis la loi de 1905*, Thèse, Paris, 1912. Voir aussi S. Bach, *De l'affectation des églises à l'exercice du culte catholique*, Thèse, Rennes, 1911.

⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 9^{ème} éd, Sirey, 1911, p 544.

déclarations du gouvernement. Les caractéristiques de l'occupation dégagées peu à peu par la jurisprudence sont trop précises et fermement affirmées pour refuser une telle qualification. A cet égard, l'existence d'actions en justice, devant les juridictions administratives et judiciaires, l'exclusivité de l'occupation, protégée contre les tiers, notamment les ministres du culte hétérodoxes et les personnes publiques, sa pérennité dans le temps (elle ne cesse qu'après désaffectation, dans les cas prévus par l'article 13 de la loi de 1905), et la reconnaissance d'un pouvoir de direction du prêtre dans l'église, sont autant d'éléments déterminants qui conduisent les auteurs à affirmer l'existence d'une forme de droit réel¹. Pourtant, si la jouissance d'un droit subjectif est admise, la nature de ce droit est discutée : s'agit-il d'un droit réel assimilable à ceux qui sont prévus par le Code civil, ou d'un droit aux contours particuliers relevant d'un régime administratif ?

254. Selon Paul Bureau, le fondement du droit subjectif résulte de la loi de 1907 elle-même et plus largement de la liberté des cultes proclamée par l'article 1^{er} de la loi de 1905². D'abord, si les occupants ne disposent d'aucun titre, au sens d'un *titre contractuel*, ils ne puisent pas moins dans l'article 5§1 un *titre légal*. Bureau étaye sa position par une interprétation des intentions du législateur. Après avoir relevé les références faites par Aristide Briand, lors des débats sur la loi du 2 janvier 1907, à la servitude d'affectation cultuelle dont sont grevées les églises, il part du principe que tout droit subjectif est susceptible d'être appréhendé sous deux angles. L'angle du *sujet actif* du droit d'une part, qui bénéficie des prérogatives et facultés portées par le droit, et l'angle du *sujet passif*, du débiteur, sur lequel pèsent les obligations qui sont l'envers du droit subjectif. Or, lors des débats sur la loi du 2 janvier 1907, Briand a fait référence à une servitude d'affectation cultuelle dont sont grevées les églises ; la commune est donc désignée comme le sujet passif d'un droit qui comporte nécessairement un sujet actif ; ce sujet actif, c'est bien sûr le ministre du culte orthodoxe, et les fidèles dans une moindre mesure.

Par ailleurs, le caractère exclusif du droit découle de l'affirmation de la liberté des cultes. Celle-ci implique que la puissance publique prenne en compte l'organisation de chaque culte comme un fait légitime. Or, remarque Bureau, l'Eglise catholique est ainsi faite qu'elle n'admet le pluralisme ni de l'organisation, ni des doctrines religieuses. Dès lors, pour une paroisse et une église donnée, il n'existe qu'une seule communauté et qu'un seul prêtre authentiquement catholiques. Si la puissance publique entend garantir la liberté des cultes, elle doit donc reconnaître l'exclusivité du droit des occupants légitimes sur les églises. La conclusion est d'autant plus ferme que le législateur

¹ L'exclusivité du droit correspond ainsi à la définition doctrinale du droit réel donnée par Planiol : « *le droit réel est un rapport établi entre une personne comme sujet actif et toutes les autres comme sujets passifs* » (Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, tome I, 11^{ème} éd, LGDJ, 1928).

² Paul Bureau, *D.P.*, 1910, II, p 25 ; et *D.P.*, 1911, II, p 105.

s'est engagé, par l'article 5§1 de la loi de 1907, à maintenir l'affectation des édifices antérieurs à la Séparation, laquelle bénéficiait au seul culte catholique.

Pour Bureau, il existe donc un droit subjectif d'occupation, mais l'auteur laisse en suspens la question de sa qualification précise ; il évoque l'idée d'un droit innomé, *sui generis*, même s'il n'exclut pas qu'il soit assimilable à un droit d'usage¹.

255. Georges Loche est l'auteur qui affirme le plus nettement l'existence d'un droit d'usage au profit des catholiques². Il est représentatif d'un courant de juristes catholiques qui entreprend, à partir des termes vagues de l'article 5§1, l'édification d'un régime juridique connu et déterminé, propre à satisfaire le besoin de repères et de certitudes des catholiques³. Pour Loche, le droit d'occupation des catholiques provient de la loi elle-même. Mais sa nature précise et son régime ne sont pas déterminés. Parmi les institutions du droit privé, ni le bail, ni l'usufruit – véritable démembrement de la propriété –, ne peuvent être invoqués pour décrire le droit d'occupation sur les édifices du culte. En revanche, le droit d'usage, droit réel régit par les articles 625 à 632 du Code civil, paraît correspondre à la situation des catholiques. Le droit d'usage, qui peut résulter de la loi (article 625), consiste en effet à user ou à jouir de la chose d'autrui, dans la limite des besoins de l'usager et de sa famille. L'usager doit jouir du bien en bon père de famille (article 627) et ne peut céder ou louer son droit (article 631).

L'analogie entre le droit réel d'usage et la situation des catholiques est cependant imparfaite. Les besoins de l'habitation ne sont pas ceux de l'exercice du culte par une communauté paroissiale dirigée par son prêtre. De plus, le Code civil prévoit certaines formalités, comme la caution, qui ne sont pas remplies par les catholiques. Si l'article 628 du Code permet d'écarter ces formalités dans le titre constitutif du droit d'usage, le seul titre dont les catholiques peuvent se prévaloir – la loi du 2 janvier 1907 – ne prévoit en rien la dispense des formalités prévues par le Code civil. Enfin, la théorie du droit d'usage fait abstraction des conditions particulières de naissance et de disparition du droit d'occupation : il résulte en effet d'une affectation à l'exercice du culte réalisée par la puissance publique, et ne peut prendre fin que par une désaffectation résultant d'un acte administratif ou de la loi.

¹ Marcel Rouquet opte aussi timidement pour la théorie du droit *sui generis*, proche du droit d'usage. Voir Marcel Rouquet, *De la situation juridique actuelle des édifices religieux des anciens cultes concordataires*, Thèse, Montpellier, 1911.

² Georges Loche, « De la situation légale du curé "simple occupant" de l'église », *R.I.C.*, 1907, p 432-440 ; p 473-477 ; *R.I.C.*, 1908, p 5-14 ; p 145-151.

³ Parmi les principaux auteurs qui défendent la théorie du droit d'usage : Tissier, *S.*, 1908, II, p 273 ; Lucien Crouzil, *Le régime légal du culte catholique*, Paris, 1911, p 100 et s ; et « Le droit d'occupant dans les églises », *Recueil de Législation de Toulouse*, 1909, p 140-184 ; J. Colin de Verdière, « Des droits du curé sur le matériel des pompes funèbres dans les églises », *R.I.C.*, 1909, p 325-333.

256. Les faiblesses de l'analogie entre le droit d'usage et la situation des catholiques vis-à-vis des édifices ont assez rapidement conduit à un déclin de la référence au Code civil, d'autant plus que l'évolution de la jurisprudence n'a pas confirmé la théorie civiliste.

L'analyse de la jurisprudence, surtout administrative, oriente bien vite nombre d'auteurs vers la notion de *droit réel administratif*. Maurice Hauriou en est l'initiateur de la notion dès 1911 dans son *Précis de droit administratif et de droit public général*. Pour le Doyen de Toulouse, l'idée de droit réel administratif n'est pas seulement liée à la situation des catholiques vis-à-vis des édifices du cultes ; plus généralement, elle vise à rendre compte de la situation de tous les occupants privatifs du domaine public. Mais, comme l'a montré Benoît Plessix¹, cette ambition explicative de la théorie d'Hauriou a échoué, car l'analogie entre le droit réel issu du droit civil et la condition des occupants privatifs n'était pas convaincante. En effet, en dépit des éléments de stabilité que la jurisprudence administrative a peu à peu consacré au début du XXe siècle au bénéfice des occupants privatifs, l'occupation privative du domaine public n'a pas acquis le niveau de cohérence et de protection juridique qui caractérise un authentique droit réel, l'administration ayant toujours de larges pouvoirs pour déterminer les conditions, la durée et les limites de l'occupation. Aussi bien, la théorie du droit réel administratif n'a connu qu'un succès modéré en doctrine et n'a jamais été reprise par la jurisprudence².

Ceci étant dit, l'échec de la théorie comme système d'explication général de la situation de tous les occupants n'a pas empêché le thème du droit réel administratif de connaître un certain succès doctrinal en matière d'édifices du culte, pour rendre compte de la jurisprudence développée par le Conseil d'Etat à partir de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907. Au début des années 20, Lucien Crouzil et Maurice Hauriou abandonnent ainsi leurs théories initiales pour défendre cette thèse³. Achille Mestre propose dès 1911 une telle qualification⁴ et, en 1914, Louis Rigaud élabore une théorie des droits réels administratifs à l'occasion de laquelle il propose la formulation la plus achevée de la situation des catholiques⁵. Il existe donc une pertinence particulière de la théorie des

¹ Benoît Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd Panthéon-Assas, 2003, p 460 et s.

² Benoît Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd Panthéon-Assas, 2003, p 468 et s.

³ En 1909, Lucien Crouzil défend encore la théorie du droit d'usage (Lucien Crouzil, « Le droit d'occupant dans les églises », *Recueil de Législation de Toulouse*, 1909, p 140-184). Après la Guerre, il se range à la doctrine du droit réel administratif (Lucien Crouzil, « Le droit d'occupant dans les églises », *R.D.P.*, 1923, p 451-469 ; Lucien Crouzil, *Quarante ans de Séparation, étude historique et juridique*, Didier, 1945) ; Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd, Sirey, 1933, rééd Dalloz, 2002.

⁴ Achille Mestre, note sous Cass civ, 5 février 1912, *Felix Colonna et abbé Forcioli c/ abbé Antoine Colonna, S.*, 1912, I, p 353.

⁵ Louis Rigaud, *La théorie des droits réels administratifs*, Sirey, 1914. Voir la même année, la même qualification retenue par P. R. du Magny, « Le droit des prêtres et des fidèles sur les édifices du culte », *R.C.I.D.*,

droits réels administratifs en matière de droit des cultes, qui s'explique en grande partie par la reconnaissance jurisprudentielle de prérogatives très vigoureuses au bénéfice des catholiques, dessinant les contours d'une véritable droit subjectif.

257. La doctrine qualifie de « réel » le droit subjectif car il a les édifices du culte pour objet. Il faut ensuite établir son régime spécial, dérogatoire par rapport au droit civil, dominé par le droit public¹. Au soutien de cette thèse, divers arguments sont invoqués. Ainsi, le commissaire du gouvernement Corneille affirme que l'occupation des édifices par les fidèles et les ministres du culte est « *un état de droit public* »² relevant du droit administratif. En effet, le droit réel trouve son origine dans un acte d'affectation réalisé par le législateur lui-même. Ensuite, le droit s'éteint lorsque la désaffectation est prononcée, soit par un décret en Conseil d'Etat, soit par un décret simple, soit par une loi (article 13 de la loi de 1905). Par ailleurs, le droit des occupants cohabite avec les pouvoirs de police administrative du maire à l'intérieur de l'église (article 25 de la loi de 1905), et le droit porte sur une propriété publique, le plus souvent communale. Enfin, sur le fondement de plusieurs éléments, certains auteurs achèvent leur argumentation en avançant que les églises font partie du domaine public des communes. D'abord, l'article 25 de la loi de 1905 qualifie les cérémonies du culte de réunions publiques et l'article 17 de la loi du 5 avril 1884 qualifie les églises de lieux publics ; dès lors, un des critères de la domanialité publique, à savoir l'affectation directe à l'usage du public, peut être considéré comme rempli. Ensuite, l'article 17 de la loi de 1905 rend inaliénables et imprescriptibles certains immeubles classés dans le cadre de la loi du 30 mars 1887³. Par ailleurs, en énonçant que les édifices du culte « *continueront [...] à être laissés à la disposition des fidèles et des ministres du culte* », la loi du 2 janvier 1907 fait référence à la période concordataire pendant laquelle les églises étaient incorporées au domaine public des communes⁴. Enfin, pour Crouzil, qui

mars 1914, p 193-213 ; voir aussi René Durnerin, *De la situation juridique des édifices domaniaux affectés au culte catholique*, Thèse, Paris, 1933.

¹ Si Rigaud reconnaît le caractère administratif de la situation des catholiques, il s'interroge sur l'existence d'un droit subjectif. L'opposition entre les §2 et 3 et le §1 de l'article 5 de la loi de 1907 semblent interdire cette qualification. De plus, l'existence de voies de droit juridictionnelles n'est pas décisive car, comme le montre l'exemple du recours pour excès de pouvoir, l'existence d'un contentieux ne révèle pas nécessairement un droit. Malgré ces objections, Rigaud reconnaît finalement que la jurisprudence a désigné un authentique sujet de droit, à savoir la réunion des fidèles d'une paroisse et du ministre du culte, qui partagent en indivision l'exercice du droit subjectif d'occupation. Voir Louis Rigaud, *La théorie des droits réels administratifs*, Sirey, 1914.

² Concl. Corneille, CE, 14 février 1913, *Abbé Guittou, D.P.*, 1914, III, p 9.

³ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd, Sirey, 1933, rééd Dalloz, 2002, p 650 ; René Durnerin, *De la situation juridique des édifices domaniaux affectés au culte catholique*, Thèse, Paris, 1933, p 134 et s ; Joseph Barthélémy, « Les rapport entre l'Etat français et l'Eglise catholique depuis la séparation », *Jahrbuch des Offentlichen Rechts*, Band VIII, Tubingen, 1914, p 283 et s ; Louis Rigaud, *La théorie des droits réels administratifs*, Sirey, 1914 ; Maurice Guillouet, *Du caractère juridique de l'occupation des édifices du culte depuis la loi de Séparation*, Thèse, Rennes, 1936.

⁴ Lucien Crouzil, « Le droit d'occupant dans les églises », *R.D.P.*, 1923, p 451-469.

cite Hauriou¹, les églises font partie du domaine public en raison de leur affectation, non pas à un service public proprement dit, mais à un *service d'intérêt général*².

258. De ce faisceau d'éléments, est déduit *un droit réel administratif sur le domaine public* constitué au profit des catholiques. Cependant, l'affirmation d'un tel droit heurte de front la règle traditionnelle de l'interdiction de constituer des droits réels sur le domaine public découlant du principe d'inaliénabilité. Peu d'auteurs affrontent la difficulté. Certains se bornent à la contourner en classant le droit des occupants des édifices du culte parmi les exceptions à l'interdiction des droits réels, venant rejoindre les droits de vue, d'accès ou d'écoulement des eaux consentis aux riverains du domaine public³.

Mais plus profondément, Louis Rigaud conteste que la règle d'inaliénabilité implique nécessairement l'interdiction de la constitution de droits réels. Selon lui, la règle d'inaliénabilité a surtout une portée négative, en ce qu'elle soustrait le domaine public au « *commerce ordinaire de la vie civile* »⁴ et fait notamment obstacle aux aliénations définitives. Mais la soustraction aux règles du droit civil ne signifie pas que le domaine est insusceptible de faire l'objet d'un quelconque commerce juridique. Au contraire, explique Rigaud, le domaine public peut être l'objet d'un commerce juridique régit pas des règles spéciales, propres au droit public. Ces règles permettent la constitution de droits réels administratifs sur le domaine public au profit des particuliers, pourvu que leur exercice soit *compatible avec l'intérêt public auquel les biens du domaine public sont affectés*⁵. Si le droit réel vient à contrecarrer cette affectation, alors l'administration peut y mettre fin, le plus souvent contre une indemnité. Fort de sa théorie, Rigaud fonde juridiquement le droit réel administratif des catholiques sur les églises et apporte une explication nouvelle à la situation des divers concessionnaires (d'emplacement funéraire, de tramway, de distribution d'eau et de gaz) qui occupent le domaine public.

259. En dépit de l'attrait de la théorie de Rigaud et des autres partisans du droit réels administratif, cette explication passe à côté de l'essentiel s'agissant des édifices du culte. Si la situation des occupants des églises est bien dominée par le droit administratif, justifiant ainsi le qualificatif « d'administratif » attaché au droit des occupants, le choix de la notion de droit réel ne fournit pas

¹ Voir *supra*, n°141.

² Lucien Cruzil, « Le droit d'occupant dans les églises », *R.D.P.*, 1923, p 451-469.

³ Article « Domaine public », in *Répertoire pratique Dalloz*, 1912.

⁴ Louis Rigaud, *La théorie des droits réels administratifs*, Sirey, 1914, p 294.

⁵ Louis Rigaud, *La théorie des droits réels administratifs*, Sirey, 1914, p 294 et 329 et s. Cette justification du droit réel administratif constitué sur le domaine public est reprise par Lucien Cruzil, « Le droit d'occupant dans les églises », *R.D.P.*, 1923, p 451-469.

une explication parfaitement adéquate de la jurisprudence du Conseil d'Etat. En effet, les prérogatives attribuées aux catholiques par le juge administratif n'ont pas pour soubassement logique l'idée de maîtrise sur une chose qui sous-tend la notion de droit réel, mais sont fondamentalement des exigences liées à la liberté des cultes. D'ailleurs, la jurisprudence administrative n'a retenue explicitement aucune des théories doctrinales sur la situation des édifices du culte, et s'est engagé dans un raisonnement dominé par la notion de liberté publique.

B. – La doctrine interne du juge administratif : un régime juridique déduit de la liberté des cultes.

260. Nous avons déjà évoqué dans l'introduction l'importance des conclusions des commissaires du gouvernement pour la compréhension du sens de la jurisprudence et comme élément de la doctrine de droit administratif¹. Le rôle doctrinal des commissaires a été particulièrement net sur la question des édifices du culte car, en la matière, leur contribution dans la construction de la théorie du droit d'occupation a été fondamentale. A l'occasion de chaque nouvelle difficulté posée par une affaire d'affectation des édifices du culte catholique, les commissaires du gouvernement ont élaboré une doctrine claire et substantielle sur le droit des occupants, qui a sans doute fortement contribué à rassurer les catholiques.

Pour construire le droit des occupants des édifices du culte, pour en déterminer le contenu et les limites, le juge administratif n'a pas cherché l'inspiration dans les notions familières du droit administratif. L'originalité de la jurisprudence administrative en la matière tient précisément à l'autonomie de la situation des catholiques par rapport aux catégories classiques du droit administratif, notamment celles de la domanialité. En fait, c'est *la liberté des cultes*, proclamée par l'article 1^{er} de la loi de 1905, qui constitue l'épine dorsale de l'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'Etat. Elle fonde quantité de règles forgées par le juge en réponse aux lacunes de l'article 5§1 de la loi de 1907 et sert de standard d'interprétation pour orienter les règles déjà existantes dans le sens d'une protection maximale du droit des occupants. *La particularité du régime des édifices du culte catholique tient donc largement au fait qu'il est déduit d'une liberté publique, qu'il en est la traduction dans le domaine des biens nécessaires au culte*². A cet égard, la politique

¹ Voir *supra*, n°11.

² Le caractère central et explicatif de la liberté des cultes est souligné par certains auteurs. Voir ainsi Lucien Crouzil, *Le droit d'occupant dans les églises*, R.D.P., 1923, p 454-469 ; Paul Bureau, *D.P.*, 1911, II, p 105 ; René Durnerin, *De la situation juridique des édifices domaniaux affectés au culte catholique*, Thèse, Paris, 1933 ; Joseph Barthélémy, « Les rapport entre l'Etat français et l'Eglise catholique depuis la séparation », *Jahrbuch des Offentlichen Rechts*, Band VIII, Tubingen, 1914, p 287. Cet aspect inspire toujours la jurisprudence de nos jours, comme l'illustre une ordonnance de 2005 : JRCE, 25 août 2005, *Commune de*

jurisprudentielle du Conseil d'Etat rejoint les théories doctrinales sur la Séparation accordant à la liberté des cultes non seulement une valeur positive, mais encore une *valeur doctrinale* pour l'interprétation de la loi tout entière¹.

261. La centralité de la liberté des cultes dans le raisonnement se manifeste de plusieurs manières, à commencer par la clarté et de la fermeté avec laquelle les commissaires du gouvernement affirment l'existence du droit des occupants sur les édifices (I.). Elle transparaît ensuite de l'interprétation finalisée de certaines notions dans le sens de l'effectivité de la liberté des cultes (II.). Par ailleurs, le souci de la liberté des cultes, et de la paix religieuse, conduit le Conseil d'Etat à préserver une certaine continuité entre le régime concordataire et la Séparation (III.). Enfin, la question de la domanialité des édifices du culte illustre de manière synthétique l'inspiration libérale de la jurisprudence sur les édifices du culte, tout en marquant nettement l'autonomie du régime dégagé par le Conseil d'Etat (IV.).

I. – L'affirmation du droit d'occupation des catholiques.

262. Garantir la liberté des cultes passe d'abord par l'affirmation sans équivoque d'un droit subjectif des catholiques sur les édifices, pour contrecarrer la stratégie du gouvernement fondée sur l'idée d'une occupation sans titre. Le terme de droit subjectif n'apparaît jamais dans les arrêts du Conseil d'Etat, ce dernier utilisant le terme de mise à disposition employé par l'article 5§1. Cependant, la lecture des conclusions des commissaires du gouvernement ne laisse place à aucun doute : c'est bien un droit qui est reconnu aux occupants des édifices du culte catholique en vertu de l'article 5§1.

Massat, Rec., p 386 ; *A.J.D.A.*, 2006, p 91, note Subra de Bieusses ; *J.C.P.*, 2006, II, 10024, note Quirigny : « Considérant que la liberté du culte a le caractère d'une liberté fondamentale ; que, telle qu'elle est régie par la loi, cette liberté ne se limite pas au droit de tout individu d'exprimer les convictions religieuses de son choix dans le respect de l'ordre public ; qu'elle a également pour composante la libre disposition des biens nécessaires à l'exercice d'un culte ; qu'à cet effet, en vertu des dispositions combinées de la loi du 9 décembre 1905 et de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907 concernant l'exercice public des cultes, en l'absence d'associations cultuelles et d'actes administratifs attribuant la jouissance des églises et des meubles les garnissant, ces biens sont laissés à la disposition des fidèles et des desservants ; que leur occupation doit avoir lieu conformément aux règles générales d'organisation du culte ; que les ministres du culte sont chargés d'en régler ». Voir aussi Christian Lavalie, « Les édifices affectés aux cultes », *R.F.D.A.*, 2006, p 949 et s.

¹ Voir *supra*, n°131. Le droit positif issu de la jurisprudence peut être présenté sous l'angle de la distinction opérée par Philippe Braud entre les *obligations principales* qui découlent d'une liberté publique et les *obligations secondes*, qui permettent à l'ordre juridique d'en assurer l'effectivité. Dans le cas de la liberté des cultes, l'obligation principale exige principalement que l'Etat s'abstienne d'entraver l'exercice du culte. Elle est en outre complétée par des obligations secondes, comme l'affectation au culte des édifices. Voir Philippe Braud, *La notion de liberté publique en droit français*, BDP, n°76, LGDJ, 1968, p 113 et s.

263. C'est le commissaire du gouvernement Corneille qui a formulé avec le plus de force l'existence d'un droit subjectif, à l'occasion notamment des affaires *Abbé Guitton* et *Abbé Arnaud* de 1913.

Dans l'arrêt *Abbé Guitton*, Corneille aborde la question de l'existence et de la nature du droit des occupants pour justifier la compétence de la juridiction administrative à l'égard des litiges relatifs à l'occupation. L'existence du droit résulte des positions convergentes du juge administratif, du juge judiciaire et de la doctrine ; comme le relève Corneille, le Conseil d'Etat¹, la Cour de cassation² et la plupart des auteurs ont reconnu au prêtre une faculté d'administration et de direction sur les édifices qui n'est pas conciliable avec l'idée d'une simple occupation de fait. Les catholiques jouissent donc d'un authentique droit subjectif sur les édifices du culte.

Par ailleurs, la consistance et l'efficacité du droit subjectif tiré de l'article 5§1 sont renforcées par l'interprétation constructive et libérale de l'article 8 de la loi de 1905 développée par Corneille et retenue par le Conseil d'Etat. Cette disposition attribue au Conseil d'Etat la compétence pour trancher les litiges opposant plusieurs associations cultuelles se disputant l'attribution des édifices et autres biens ecclésiastiques. Malgré l'absence d'associations cultuelles, Corneille considère, au nom de l'effectivité du recours, que les fidèles et le ministre du culte ont, en leurs noms propres, qualité pour exercer le recours de plein contentieux prévu par cet article. Les catholiques peuvent donc obtenir la résolution de l'attribution des biens en raison de l'inaptitude à remplir son objet d'une association se présentant comme catholique, du fait de la perte de l'investiture épiscopale par le prêtre (article 8§5 de la loi de 1905). Les fidèles et les ministres du culte orthodoxes sont ensuite libres d'exercer leur droit d'occupation³.

Après avoir constaté l'existence du droit subjectif, il faut le qualifier. Sur ce point, Corneille opte pour le terme de *droit d'affectation*. L'expression semble indiquer que le droit des occupants représente l'envers de la servitude d'affectation dont sont grevés les édifices du culte, faisant écho aux analyses de Paul Bureau justifiant le droit des occupants⁴. L'affectation à laquelle il est fait référence est celle qui avait cours pendant la période concordataire et qui a été perpétuée par l'article

¹ Corneille cite CE, 24 février 1912, *Abbé Sarralongue, Rec.*, p 250.

² Notamment : Cass. crim., 1^{er} décembre 1910, *Ministère public c/ Abbé Galin et demoiselle Etcheçaharreta, S.*, 1911, I, p 345, rapport Mercier, note Bureau ; et Cass. civ., 5 février 1912, *Abbé Colonna, S.*, 1913, I, p 351.

³ Concl. Corneille, CE, 14 février 1913, *Abbé Guitton et autres, Rec.*, p 205 : « *l'obstacle subsidiaire qui pourrait s'opposer à la recevabilité de l'action et qu'on pourrait tirer de la simple qualité de fidèle et de catholique dont excipent les requérants, qui ne font partie d'aucune association cultuelle et ne sauraient en faire partie, sans cesser d'être des fidèles, cet obstacle forcément disparaît ; car autrement, depuis qu'il est constant qu'il n'y a pas d'association cultuelle catholique et qu'en l'état des choses il ne peut y en avoir, si l'on s'en tenait au texte de la loi qui parle d'un débat entre deux associations cultuelles, qui en parle d'ailleurs non pas dans le paragraphe en cause mais dans le paragraphe précédent, l'action en résolution ne pourrait plus s'exercer, l'une des deux actions expressément prévues par la loi, par un texte qui n'est pas abrogé, n'existerait plus en droit ; et, contrairement au vœu du législateur, l'association qui ne remplit plus son objet resterait perpétuellement nantie. Ce sont là des conséquences que heurteraient, non pas seulement le bon sens, mais le texte même d'une loi en vigueur et l'esprit du législateur.* ».

⁴ Voir *supra*, n°254.

5§1¹. Cette affectation étant un « *état de droit public* », Corneille conclut à la compétence de principe de la juridiction administrative.

264. Dans l'affaire *Abbé Arnaud*, Corneille reprend la structure de son argumentation tout en l'approfondissant. Le litige porte notamment sur le problème de la possession des clés de l'église et du clocher. L'argumentation du commissaire du gouvernement consiste à fonder le droit exclusif du prêtre à la possession des clés directement sur le principe même de la liberté des cultes plutôt que sur des dispositions ponctuelles.

Corneille explique ainsi que l'exclusivité de la possession des clés par le prêtre pourrait trouver une base légale suffisante dans les dispositions de l'article 52 du règlement d'administration publique du 16 mars 1906. Si ce texte prévoit que le maire peut détenir une clé de l'église pour entrer dans le clocher lorsque celui-ci n'est pas indépendant de l'église, et procéder aux sonneries civiles autorisées par le règlement d'administration publique, ce « droit aux clés » reconnu au maire est strictement subordonné aux nécessités du « droit aux sonneries civiles ». Il s'agit donc d'une exception au champ d'application limité, qui préserve la possession exclusive des clés par le prêtre dans tous les autres cas.

Corneille aurait pu se contenter de cette argumentation, qui permettait de fonder d'une manière suffisante les droits du ministre du culte. Mais il va plus loin, et fonde la possession exclusive des clés par le prêtre sur le droit subjectif des occupants des églises, lui-même conséquence de la liberté des cultes². Ce droit subjectif dont le ministre du culte est titulaire est un « *droit personnel de jouissance* », la face positive de la « *servitude d'affectation cultuelle* » grevant le droit de propriété des communes sur les églises. Or, ce droit, cette servitude, font de la propriété communale sur l'église un titre nu ; en conséquence, la commune ne peut invoquer ses prérogatives de propriétaire ou ses pouvoirs de gestion domaniale pour revendiquer la possession des clés en dehors du cas prévu par le règlement d'administration publique du 16 mars 1906. Corneille explique ainsi : « *quand une propriété est grevée d'un démembrement quelconque, d'un droit réel (servitude ou usage), d'un droit personnel (louage ou prêt), est-ce que ce démembrement ne fait point que la possession, que la détention n'est plus réunie à la propriété et que, dès lors, le signe matériel de la possession, les clés, ne sont plus conservées par le propriétaire.* »³. Le ministre du culte jouit donc d'un droit exclusif sur les clés de l'édifice, fondé sur le droit général de jouissance que les catholiques tirent de la liberté des cultes et simplement tempéré par les dispositions de l'article 52 du

¹ Concl. Corneille, CE, 14 février 1913, *Abbé Guitton et autres*, Rec., p 205.

² Concl. Corneille, CE, 20 juin 1913, *Abbé Arnaud*, Rec., p 717.

³ Concl. Corneille, CE, 20 juin 1913, *Abbé Arnaud*, Rec., p 717.

règlement d'administration publique du 16 mars 1906. L'affirmation d'un droit subjectif d'occupation neutralise les prérogatives que les communes pourraient tirer de leur qualité de propriétaire ; c'est pourquoi le maire ne jouit d'aucun droit aux clés lorsque le clocher est indépendant de l'église.

II. – La liberté des cultes comme standard d'interprétation.

265. La liberté des cultes est directement à l'origine de la reconnaissance du droit d'occupation sur les édifices du culte catholique par les commissaires du gouvernement et le Conseil d'Etat. Elle joue aussi un rôle comme standard d'interprétation pour donner à certaines notions existantes un sens systématiquement favorable à la protection maximale de la liberté du culte.

C'est le cas dans l'affaire *Vital Pichon* de 1914, où se pose la question du sort des indemnités versées par une compagnie d'assurance à la suite d'un sinistre survenu dans une église. Faut-il, conformément au droit commun de l'assurance, considérer que l'indemnité n'est que la compensation des primes versées ? Dans ce cas, le bénéficiaire, en l'occurrence la commune, peut l'employer selon son bon vouloir. Doit-on au contraire estimer que l'indemnité est la représentation de la partie endommagée de l'église, qu'il y a, selon les termes du commissaire du gouvernement Corneille, une « *subrogation réelle de l'indemnité d'assurance à l'objet assuré.* »¹ ? L'enjeu est clair : opter pour le premier système, c'est permettre aux communes de délaissier l'église en consacrant les sommes reçues de l'assurance à autre chose que la réparation de l'édifice ; en revanche, le second système crée une véritable obligation contraignant juridiquement la commune à consacrer l'indemnité aux réparations.

En avocat de la liberté des cultes, Corneille propose au Conseil d'Etat d'opter pour la seconde solution. Pourtant, celle-ci ne va pas de soi car l'idée d'une subrogation réelle de l'indemnité à la chose assurée ne correspond pas aux règles traditionnelles du droit des assurances. Pour surmonter l'obstacle, Corneille relativise dans un premier temps la portée et l'importance des règles classiques consacrant d'absence de subrogation réelle. Depuis la fin du XIXe siècle, en effet, la législation a consacré plusieurs mécanismes de subrogation réelle de l'indemnité d'assurance dans le cadre des rapports entre les parties et les tiers. Par ailleurs, et c'est le point décisif, les règles de l'assurance doivent être, en matière de culte, conciliées avec le droit d'occupation des catholiques sur les églises. Cette conciliation implique nécessairement que l'indemnité d'assurance soit considérée comme la représentation de la partie sinistrée de l'édifice. Seule cette solution permet d'éviter qu'un

¹ Concl. Corneille sur CE, 19 juin 1914, *Vital Pichon, Rec.*, p 721.

sinistre ne rende possible, par défaut de réparation, une désaffectation de fait de l'édifice en dehors des hypothèses de l'article 13 de la loi de 1905. Elle est enfin le seul moyen, par l'obligation qu'elle fait peser sur la commune, de garantir le libre exercice du culte¹. Le Conseil d'Etat adopte cette solution en jugeant : « *que l'indemnité représentant la partie consumée de l'église, la commune n'en avait pas la libre disposition ; qu'en effet, aux termes de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907 : à défaut d'association cultuelle, les édifices affectés à l'exercice du culte, ainsi que les meubles les garnissant, continueront, sauf désaffectation dans les cas prévus par la loi du 9 décembre 1905, à être laissés à la dispositions des fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion ; qu'en conséquence, le conseil municipal de la commune de Morée devait affecter l'indemnité qui lui était versée à la reconstruction de l'église* »².

266. L'arrêt *Laplanche-Coudert* du 1^{er} avril 1938, précédé des conclusions de Latournerie, apporte une autre illustration particulièrement nette du caractère fondateur de la liberté des cultes dans le régime des édifices. Cette décision juge qu'une simple croix, située à une centaine de mètres de l'église, bénéficie de la protection de l'article 5§1 de la loi de 1907 en tant que dépendance de l'édifice dans la mesure où le monument est associé à l'exercice public du culte.

Pour justifier cette solution, le commissaire du gouvernement Latournerie axe son raisonnement sur l'exigence de protection de la liberté des cultes. Plusieurs difficultés devaient être résolues. En effet, l'article 5§1 ne vise que les édifices et les meubles les garnissant. Or, à l'évidence, une croix n'est ni un meuble, ni un édifice. D'ailleurs, l'article 28 de la loi de 1905 réserve un sort particulier aux emblèmes et signes religieux, en interdisant d'en édifier sur le domaine public à l'avenir. La servitude d'affectation cultuelle ne semble donc pas concerner les croix. De plus, il est difficile, compte tenu de l'éloignement de la croix par rapport à l'église, de faire bénéficier le monument de la jurisprudence accordant la protection de l'affectation aux bâtiments contigus de l'église considérés comme des dépendances de l'édifice du culte.

Mais Latournerie contourne ces difficultés. Il développe d'abord un éloge appuyé de la jurisprudence cultuelle du juge administratif : en la matière, le Conseil d'Etat a consacré des progrès constants en faveur de la liberté des cultes, par des méthodes empiriques et déliées de considérations trop abstraites ou doctrinales ; il se doit de poursuivre cette politique jurisprudentielle de perfectionnement³. Ensuite, il montre que le critère décisif permettant de décider si une dépendance

¹ Concl. Corneille, CE, 19 juin 1914, *Vital Pichon, Rec.*, p 721.

² CE, 19 juin 1914, *Vital Pichon, Rec.*, p 721.

³ Concl. Latournerie, CE, 1^{er} avril 1938, *Abbé Laplanche-Coudert et autres, D.P.*, 1939, III, p 4. Parlant des libertés publiques, Latournerie écrit ainsi que « *la seule base qu'il[le juge administratif] entend lui donner,*

de l'église doit entrer dans le champ du droit d'occupation n'est ni le fait qu'il s'agit d'un bâtiment, ni sa proximité physique avec l'église, mais son association à l'exercice du culte ou, autrement dit, *son affectation de fait à l'exercice du culte*.

Dans le cas d'espèce, Latournerie relève qu'à l'occasion de la Fête-Dieu, des processions partent traditionnellement de l'église pour se rendre jusqu'à la croix, au pied de laquelle des cérémonies sont exécutées. Pour ce motif, et même s'il ne s'agit pas d'un édifice, la croix doit bénéficier de la protection de la servitude d'affectation culturelle. La logique de l'argumentation est significative car le commissaire du gouvernement relègue au second plan les dispositions formelles (article 5§1 de la loi de 1907, article 28 de la loi de 1905) et la jurisprudence qui compliquent la protection de la croix, pour mettre au premier plan les seules notions qui permettent de garantir cette protection, c'est-à-dire l'affectation et la liberté des cultes. Clairement, la dynamique de la jurisprudence du Conseil d'Etat consiste à tirer des textes toutes les conséquences exigées par la garantie effective de la liberté des cultes. Latournerie, comme Marcel Waline dans son commentaire, notent d'ailleurs que s'agissant des croix et autres monuments religieux, le droit positif laïque assure une protection bien plus ferme que le droit concordataire¹.

267. Une fois n'est pas coutume, c'est un arrêt de la Cour de cassation qui fournit le dernier exemple de l'esprit libéral de la jurisprudence administrative, à propos de la question des pouvoirs de police intérieure du prêtre. Le Conseil d'Etat ne reconnaît pas au prêtre un pouvoir de police au sens strict, tel qu'entendu par le droit administratif, mais uniquement un pouvoir de direction du culte dans l'église. Ce pouvoir résulte implicitement des arrêts *Abbé Sarralongue*², *Abbé Prudhommeaux*³ et plus clairement de l'arrêt *Abbé Piat*⁴ qui mentionne l'existence d'un pouvoir de « *garde et de police* » du prêtre ; dans ses conclusions sur l'arrêt *Abbé Arnaud*⁵, Corneille évoque enfin le « *droit de réglementation intérieure* » de l'église. Cependant, ni la motivation des arrêts, ni les conclusions des commissaires du gouvernement ne permettent d'éclairer le raisonnement précis fondant la reconnaissance de ce pouvoir de direction.

Il existe des éléments de réponse dans les conclusions de Corneille sur l'arrêt *Abbé Arnaud*, car le commissaire du gouvernement s'approprie la solution d'un arrêt du 1^{er} décembre 1910 par lequel la chambre criminelle de la Cour de cassation reconnaît un pouvoir de direction dans l'église,

c'est au contraire l'extension croissante de ces garanties, par une progressive adaptation des anciennes formes de la justice et par la création de formes nouvelles. ».

¹ Concl. Latournerie sur CE, 1^{er} avril 1938, *Abbé Laplanche-Coudert et autres*, D.P., 1939, III, p 4, et Marcel Waline, note, D.P., 1939, III, p 1.

² CE, 24 février 1912, *Abbé Sarralongue*, Rec., p 250.

³ CE, 4 août 1916, *Abbé Prudhommeaux*, Rec., p 39.

⁴ CE, 3 mai 1918, *Abbé Piat*, Rec., p 409.

⁵ Concl. Corneille sur CE, 20 juin 1913, *Abbé Arnaud*, Rec., p 717.

en des termes précis et éclairés par le rapport très complet du conseiller Mercier¹. L'étude de cette décision est donc susceptible d'éclairer indirectement la philosophie qui sous-tend la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Les faits à l'origine de l'arrêt sont simples. La directrice d'une chorale paroissiale avait exclu une jeune fille en raison d'un absentéisme chronique. La jeune fille persistant à venir s'asseoir sur le banc des choristes le jour de la messe, le curé, prévenu par la directrice de la chorale, interrompt son office et enjoint à l'enfant de quitter l'église. La récalcitrante s'entêtant dans son refus, le curé fait appel au maire, lequel prévient le ministère public de l'incident qui se termine sans que la messe ait pu se poursuivre. Peu après, le père de la jeune choriste dépose une plainte sur le fondement de l'article 31 de la loi de 1905, estimant que le curé a, par des menaces, déterminé sa fille à s'abstenir d'exercer un culte. Après une ordonnance de non-lieu prononcée par le juge d'instruction, la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel confirme l'ordonnance en se fondant sur l'existence, au profit du curé, d'un pouvoir de police et de réglementation intérieure de l'église. Confronté à ce motif, le ministre des cultes demande au procureur général près la Cour de cassation d'introduire un pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi.

L'usage d'une telle procédure est en lui-même significatif de l'enjeu symbolique de la question du pouvoir de police intérieure. En effet, dans la lettre par laquelle il demande au procureur général de se pourvoir contre l'ordonnance de la chambre des mises en accusation, Aristide Briand critique deux éléments de la motivation de la décision d'appel : d'une part, la mention d'un pouvoir de « *police intérieure des temples* » au profit du prêtre, et d'autre part, l'utilisation du terme de *desservant de la commune* pour désigner le curé prévenu². Ces deux griefs révèlent le besoin de clarification des rapports entre l'Etat et les cultes qui résulte de la Séparation. Le culte était jadis imbriqué dans l'administration, et le ministre du culte – sorte de quasi-fonctionnaire – était associé à l'exercice de la puissance publique. En rompant avec le système des cultes reconnus, la Séparation a cantonné la religion dans la sphère de la société civile. Toutes les manifestations de l'association de l'Etat et de l'Eglise doivent donc disparaître sous l'empire du droit laïque. A cet égard, l'emploi du terme de *desservant* par la Cour d'appel laisse penser qu'un juge laïque tire des conséquences juridiques de titres ecclésiastiques n'ayant plus aucune valeur officielle. De même, l'évocation d'un pouvoir de police intérieure des temples est à proscrire pour le gouvernement car elle suggère que les ministres du culte jouissent, sous le régime de Séparation, d'une forme de pouvoir de police

¹ Cass. crim., 1^{er} décembre 1910, *Ministère public c/ Abbé Galin et demoiselle Etcheçaharreta*, S., 1911, I, p 345, rapport Mercier, note Bureau.

² Voir lettre d'Aristide Briand, S., 1911, I, p 345.

administrative qui ne relève que du pouvoir civil¹. Derrière le débat sur l'existence d'un pouvoir de police intérieure du prêtre, se cache donc l'enjeu de la redéfinition de la coexistence entre l'Etat et les religions.

Dans son rapport, le conseiller Mercier s'attache à montrer que la Séparation n'a pas fait disparaître le droit de police intérieure qui était traditionnellement reconnu par la doctrine et par la jurisprudence aux ministres du culte, mais en a simplement modifié le *fondement*. Sous le régime des cultes reconnus, le droit de police intérieure résultait de dispositions spéciales du droit concordataire, principalement le Concordat lui-même, la loi du 18 germinal an X et le décret du 30 décembre 1809², puis de la jurisprudence³. L'article 44 de la loi de 1905 a abrogé cet état du droit positif, mais le pouvoir de direction du prêtre n'en a pas moins subsisté. Non pas, précise Mercier, qu'il tire sa justification d'une participation du ministre du culte à la puissance publique, qui n'a plus lieu d'être dans un régime de Séparation ; en effet, le prêtre ne dispose d'aucune autorité légale, n'est plus un fonctionnaire et il n'a aucun pouvoir de police au sens strict. Mais pour l'exercice du culte, le prêtre a nécessairement besoin d'un pouvoir de direction, de réglementation des cérémonies et de l'ordonnancement intérieur de l'église. En effet, le culte catholique est organisé d'une manière hiérarchique et ses cérémonies sont conduites sous l'autorité d'un seul homme. Le prêtre doit donc disposer dans l'édifice du culte des prérogatives nécessaires à l'exercice de cette autorité. Dès lors, la reconnaissance du pouvoir de police intérieure est, en régime de Séparation, la conséquence de l'affirmation de la liberté des cultes. Si ce pouvoir n'est pas admis, explique Mercier, le culte sera désorganisé et son libre exercice entravé⁴.

Suivant son rapporteur, la Cour de cassation confirme l'ordonnance sur la question du pouvoir de police sans reprendre explicitement le terme, en jugeant, au visa de l'article 1^{er} de la loi de 1905 et de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907, que « *les ministres du culte catholique possèdent*

¹ Lettre d'Aristide Briand, S., 1911, I, p 345: « *Les attributions des ministres du culte sont d'ordre exclusivement spirituel et si, à cet égard, elles peuvent comporter la détermination des heures des offices et cérémonies et l'organisation des services religieux, elles ne sauraient s'étendre à l'exercice de la police qui ne relève, en l'état actuel des choses, que de l'autorité civile.* ».

² Georges Loche, « Du droit de surveillance et de réglementation du curé à l'intérieur de l'église », *R.I.C.*, 1911, p 133-138.

³ Cass. crim., 5 décembre 1878, *Bull. crim.*, n°234 ; Cass. crim., 16 avril 1880, *Bull. crim.*, n°77 ; TC, 2 avril 1881, *Beaupertuis c/ Carmes, D.P.*, 1882, III, p 74.

⁴ Rapport Mercier sur Cass. crim., 1^{er} décembre 1910, *Ministère public c/ Abbé Galin et demoiselle Etcheçaharreta, S.*, 1911, I, p 345, note Bureau : « *C'est, suivant nous, dans ce principe supérieur que l'Etat garantit le libre exercice des cultes, principe affirmé et expliqué avec une si grande netteté par les auteurs de la loi de séparation, que les ministres du culte catholique puisent leurs pouvoirs de police intérieure dans les églises. Ces pouvoirs de police, dans notre opinion, en découlent nécessairement, car il n'est pas possible de concevoir le culte catholique s'exerçant librement dans ses manifestations à l'intérieur des temples, si l'on dépouille le prêtre de l'autorité et des attributions indispensables pour cet exercice.* ».

tous les droits qui leur sont nécessaires pour assurer le libre exercice de ce culte dans les lieux où il est pratiqué. »¹.

268. Ainsi, s'il y a une continuité entre le système concordataire et la Séparation s'agissant de l'existence des prérogatives du ministre du culte à l'intérieur de l'église², il y a une nette rupture pour ce qui concerne les *fondements* de ces prérogatives. Encore une fois, c'est la liberté des cultes qui est désormais au premier plan comme principe explicatif. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence relative à la police intérieure des églises illustre un autre aspect de l'esprit de la jurisprudence administrative sur le droit des occupants, à savoir le souci d'une certaine continuité entre la Séparation et le passé concordataire.

III. – Une certaine continuité de fait entre le régime concordataire et la Séparation.

269. Pour le juge administratif, la recherche de continuité entre la Séparation et le régime concordataire est une constante de sa jurisprudence³. Elle est motivée par au moins trois considérations. Il s'agit d'abord du souci de paix religieuse, car il faut éviter d'attiser le mécontentement catholique en bouleversant les conditions de l'exercice du culte. La continuité est ensuite favorisée par les termes mêmes de l'article 5§1 de la loi de 1907 qui consacrent la poursuite de l'affectation traditionnelle des édifices du culte laissés à la disposition des catholiques. Enfin, d'une manière générale, les exigences de la liberté des cultes impliquent le respect de pratiques religieuses ancestrales qui n'ont pas changées depuis la Séparation.

270. Ainsi, dans le cadre de sa jurisprudence relative aux dépendances des églises, le Conseil d'Etat vérifie l'ancienneté et la continuité de l'affectation d'un bâtiment au culte avant de lui faire bénéficier de la protection de l'article 5§1 de la loi de 1907⁴. La dépendance doit être consacrée au culte depuis une date antérieure à la Séparation. Par exemple, dans un arrêt, le juge relève que

¹ En revanche, la chambre criminelle censure l'utilisation du terme de *desservant* par la Cour d'appel. Sur ce point, la Cour de cassation adopte une position différente de celle du Conseil d'Etat.

² La continuité n'est toutefois pas complète. Ainsi, contrairement au droit concordataire, qui sanctionnait les refus de sacrements ou de sépulture religieuse par le prêtre par le biais du recours pour abus, le droit laïque ne sanctionne plus ces pratiques en raison du principe de neutralité de l'Etat. A ce propos, voir Lucien Cruzil, *Quarante ans de Séparation, étude historique et juridique*, Didier, 1945, p 175 ; et Albin Curet, *Les communes et les lois de Séparation*, Pédone, 1910, p 141 et s.

³ CE, 23 janvier 1920, *Abbé Barraud et autres c/ Abbé Bousquet*, D.P., 1921, III, p 23 : le Conseil d'Etat juge qu'en vertu de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907, « *les édifices religieux doivent rester affectés au culte qui y était célébré sous le régime concordataire* ».

⁴ CE, 30 janvier 1914, *Abbé Marmont*, Rec., p 118, concl. Helbronner ; CE, 1^{er} août 1919, *Abbé Lachaud*, Rec., p 698.

suivant une « *tradition immémoriale* », la chapelle d'un cimetière est le théâtre de cérémonies religieuses¹.

271. Par ailleurs, lorsqu'il définit la nature du droit des occupants sur les édifices du culte, Corneille marque la continuité, du point de vue du contenu du droit d'affectation, entre la situation concordataire et la Séparation. A l'occasion de l'affaire *Abbé Guitton*, il s'appuie sur la rédaction de l'article 5§1 de la loi de 1907 pour affirmer l'identité entre l'affectation qui prévalait sous le régime concordataire et celle qui est protégée par la loi de 1907². Dans ses conclusions sur l'arrêt *Abbé Arnaud*, il explique, après avoir rappelé le régime des édifices dans le système des cultes reconnus, que « *de tout cet exposé il n'y a vraiment, à l'heure actuelle, qu'un mot à changer : les communes sont tenues de respecter l'affectation des églises au culte catholique non plus à cause des articles du Concordat, mais à cause de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907, qui déclare que la situation antérieure continue purement et simplement au point de vue de l'affectation des églises à la pratique de la religion.* »³.

Et de fait, les idées de *servitude d'affectation culturelle*, de *droit d'affectation*, ou de *droit personnel de jouissance* proposées par Corneille pour qualifier le droit des occupants se rapprochent fortement des raisonnements juridiques développés au sein du Conseil d'Etat à la fin de la période concordataire. Déjà, dans un article de 1878, Léon Aucoc note, après avoir démontré que les églises paroissiales sont des propriétés communales⁴, que le droit de propriété ainsi reconnu aux communes est « *d'une nature spéciale* » car il est limité par les droits des fabriques qui administrent les églises pour la pratique du culte⁵. Concluant devant le Tribunal des conflits en 1881, Gomel propose à son tour une définition des droits des occupants de l'église. Si les églises sont des propriétés communales et font partie du domaine public, cette propriété est grevée d'une *affectation* au culte catholique, résultant des articles 75 et 77 des Articles Organiques. Cette affectation limite les pouvoirs des communes sur les édifices et crée des droits au profit du desservant, parmi lesquels on

¹ CE, 18 juin 1937, *Abbé Bernard*, D.P., 1939, III, p 3.

² Concl. Corneille sur CE, 14 février 1913, *Abbé Guitton et autres*, Rec., p 205.

³ Concl. Corneille sur CE, 20 juin 1913, *Abbé Arnaud*, Rec., p 717.

⁴ Voir aussi Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome II, 6^{ème} éd, Ernest Thorin, 1881, p 545 et s.

⁵ Léon Aucoc, « De la propriété des églises paroissiales et des presbytères rendus au service du culte en l'an X », R.C.L.J., 1878, p 170-180. Antérieurement, en 1843, Foucart note que « *quant au raisonnement tiré du droit de la commune sur l'église, il suffit pour le repousser de faire observer qu'en admettant comme constant ce droit de propriété qui est au moins douteux, on est obligé de reconnaître qu'il n'est point complet, puisque l'église a reçu du concordat et de toutes les lois sur la matière une destination spéciale. La commune se trouve donc à son égard dans la situation d'un nu-propriétaire qui n'a point la disposition de sa chose, et qui ne peut troubler la jouissance de l'usufruitier* », E. V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, tome I, 3^{ème} éd, Paris, 1843, p 481.

compte le pouvoir de police intérieure et le droit exclusif à la détention des clés¹. On remarquera au passage que dans le raisonnement de Gomel, ces droits sont implicitement déduits de *l'affectation au service public du culte* et non de la *liberté des cultes*, comme dans le cadre de la Séparation ; la substitution des fondements est nette entre la période concordataire et la Séparation. Enfin, deux ans avant la Séparation, Romieu réaffirme la doctrine développée par Gomel à l'occasion d'une question préjudicielle posée par un tribunal judiciaire à propos de la propriété des églises et des presbytères². Romieu rappelle les fondements juridiques du droit de propriété des communes sur les églises, c'est-à-dire la loi du 18 germinal an X, confirmée par les avis du Conseil d'Etat des 3 nivôse an XIII et 2-6 pluviôse an XIII, et par plusieurs arrêts au contentieux³. Mais le commissaire du gouvernement relativise aussitôt l'importance de la question de la propriété. Si les communes sont biens propriétaires des édifices, la propriété est dominée par *l'affectation au culte* des églises, de laquelle découle des droits au profit des fabriques et des ministres du culte, que ces derniers peuvent opposer aux communes.

Ces constructions sont très proches de celles élaborées par le Conseil d'Etat pour formuler le droit subjectif des occupants des édifices du culte catholique. Hormis la question capitale du fondement qui, sous l'empire du droit laïque, est puisé dans la liberté des cultes, l'idée d'affectation limitant la propriété communale et créant des droits au profit des catholiques est présente avant comme après la Séparation.

Il y a donc une subtile combinaison de continuité et de rupture dans la jurisprudence relative aux droits des occupants des églises, fleuron de l'œuvre prétorienne du Conseil d'Etat dans le contentieux de la Séparation. La problématique de la domanialité des édifices du culte va achever d'illustrer cette dialectique.

IV. – La question de la domanialité des édifices du culte selon le juge administratif.

272. Après 1905, l'appartenance au domaine public ou au domaine privé des édifices du culte qui demeurent la propriété d'une personne publique est une question débattue. La discussion s'inscrit dans le cadre des conceptions de la domanialité du début du XXe siècle. Or, à cette époque, les critères de la domanialité publique sont incertains.

¹ Concl. Gomel sur TC, 2 avril 1881, *Beaupertuis c/ Carmes*, D.P., 1882, III, p 74.

² CE, 31 juillet 1903, *Commune de Wavrin*, Rec., p 593, concl. Romieu.

³ Voir implicitement, CE, 21 novembre 1884, *Conseil de fabrique de l'église Saint-Nicolas-des-Champs*, Rec., p 803, concl. Marguerie, et les décisions citées par Romieu dans ses conclusions précitées.

Au sein de la doctrine, deux courants coexistent. Le premier perpétue la tradition du XIX^e siècle en mettant au premier plan l'idée selon laquelle le domaine public est constitué des biens insusceptibles de propriété privée. Ce courant, dont Ducrocq est le représentant le plus important du XIX^e siècle, dégage trois critères pour identifier un bien du domaine public, à savoir l'impossibilité par nature d'être l'objet de propriété privée, l'affectation à l'usage du public (et non à un service public), et le fait d'être une portion du territoire français¹. Mais au XX^e siècle, cette conception est sérieusement concurrencée par une autre définition qui tend à devenir dominante. Aux termes de cette définition, les dépendances du domaine public ne sont pas exclusives de l'exercice d'un droit de propriété par les personnes publiques ; de plus, l'incorporation d'un bien dans le domaine peut résulter non seulement de l'affectation directe au public, mais aussi de l'affectation à un service public².

Quant à la jurisprudence administrative, elle s'écarte sensiblement des conceptions du XIX^e siècle en admettant, dans certaines décisions, le droit de propriété des personnes publiques sur les dépendances du domaine public. En revanche, elle n'adopte pas toutes les nouveautés proposées par la doctrine dans la mesure où le critère d'identification tiré de l'affectation directe à l'usage du public est privilégié ; le critère de l'affectation à un service public, parfois évoqué par les commissaires du gouvernement ou implicitement présent dans les arrêts, n'est pas encore clairement dégagé et ne sera systématisé par le juge administratif que dans les années 1950³.

273. Dans ce contexte, la situation des édifices du culte donne lieu à des appréciations diverses. Certains, tel Gaston Jèze, tirent argument de la suppression du service public des cultes pour conclure que la Séparation a mis fin à la domanialité publique des édifices du culte⁴.

D'autres font valoir que le droit positif n'apporte aucune réponse claire à la question, et doutent de l'intérêt de la controverse compte tenu des règles spéciales d'affectation prévues par la loi de 1905, et, pour ce qui concerne les édifices catholiques, du droit d'affectation construit par le juge administratif à partir de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907⁵.

¹ Voir Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome II, 6^{ème} éd, Ernest Thorin, 1881, p 406 et s. Pour les défenseurs de cette théorie au XX^e siècle et les oppositions doctrinales, voir l'article « Domaine public », in *Répertoire pratique Dalloz*, 1912, p 472 et s.

² Article « Domaine public », in *Répertoire pratique Dalloz*, 1912, p 472 et s ; Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd, Sirey, 1933, rééd Dalloz, 2002, p 802 et s. Voir aussi Philippe Yolka, *La propriété publique*, BDP, n°191, LGDJ, 1997.

³ CE, 19 octobre 1956, *Société Le Béton*, G.A.J.A., 16^{ème} éd, 2007, n°75.

⁴ Gaston Jèze, « La notion de travaux publics et de domaine public », *R.D.P.*, 1921, p 361-377.

⁵ René Durnerin, *De la situation juridique des édifices domaniaux affectés au culte catholique*, Thèse, Paris, 1933, p 134 et s.

Pour la majorité des juristes qui s'intéressent aux cultes, c'est toutefois la thèse de la domanialité publique qui domine¹. Il est vrai qu'il est tentant de comparer les effets de l'affectation des édifices au culte avec le régime de la domanialité publique. Comme les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité, le régime des édifices du culte fait échec à tous les actes juridiques, émanant de personnes publiques ou privées, qui pourraient les détourner de leur affectation culturelle. Comme une dépendance du domaine public, un édifice du culte ne cesse d'être affecté qu'en cas de désaffectation par un acte administratif, voire une loi. Enfin, comme certains éléments du domaine public, les églises sont ouvertes au public (l'article 17 de la loi du 5 avril 1884 qualifie les églises de lieux publics, l'article 25 de la loi de 1905 qualifie les cérémonies du culte de réunions publiques). A ces éléments, la doctrine ajoute que la loi du 2 janvier 1907 fait référence à la situation antérieure à la Séparation, pendant laquelle les édifices du culte étaient sans doute possible des dépendances du domaine public. Enfin, sont parfois invoqués l'article 17 de la loi de 1905 qui rend inaliénables et imprescriptibles certains immeubles classés dans le cadre de la loi du 30 mars 1887, et l'article 12 de la loi du 17 avril 1919 sur la réparation des dommages de guerre obligeant les personnes publiques à employer les indemnités pour dommage de guerre à la réparation des édifices publics et des églises (en outre, la loi du 20 février 1932 modifie l'article 12 en qualifiant indirectement les édifices culturels d'immeubles du domaine public²).

Sous la III^e République, le Conseil d'Etat n'a jamais tranché le débat en termes explicites et non équivoques ; il n'a jamais reconnu la domanialité publique des églises et ne s'est pas plus prononcé sur leur domanialité privée, même si un arrêt *Abbé Prudhommeaux* de 1916 semble la reconnaître très indirectement³. Son refus de se prononcer sur la domanialité publique des édifices du culte peut être interprété comme une prise en compte des principes de l'Etat laïque. A s'en tenir au critère classique, les églises devraient être classées dans le domaine public car elles sont ouvertes au public. Mais la Séparation a rendu décisive la fin du service public des cultes, que le législateur de 1905 pose comme une conséquence de l'affirmation du principe de laïcité ; aux yeux du juge administratif, l'importance juridique et politique de cette disparition du service public des cultes semble faire obstacle à la domanialité publique des édifices du culte ; d'une certaine manière, le jeu

¹ Par exemple : Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd, Sirey, 1933, rééd Dalloz, 2002, p 650 ; Joseph Barthélémy, « Les rapport entre l'Etat français et l'Eglise catholique depuis la séparation », *Jahrbuch des Offentlichen Rechts*, Band VIII, Tubingen, 1914, p 283 et s ; Louis Rigaud, *La théorie des droits réels administratifs*, Sirey, 1914 ; Maurice Guillouet, *Du caractère juridique de l'occupation des édifices du culte depuis la loi de Séparation*, Thèse, Rennes, 1936.

² Loi du 20 février 1932, article unique : « Lorsque les travaux relatifs à la construction d'un édifice civil ou culturel sont terminés en conformité des prescriptions du paragraphe 1^{er} de l'article 12 susvisé, et ont fait l'objet d'une réception définitive, si le règlement fait apparaître un excédent de l'indemnité sur le coût total des travaux, la collectivité bénéficiaire pourra affecter le solde inutilisé de celle-ci en emploi pour la reconstruction d'autres immeubles de son domaine public... ».

³ CE, 4 août 1916, *Abbé Prudhommeaux*, *Rec.*, p 39.

du critère de l'affectation au service public neutralise celui de l'affectation directe à l'usage du public, dissuadant ainsi le Conseil d'Etat de se prononcer clairement sur le statut des édifices.

274. L'absence de solution jurisprudentielle sur la domanialité des édifices du culte n'empêche pas le Conseil d'Etat, fidèle à son pragmatisme, d'exploiter des notions connexes pour combler, dans l'intérêt de la liberté des cultes, les lacunes du régime construit à partir de l'article 5§1 de la loi du 2 janvier 1907. C'est ce qu'illustre le célèbre arrêt *Commune de Monségur* de 1921. On sait que par cette décision, le Conseil d'Etat admet que les dommages causés par les églises relèvent du régime de responsabilité du fait des travaux publics¹.

Pour parvenir à ce résultat, le commissaire du gouvernement Corneille a proposé deux raisonnements différents.

Dans un premier temps, il constate que le culte n'est plus un service public et que, par voie de conséquence, les églises ne font probablement plus partie du domaine public. Mais il affirme aussitôt qu'il peut y avoir travail public sans service public et sans domanialité publique. L'existence d'un travail public n'est pas même conditionnée par sa réalisation par une personne publique, puisqu'une personne privée peut en être chargée pourvu qu'elle le réalise pour le compte d'une personne publique.

En fait c'est la notion *d'utilité générale* qui permet d'identifier un travail public ou un ouvrage public. Or, Corneille explique que cette notion est distincte du service public en ce qu'elle est plus compréhensive. Bien plus, Corneille la vide du contenu politique et doctrinal qui caractérise la notion de service public, en privilégiant une approche strictement numérique et quantitative. Ainsi, est d'utilité générale ce qui concerne un grand nombre de citoyens². Or, dans la plupart des communes de France, la communauté des fidèles se confond presque avec la population de la commune. En conséquence, nul doute que les travaux réalisés sur les édifices soient d'utilité générale et, de ce fait, constituent des travaux publics.

¹ CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur c/ Lalanne, S.*, 1921, III, p 49, note Hauriou ; *R.D.P.*, 1921, p 361, note Jèze.

² Concl. Corneille sur CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur c/ Lalanne, S.*, 1921, III, p 49 : « Un travail public, avons-nous dit, c'est un travail d'utilité générale. Et, l'intérêt collectif se rapproche singulièrement de l'intérêt général, quand la collectivité visée est tellement importante qu'elle confine à la généralité. Or, de quoi s'agit-il en l'espèce ? De travaux exécutés dans l'intérêt de la collectivité des fidèles, à la disposition de laquelle doit rester l'édifice culturel. La collectivité des fidèles, ce n'est nullement, et d'après les termes mêmes de la loi, un groupement resserré, délimitant un groupe de quelques particuliers ; c'est une collectivité, indéfinie, générale, qui est susceptible, en fait, de correspondre à la presque totalité des habitants de la commune. La collectivité des fidèles, c'est, pour ainsi dire, le public, puisqu'en droit, les églises sont ouvertes à tous, ouvertes à tout venant, et que l'après la loi du 9 décembre 1905, les cérémonies mêmes sont publiques. ». Voir aussi René Durnerin, *De la situation juridique des édifices domaniaux affectés au culte catholique*, Thèse, Paris, 1933.

Mais Corneille va plus loin. A supposer que le Conseil d'Etat estime que le travail public est lié à la domanialité publique, le commissaire du gouvernement entreprend de démontrer que même sous le régime de Séparation, il est possible d'admettre la domanialité des églises. Mais, signe de la réticence du Conseil d'Etat envers le classement des édifices du culte dans le domaine public, il ne place pas son argumentation sur le terrain des critères du domaine public – notamment l'affectation à l'usage direct du public ou au service public – mais développe un raisonnement *a contrario* en partant des critères du domaine privé. Pour Corneille, les communes exercent leur droit de propriété sur les biens du domaine privé dans les conditions du droit privé. Or, s'agissant des églises, les communes ne peuvent exercer aucun des éléments de la propriété ; elles ne peuvent ni en user, ni en tirer les fruits, ni en disposer. Dès lors, en conclut Corneille, ce régime dérogatoire ne permet pas de classer les églises dans le domaine privé. Mais si les églises ne font pas partie du domaine privé, elles relèvent alors nécessairement du domaine public car le domaine ne connaît que deux catégories constituant une *summa divisio*.

La subtile dialectique de Corneille ne convainc pas le Conseil d'Etat de déduire la qualification de travail public de l'appartenance des églises au domaine public. Le juge élude la question de la domanialité publique et adopte la première partie de l'argumentation de Corneille, en admettant que l'utilité générale des travaux réalisés sur les églises découle de l'affectation à l'exercice public du culte prévue par l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907 : « *que, d'autre part, si, depuis la loi du 9 décembre 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat, le service du culte ne constitue plus un service public, l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907 porte que les édifices affectés à l'exercice du culte continueront, sauf désaffectation dans les cas prévus par la loi du 9 décembre 1905, à être laissés à la disposition des fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion ; qu'il suit de là que les travaux exécutés dans les églises pour le compte d'une personne publique, dans un but d'intérêt général, conservent le caractère de travaux publics* »¹.

¹ CE, 10 juin 1921, *Commune de Monséguir c/ Lalanne, S.*, 1921, III, p 49. La doctrine contemporaine avance souvent que le juge administratif a admis à plusieurs reprises la domanialité publique de tous les édifices du culte. Sont généralement invoqués l'arrêt *Commune de Monséguir c/ Lalanne* et l'arrêt *Carlier* du 18 novembre 1949 (par exemple : Francis Messner, Pierre-Henri Prélot, Jean-Marie Woehrling, *Traité de droit français des religions*, Litec, p 900 et s ; Christian Lavialle, « Les édifices affectés aux cultes », *R.F.D.A.*, 2006, p 949 et s). S'agissant de la première décision, la lecture que nous venons d'en proposer exclut de la présenter comme une reconnaissance jurisprudentielle de la domanialité publique des églises. Quant à l'arrêt *Carlier* (CE, 18 novembre 1949, *Carlier, R.D.P.*, 1950, p 72, concl. Gazier), il faut se pencher sur les circonstances de l'affaire pour constater que son exploitation dans le sens de la domanialité publique est sujette à caution. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a jugé que constituait une voie de fait la confiscation par des agents de police des plaques photographiques utilisées par le sieur Carlier pour photographier la cathédrale de Chartres. Le juge administratif s'est aussi prononcé sur la responsabilité de l'administration du fait du refus des gardiens de la cathédrale d'autoriser l'accès à l'édifice. Pour déterminer la nature des pouvoirs de l'administration et la compétence de la juridiction administrative, le Conseil d'Etat a qualifié le bâtiment de dépendance du domaine public. Mais si l'on se reporte aux conclusions du commissaire du gouvernement Gazier, il apparaît que le classement au sein du domaine public résulte de l'affectation de la partie de la cathédrale en cause au *service*

La fin du service public des cultes, combinée au laconisme de l'article 5§1 de la loi de 1907, rendait problématique l'indemnisation des dommages causés par les églises. En permettant l'engagement de la responsabilité des communes sur le fondement des dommages de travaux publics, le juge comble une lacune notoire du droit positif dans un sens protecteur pour les fidèles, mais se garde bien de classer les édifices du culte dans le domaine public. Du reste, cette jurisprudence incite indirectement mais fortement les communes à entretenir régulièrement les édifices, alors qu'il ne s'agit que d'une simple faculté aux termes de l'article 5 de la loi du 13 avril 1908.

L'empirisme du juge administratif dans l'arrêt *Commune de Monségur* attire les foudres de Gaston Jèze, fidèle gardien de l'orthodoxie de l'école du service public. En rendant la notion de travail public autonome par rapport au service public, en incluant les édifices du culte dans le champ de la responsabilité du fait des travaux publics, le Conseil d'Etat brouille les catégories du droit administratif et pervertit les vrais principes explicatifs de la matière¹. Mais la critique de Jèze passe à coté de l'essentiel car la jurisprudence administrative en matière d'édifices du culte n'a pas violé les grandes notions classiques du droit administratif, mais s'en est plutôt détachée. Le juge administratif n'a pas eu pour préoccupation le classicisme et la rigueur des solutions, mais *la garantie toujours plus effective de la liberté des cultes*. René Capitant a d'ailleurs probablement pris conscience de cette autonomie quand, commentant un arrêt faisant application de la jurisprudence tirée de l'article

public des monuments historiques et des Beaux-Arts. Ainsi, Gazier prend soin de relever que la partie de l'édifice auquel le requérant souhaitait accéder n'était pas affectée au culte, mais seulement aux visites historiques et artistiques organisées par l'administration des Beaux-Arts. Quant au critère de l'affectation à l'usage direct du public, il s'avère qu'il n'était pas rempli dans cette affaire. Dès lors, il est difficile de tirer de cet arrêt la conclusion générale que le juge classe *tous les édifices du culte* dans le domaine public. Le Conseil d'Etat ne semble disposé à inclure dans le domaine public une église ou une partie d'une église qu'à la condition que l'édifice ne soit pas affecté au culte, mais plutôt à un service public, la plupart du temps le service des Beaux-Arts et monuments historiques. Dès lors, il ne semble pas qu'il existe un arrêt qui tranche explicitement et clairement la qualification des édifices du culte au regard des catégories de la domanialité (un arrêt *Maron* du 18 mars 1988, *J.C.P.*, 1988, II, 21152, parfois cité, qualifie bien une sacristie et une église de dépendance du domaine public communal, mais l'absence de publication de cet arrêt au *Lebon* ne lui confère qu'une faible portée jurisprudentielle). D'ailleurs, dans une décision récente relative au régime des édifices du culte, le juge des référés du Conseil d'Etat perpétue la tradition jurisprudentielle née sous la IIIe République, dans la mesure où il se garde bien de qualifier les églises de dépendance du domaine public, employant plutôt le raisonnement classique sur la mise à disposition adopté par le juge administratif au début du XXe siècle à l'occasion de l'interprétation de la loi du 2 janvier 1907 pour assurer l'affectation de l'édifice au culte catholique (CE, 25 août 2005, *Commune de Massat*, *J.C.P.*, G, 2006, II, 10024, note Bernard Quiriny). Ceci étant dit, et au delà des arguments jurisprudentiels, la doctrine contemporaine admet largement la domanialité publique des édifices du culte, en faisant valoir l'affectation des églises à l'usage direct du public et les dispositions du Code général des propriétés des personnes publiques, dont l'article L. 2124-31, qui règle les modalités des visites des églises, fait partie du Livre 1^{er} du Code consacré aux « *Biens relevant du domaine public* » (par exemple : Francis Messner, Pierre-Henri Prélot, Jean-Marie Woehrling, *Traité de droit français des religions*, Litec, p 900 et s ; Christian Lavialle, « Les édifices affectés aux cultes », *R.F.D.A.*, 2006, p 949 et s ; Christophe Guettier, *Droit administratif des biens*, PUF, coll. Thémis, p 72 ; Yves Gaudemet, « Le domaine public culturel dans le Code général de la propriété des personnes publiques », *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois. Le dialogue des juges*, Dalloz, 2009).

¹ Gaston Jèze, « La notion de travaux publics et de domaine public », *R.D.P.*, 1921, p 361-377.

5§1 de la loi de 1907, il a isolé, formulé et mis au centre de la théorie du domaine public la notion d'*affectation*¹ qui, avec la liberté des cultes, est centrale dans la jurisprudence sur le droit des occupants.

275. La politique jurisprudentielle révélée par l'arrêt *Commune de Monséguir* se manifeste aussi dans l'exercice des fonctions consultatives du Conseil d'Etat, comme le montre un avis de 1921 relatif à l'interprétation de la loi du 17 avril 1919 sur la réparation des dommages de guerre². L'article 12 de ce texte impose aux collectivités d'employer le montant des indemnités à la reconstruction des édifices civils et cultuels. Saisi par le gouvernement, le Conseil d'Etat doit se prononcer sur la possibilité du recours à l'expropriation pour reconstruire les édifices cultuels. Le Conseil d'Etat rend un avis positif, en éludant les critères de l'expropriation – l'utilité publique au sens de la loi du 3 mai 1841, le service public ou le domaine public pour une partie de la doctrine³ – pour privilégier un raisonnement fondé sur l'effectivité de la liberté des cultes. L'avis rappelle d'abord le droit des occupants des édifices du culte, résultant de la combinaison des articles 5 de la loi du 2 janvier 1907 et 1^{er} de la loi de 1905, en précisant qu'aux termes de la jurisprudence, il impose la reconstruction des édifices cultuels à l'aide des indemnités représentatives de leur valeur, dont les indemnités d'assurance sont un exemple⁴. Partant de cette définition, le régime d'indemnisation de la loi du 17 avril 1919 peut être rattaché au droit d'occupation. Par conséquent, le recours à l'expropriation devient possible, car, selon le Conseil d'Etat, il est nécessaire pour assurer l'effectivité du droit d'occupation dans l'intérêt de la liberté des cultes. En effet, sans l'expropriation, la reconstruction des édifices serait impossible dans certaines situations, lorsque, par exemple, l'emplacement primitif n'est plus disponible. Enfin, l'avis justifie le recours à l'expropriation au regard du principe de non-subventionnement en prenant soin de relever que le législateur a limité la reconstruction aux édifices présentant les mêmes caractères, ayant la même importance et la même destination que l'édifice démoli. Encore une fois, c'est donc le souci d'effectivité du droit des occupants qui permet au Conseil d'Etat de parvenir à des solutions qui s'écartent de l'orthodoxie des principes du droit administratif⁵.

¹ Note Capitant sous CE, 17 février 1932, *Commune de Barran*, D.P., 1933, III, p 49. Capitant appelle de ses vœux le remplacement des notions selon lui vieilles d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité par l'idée d'affectation ; celle-ci apporte une description plus fidèle des solutions du droit positif et permet le développement de pratiques de valorisation du domaine public, telle que la constitution de droits réels compatibles avec les exigences de l'affectation.

² CE, avis, 23 février 1921, R.G.A., 1921, p 43.

³ Gaston Jèze, « La notion de travaux publics et de domaine public », R.D.P., 1921, p 361-377.

⁴ CE, 19 juin 1914, *Vital Pichon*, Rec., p 721.

⁵ Ce souci d'effectivité est relevé par Ch. Rabany dans son commentaire de l'avis (R.G.A., 1921, p 45).

276. Le régime des édifices du culte catholique construit en grande partie par le Conseil d'Etat n'a pas seulement permis de combler une lacune du droit positif résultant de la réaction des catholiques envers la Séparation. Sa jurisprudence a eu en outre une importance politique et sociale notoire car elle a favorisé la pacification des conflits religieux qui ont agité les débuts de la III^e République. En ce sens, le compromis de 1924 entre l'Etat et l'Eglise catholique sur les associations diocésaines a en grande partie été rendu possible par la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'édifices du culte¹. Penchons-nous maintenant sur la jurisprudence relative au principe de neutralité de l'Etat, qui, elle aussi, a eu un effet pacificateur.

¹ Voir *infra*, n°333.

CHAPITRE II

LE CONSEIL D'ETAT, PROMOTEUR D'UNE CONCEPTION NUANCÉE DE LA NEUTRALITÉ RELIGIEUSE DE L'ETAT.

277. L'apport du Conseil d'Etat à la définition du principe républicain de laïcité de l'Etat a été décisif au début du XXe siècle. Sa contribution se distingue des théories politiques ou philosophiques de la laïcité en ce qu'elle donne à la notion un sens essentiellement juridique, plaçant ainsi les aspects doctrinaux ou idéologiques au second plan. De ce point de vue, la jurisprudence administrative consacre une certaine technicisation de la notion de laïcité qui tranche avec sa perception traditionnelle comme une idée partisane et de combat.

Au lendemain de la Séparation, la portée exacte du principe de neutralité de l'Etat est loin d'être complètement déterminée. Si la disparition du service public des cultes en est une conséquence spectaculaire, il reste à définir son contenu pour l'avenir, pour le quotidien des relations entre les religions et l'Etat. En dehors de l'interdiction du retour de toute forme d'association des cultes à l'exercice de la puissance publique, comment faut-il comprendre l'absence de reconnaissance des cultes posée en principe par l'article 2 de la loi de 1905 ? Dans son rapport, Aristide Briand indique de manière très générale que « *la loi ne connaîtra les cultes et les cérémonies cultuelles qu'en tant qu'elles n'intéresseront pas l'ordre public* », pour préciser aussitôt que « *le principe posé par cet article [l'article 2] est si extensif qu'il est impossible d'en prévoir à l'avance toutes les applications pratiques* »¹. Mais plus précisément, la neutralité de l'Etat implique-t-elle l'ignorance totale du phénomène religieux par l'Etat, ou permet-elle que l'Etat connaisse les cultes comme un fait, lorsqu'ils entrent en contact avec la vie civile ? Dans ce cas, la puissance publique doit-elle se limiter à connaître des *citoyens croyants*, à titre individuel, ou peut-elle entrer en contact avec les Eglises en tant qu'*institutions* ? Et dans cette hypothèse, est-il possible, sans violer le principe de neutralité de l'Etat, de connaître du fonctionnement interne des Eglises, voire d'en sanctionner la méconnaissance comme peuvent être sanctionnés les membres d'une association lorsqu'ils ne respectent pas les statuts du groupement ? Enfin, l'Etat et les cultes doivent-ils rompre toutes relations financières, ou le principe de non-subventionnement doit-il se limiter à interdire le retour des pratiques de soutien aux religions attachées au système des cultes reconnus ?

Le juge administratif a fourni des éléments de réponse à ces questions dans deux principaux contentieux. Il s'agit d'une part de l'interprétation jurisprudentielle des articles 4 et 8 de la loi de

¹ Aristide Briand, *La Séparation des Eglises et de l'Etat. Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés*, Paris, 1905, p 268-269.

1905, qui a permis de préciser les principes du traitement de l'organisation interne des cultes par le juge laïque (Section I.). D'autre part, le contentieux des subventions aux cultes illustre la souplesse et le libéralisme du juge dans la détermination des conséquences de la règle de non-subventionnement (Section II.).

Section I. – L'interprétation des articles 4 et 8 de la loi de 1905, ou le traitement juridictionnel de l'organisation interne des cultes.

278. L'interprétation des articles 4 et 8 a d'abord donné l'occasion au juge administratif de préciser la portée du principe de neutralité religieuse de l'Etat. L'article 4 prévoit que « *dans un délai d'un an à partir de la promulgation de la présente loi, les biens mobiliers et immobiliers des menses, fabriques, conseils presbytéraux, consistoires et autres établissements publics du culte seront, avec toutes les charges et obligations qui les grèvent et avec leur affectation spéciale, transférés par les représentants légaux de ces établissements aux associations, qui, en se conformant aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice, se seront légalement formées, suivant les prescriptions de l'art. 19, pour l'exercice de ce culte dans les anciennes circonscriptions desdits établissements.* ». Quant à l'article 8§3, qui a été au cœur de la bataille parlementaire et des controverses juridiques, il dispose : « *Dans le cas où les biens attribués en vertu de l'article 4 et du paragraphe 1^{er} du présent article [c'est-à-dire une attribution par décret] seront, soit dès l'origine, soit dans la suite, réclamés par plusieurs associations formées pour l'exercice du même culte, l'attribution qui en aura été faite par les représentants de l'établissement ou par décret pourra être contestée devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux, lequel prononcera en tenant compte de toutes les circonstances de fait.* ».

En vertu de l'article 4, la légalité de l'attribution des biens d'un ancien établissement du culte à une association cultuelle est donc subordonnée au respect par cette dernière des règles du culte reconnu dont elle entend poursuivre l'exercice. Le juge administratif a clairement et fermement pris en compte cette condition à l'occasion du contentieux de l'attribution des biens relevant de l'article 8. De même, il a combiné l'article 4 avec l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907 pour régler les conflits portant sur l'affectation des églises catholiques.

Par ailleurs, au-delà de la question de l'attribution des biens, la jurisprudence administrative sur les articles 4 et 8, éclairée par l'important travail des commissaires du gouvernement, a participé à l'adaptation de la fonction juridictionnelle au principe de neutralité religieuse de l'Etat. A la faveur de la Séparation, le statut logique des règles religieuses change dans le raisonnement du juge administratif. En érigeant la conformité avec les règles d'organisation générale du culte en condition

de légalité de l'attribution des biens ecclésiastiques, le législateur a permis que le juge *connaisse* le fonctionnement interne des cultes, qu'il en fasse un élément de son raisonnement. Mais cette connaissance n'est pas contraire au principe de neutralité, car le juge administratif prend soin de montrer que les règles religieuses n'interviennent plus dans le raisonnement juridictionnel comme un *élément de la légalité* – c'était souvent le cas sous le régime concordataire – mais comme un *fait*. Le passage du droit au fait est caractéristique de la réception du principe de neutralité de l'Etat par le juge. Il a permis à la fois la traduction de la laïcité dans les termes de la technique juridique, la redéfinition des rapports entre le juge et l'organisation interne des cultes, et le règlement efficace des conflits d'attribution dans le respect de la continuité entre le régime concordataire et la Séparation.

Un enjeu connexe : la légitimité de la juridiction administrative.

279. En plus de cet apport, et à l'instar de la jurisprudence relative aux édifices du culte catholique, les solutions dégagées par le Conseil d'Etat ont contribué au rétablissement de la réputation d'impartialité du Conseil d'Etat, particulièrement auprès des catholiques. L'évolution de la perception du juge administratif est particulièrement topique s'agissant du contentieux de l'article 8, car la genèse parlementaire de cette disposition a été le théâtre de critiques nourries de la juridiction administrative.

L'article 6 du projet définitif de la Commission soumis à la Chambre (qui devient l'article 8 dans le texte définitif) attribue au tribunal civil la compétence pour connaître des litiges relatifs à l'attribution des biens¹. Au cours de la discussion, un groupe de radicaux et de socialistes (principalement Sarrien, Caillaux, Cruppi, Dumont, Leygues, Pelletan, Sarraut, Doumergue) dépose un amendement à l'article 6 confiant la compétence au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, précisant que le juge administratif se prononcera sur les attributions en « *tenant compte de toutes les circonstances de fait* ». La stratégie des auteurs de l'amendement est claire : il s'agit de prendre une revanche sur l'article 4 dont l'inspiration libérale a été explicitée par les échanges entre Aristide Briand et Alexandre Ribot. De fait, cette disposition clé de la loi donne des gages aux catholiques en garantissant l'équité du passage du régime concordataire à la Séparation, et semble consacrer une

¹ Dans le projet définitif, le tribunal civil est aussi compétent pour attribuer les biens à une association culturelle si l'opération n'a pas été réalisée à l'expiration du délai d'un an prévu par l'article 4. Au cours de la discussion, cette compétence est confiée à l'autorité administrative, qui pourvoira aux attributions par décret. Le paragraphe relatif aux litiges de l'article 6 prévoit que « *Dans le cas où les biens d'un établissement seront, soit dès l'origine, soit par la suite, réclamés par plusieurs associations légalement formées pour l'exercice du même culte, l'attribution que l'établissement en aura faite pourra être contestée devant le tribunal civil qui statuera comme dans le cas du premier paragraphe du présent article.* ».

reconnaissance légale de l'organisation de l'Eglise par la référence aux règles d'organisation générale du culte¹.

Les anticléricaux parient sur la juridiction administrative pour trancher les litiges d'attribution, car elle a démontré son zèle anticléric à l'occasion de l'application de la législation anticongréganiste. Ensuite, la référence à « *toutes les circonstances de fait* » est destinée à neutraliser l'article 4, car elle permet de « noyer » le critère de la conformité aux règles d'organisation générale du culte dans un ensemble de considérations factuelles par nature variées et imprévisibles. L'amendement est repris par la Commission Buisson. La discussion qui s'engage alors fait apparaître un double débat, à la fois juridique et politique, sur la compétence de la juridiction administrative.

280. Le débat juridique porte sur la compatibilité de la compétence du Conseil d'Etat avec la Séparation. Jean Cruppi, un des auteurs principaux de l'amendement, justifie la compétence du Conseil d'Etat par la nature des biens ecclésiastiques qui seront attribués aux associations cultuelles. Selon Cruppi, il s'agit de « *biens collectifs, de biens corporatifs, de véritables biens de fondations* », qui appartiennent au domaine public et dont l'Etat ne peut se désintéresser, même après la Séparation². C'est pourquoi il faut admettre la compétence du juge administratif.

Cette manière de voir les choses est loin d'être unanimement partagée. Ainsi, dans les développements qu'il consacre à l'article 6 dans son rapport, Briand justifie la compétence du juge judiciaire au détriment de la juridiction administrative en faisant valoir que le Conseil d'Etat n'est pas la juridiction la mieux placée car elle reste associée au gouvernement dans l'opinion publique, ce qui pourrait faire douter de la sincérité de son contrôle à l'heure où la loi de Séparation entend briser les liens qui unissent les cultes et la puissance publique³. Par ailleurs, l'éloignement des situations locales alourdirait la tâche du Conseil d'Etat, et rendrait plus difficile l'appréciation de questions de fait complexes. Pour sa part, Charles Benoist fait valoir, au cours de la discussion du

¹ Voir L. V. Méjan, *La Séparation des Eglises et de l'Etat. L'œuvre de Louis Méjan*, PUF, 1959, p 179 et s ; Jean-Paul Scot, « *L'Etat chez lui, l'Eglise chez elle* ». *Comprendre la loi de 1905*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2005, p 240 et s.

² *Annales de la Chambre des députés*, 1905, Tome II, p 197 et s (Séance du 23 mai 1905). Hauriou fait écho à l'analyse de Cruppi en expliquant que la compétence du Conseil d'Etat résulte de ce que les biens attribués aux associations cultuelles ne sont pas l'objet d'une véritable propriété de droit privé, mais d'une attribution, pour satisfaire une certaine affectation. Il n'y a donc pas une pure situation de droit privé relevant du juge judiciaire. Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd, Sirey, 1933, rééd Dalloz, 2002, p 647.

³ Aristide Briand, *La Séparation des Eglises et de l'Etat. Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés*, Paris, 1905, p 268-269 : « *Il y avait en théorie et en pratique les plus grands inconvénients à laisser les juridictions administratives décider en matière aussi délicate. En principe, la Séparation étant accomplie, il faut rompre le plus tôt possible et le plus radicalement possible tous les rapports entre l'Etat et les Eglises ; en pratique, on aurait toujours suspecté l'équité gouvernementale dans ces dévolutions et la moindre erreur aurait servi de prétexte pour une agitation antirépublicaine.* ».

texte modifié, que le Conseil d'Etat n'est pas la juridiction naturelle de la Séparation. En faisant le choix de la juridiction administrative, l'article 6 modifié entretient l'idée que les questions relatives aux biens ecclésiastiques ont encore, en régime de Séparation, un rapport avec l'administration ; de ce fait, il introduit le doute sur la sincérité de la Séparation elle-même¹. Plusieurs députés, dont Groussau et Léonce de Castelnau reprennent ces arguments en les approfondissant. Lors de la séance du 24 mai par exemple, Léonce de Castelnau constate que les biens ecclésiastiques seront attribués non pas à des établissements publics du culte, qui sont voués à disparaître, mais à des associations de droit privé. Ces biens, acquis en pleine propriété par des personnes morales de droit privé, seront donc soumis au droit commun et n'auront plus aucun lien avec le service public. Dès lors, en conclut Léonce de Castelnau, les conflits d'attributions qui pourront s'élever entre deux associations cultuelles doivent relever de l'autorité judiciaire ; c'est une conséquence nécessaire de la Séparation des Eglises et de l'Etat².

281. Parallèlement aux discussions juridiques sur la pertinence de la compétence du juge administratif, la discussion prend un tour plus politique. Certaines réactions à l'amendement laissent transparaître, de manière plus ou moins explicite, la persistance de la réputation de partialité de la juridiction administrative³. Cette méfiance résulte d'abord du rôle du Conseil d'Etat dans la mise en œuvre de la politique anticongréganiste. A demi-mots, Groussau stigmatise ainsi l'attitude des républicains, pourfendeurs de la juridiction administrative et du Conseil d'Etat, qui, une fois au pouvoir, ont su en faire un outil efficace de leur politique religieuse⁴.

Ensuite, la prévention envers la justice administrative garde la trace de la traditionnelle critique libérale, inaugurée sous la Restauration⁵, mettant en cause la qualité et l'indépendance de la justice rendue par le Conseil d'Etat, ce dernier apparaissant comme une juridiction d'exception par laquelle l'Etat se juge lui-même. Pendant une bonne partie du XIXe siècle, les auteurs libéraux critiquent le principe de la justice retenue, le jugement des conflits par le Conseil d'Etat, la pratique

¹ *Annales de la Chambre des députés*, 1905, Tome II, p 237 (Séance du 24 mai 1905).

² *Annales de la Chambre des députés*, 1905, Tome II, p 241-242 (Séance du 24 mai 1905). Groussau développe une argumentation analogue, en expliquant que les biens à attribuer deviendront privés avec la Séparation, ce qui entraîne la compétence judiciaire ; *Annales de la Chambre des députés*, 1905, Tome II, p 274 (Séance du 25 mai 1905).

³ Sur l'ancienneté des débats autour de la légitimité et de la qualité de la juridiction administrative, voir Magali Jorat, « Supprimer la justice administrative, deux siècles de débats », *R.F.D.A.*, 2008, p 456-467. L'auteur montre aussi la coexistence d'une critique *politique* et d'une critique *technique*, cette dernière se concentrant sur les garanties procédurales de la justice administrative et la pertinence du dualisme juridictionnel.

⁴ *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome II, p 275 (Séance du 25 mai 1905) : « *Malgré les sentiments intimes qui règnent dans la majorité, on n'a pas souvent demandé la suppression des tribunaux administratifs. Faut-il dire franchement pourquoi ? C'est tout simplement parce qu'autant on était tenté de proposer cette suppression quand on se trouvait dans l'opposition, autant on oublie ce ressentiment quand on est au pouvoir.* ».

⁵ Yan Laidié, « Les libéraux et la justice administrative au XIXe siècle : un mariage de raison ? », *R.A.*, 2001, n°319, p 5-11.

des autorisations de poursuivre les fonctionnaires, l'absence d'inamovibilité des conseillers d'Etat ou encore l'insuffisance des garanties procédurales par rapport au juge judiciaire ; ils accusent aussi la faiblesse du contrôle juridictionnel, qui ménage un large pouvoir discrétionnaire à l'administration¹. Parmi ces griefs, tous ne sont plus valables en 1905. Depuis la loi du 24 mai 1872, le Conseil d'Etat dispose de la justice déléguée et n'est plus juge des conflits. Par ailleurs, l'article 75 de la constitution de l'an VIII a été abrogé en 1870. Enfin, les progrès de la jurisprudence, notamment du recours pour excès de pouvoir, rendent possible un contrôle juridictionnel plus rigoureux. En dépit de ces améliorations incontestables, il subsiste un présupposé défavorable au juge administratif au début du XXe siècle, dont témoignent les débats sur l'article 6.

Il faut d'ailleurs faire la part dans ces critiques de l'instrumentalisation de thèmes anciens et datés pour les besoins de la stratégie parlementaire. Il reste qu'ils révèlent la persistance d'une certaine aura négative autour de la juridiction administrative. Encore une fois, le rapport Briand donne le ton : le statut (inamovibilité) et les règles procédurales (contradictoire, oralité des débats, proximité avec les justiciables) des juridictions civiles apparaissent à Briand comme des éléments décisifs dont ne dispose par le juge administratif et qui militent en faveur de la compétence judiciaire². Pour Charles Benoist ou le lieutenant-colonel du Halgouet, le Conseil d'Etat est une juridiction d'exception dont il faut éviter d'étendre la compétence car il n'offre pas les mêmes garanties que celles du juge judiciaire³. Quelques semaines auparavant, à l'occasion de la discussion de l'article 5, Charles Benoist est même allé jusqu'à se prononcer en faveur de la suppression de la juridiction administrative. Dans la suite des débats, le député Rose met en cause la qualité de la justice rendue par le Conseil d'Etat, en invoquant l'absence d'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat et l'absence de voies de recours contre ses arrêts⁴. Enfin, Léonce de Castelneau touche au

¹ Les libéraux ne tirent pas tous les mêmes conclusions des critiques qu'ils articulent contre la juridiction administrative. Si certains militent en faveur de sa disparition pure et simple (Bérenger, le comte de Lanjuinais, Duvergier de Hauranne, le député Raudot lors des débats sur la loi du 24 mai 1872, qui propose la disparition du Conseil d'Etat, non seulement comme juge mais aussi comme conseil du gouvernement), d'autres auteurs, représentants du libéralisme étatiste identifié par Yan Laidié, s'accommodent de l'existence d'une juridiction administrative en souhaitant seulement son adaptation aux exigences d'une bonne justice (Jean-Baptiste Sirey, Macarel). D'autres envisagent la création d'une juridiction administrative indépendante à la fois du Conseil d'Etat et de l'ordre judiciaire (Cormenin, Vivien). D'autres enfin, comme Victor de Broglie, préconisent la dévolution de l'essentiel du contentieux de l'administration au juge judiciaire, tout en préservant la juridiction administrative pour connaître des litiges mettant en cause un pouvoir discrétionnaire de l'Etat. Sur ces questions, voir Yan Laidié, « Les libéraux et la justice administrative au XIXe siècle : un mariage de raison ? », *R.A.*, 2001, n°319, p 5-11 ; et Bernard Pacteau, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, PUF, coll. Léviathan, 2003, p 80 et s ; François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995.

² Aristide Briand, *La Séparation des Eglises et de l'Etat. Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés*, Paris, 1905, p 268-269.

³ *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome II, p 237-238 (Séance du 24 mai 1905) ; *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome II, p 350 (Séance du 27 mai 1905).

⁴ *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome II, p 237 (Séance du 24 mai 1905).

cœur de la critique libérale de la juridiction administrative quand il disqualifie le Conseil d'Etat dans sa qualité même d'organe juridictionnel ; selon lui, la compétence proposée par l'article 6 modifié conduit à l'immixtion de l'arbitraire du pouvoir exécutif dans les questions de biens ecclésiastiques, car le recours au Conseil d'Etat, c'est la consécration « *du pouvoir administratif au contentieux, et qui statue souverainement, sans qu'un débat contradictoire de première instance ait eu lieu et dans l'indigence absolue des garanties ordinaires, [...] en un mot, de tous les moyens de procédure qui sont seulement à la disposition du juge civil.* »¹.

282. Les arguments disqualifiant la compétence de la juridiction administrative ne parviennent pas à faire échec à la modification de l'article 6. Les longs débats que la Chambre consacre à cette disposition se soldent ainsi par l'adoption de la nouvelle rédaction prévoyant la compétence du Conseil d'Etat. Malgré les tentatives d'Aristide Briand pour minimiser la portée de la nouvelle disposition, nombre de députés catholiques considèrent l'article 6, spécialement la référence aux circonstances de fait, comme une mise en cause des garanties apportées par l'article 4. Les craintes catholiques sont ranimées. Il est revenu au juge administratif de les apaiser.

Pour étudier la jurisprudence du Conseil d'Etat, nous allons analyser l'intégration de l'organisation interne des cultes dans le raisonnement du juge laïque (§ 1.), puis montrer que la distinction du fait et du droit a permis au juge administratif de fournir une traduction technique au principe de neutralité de l'Etat dans le raisonnement juridictionnel (§ 2.).

§ 1. – L'intégration de l'organisation interne des cultes dans le raisonnement du juge laïque.

Après avoir décrit le cadre procédural du contentieux de l'attribution (A.), il faudra se pencher sur la politique jurisprudentielle construite par le Conseil d'Etat (B.).

A. – Le cadre procédural du contentieux de l'attribution.

283. L'article 8§3 règle les conflits entre plusieurs associations cultuelles à propos de l'attribution des biens d'un ancien établissement public du culte ; cette action peut être exercée dans un délai d'un an à compter de la publication ou de la notification de l'acte d'attribution. Au delà d'un an, le §5 dispose que « *l'attribution pourra être ultérieurement contestée en cas de scission dans*

¹ *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome II, p 241 (Séance du 24 mai 1905).

l'association nantie, de création d'association nouvelle par suite d'une modification dans le territoire de la circonscription ecclésiastique et dans le cas où l'association attributaire n'est plus en mesure de remplir son objet. ». Pour les protestants et les juifs, qui ont formé des associations culturelles, ces dispositions forment l'unique cadre procédural des litiges sur les attributions¹. En revanche, le catholicisme connaît, en raison de l'absence d'associations culturelles, des configurations procédurales plus variées. La constitution sporadique d'associations culturelles catholiques dissidentes, dans les premiers mois de la Séparation, conduit d'abord à l'application de l'article 8§5 permettant la résolution par le juge d'une attribution faite à une association qui n'est plus en mesure de remplir son objet². De même, le Conseil d'Etat ouvre la voie du recours pour excès de pouvoir à une communauté catholique non constituée en association culturelle pour contester un décret d'attribution des biens à une association culturelle pris sur le fondement de l'article 8§1³. Enfin, le Conseil d'Etat juge les recours pour excès de pouvoir formés par un groupe de catholiques contre un acte d'attribution d'une église à un ministre du culte pris dans le cadre de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907⁴.

284. Dès le rapport du conseiller d'Etat Saisset-Schneider sur le règlement d'administration publique du 16 mars 1906, il apparaît que le recours de l'article 8 relève du contentieux de la pleine juridiction. Il est vrai que la nature des pouvoirs accordés au juge milite fortement en ce sens. Non seulement le juge peut annuler une décision d'attribution, mais il peut encore procéder lui-même aux attributions, quitte à partager les biens entre plusieurs associations⁵. Lors de la première mise en œuvre de l'article 8, le commissaire du gouvernement Chardenet explique au Conseil d'Etat : « *vous n'êtes pas appelés seulement à apprécier en droit la validité de l'acte d'attribution, sa régularité, mais vous avez été investis d'attributions qui sont, pourrait-on dire, des attributions de l'administration active.* »⁶. La création d'un contentieux de pleine juridiction donne donc au juge administratif les pouvoirs les plus larges pour assurer l'équité des attributions.

¹ CE, 9 décembre 1910, *Association culturelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande c/ Union consistoriale de l'Eglise évangélique luthérienne de Paris*, Rec., p 907, concl. Chardenet ; CE, 16 février 1923, *Association presbytérale de l'Eglise réformée de l'Annonciation c/ Association presbytérale de l'église réformée de Passy*, Rec., p 155, concl. Rivet ; CE, 25 juin 1943, *Eglise réformée évangélique de Marseille*, D.P., 1944, III, p 70, note Reuter ; CE, 8 février 1952, *Ralison*, Rec. Penant, janvier 1953, p 18, concl. Gazier.

² CE, 14 février 1913, *Abbé Guilton et autres*, Rec., p 204, concl. Corneille.

³ CE, 28 juillet 1911, *Rougegré et autres c/ Association culturelle de Sains-lès-Fressin*, D.P., 1912, III, p 97.

⁴ CE, 23 janvier 1920, *Abbé Barraud et autres c/ Abbé Bousquet*, Rec., p 75.

⁵ « Rapport de M. Saisset-Schneider sur le règlement d'administration publique du 16 mars 1905 », R.D.P., 1906, p 718.

⁶ Concl. Chardenet sur CE, 28 juillet 1911, *Rougegré et autres c/ Association culturelle de Sains-lès-Fressin*, D.P., 1912, III, p 97.

Pour les catholiques cependant, le recours de pleine juridiction ne trouve presque aucune occasion de mise en œuvre. Seul l'arrêt *Abbé Guillon* du 14 février 1913 montre comment le juge administratif peut prononcer la résolution d'une attribution et la dévolution consécutive des biens aux fidèles et aux ministres du culte protégés par l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907. En dehors de cette rare hypothèse, c'est le recours pour excès de pouvoir qui devient le recours de droit commun pour faire sanctionner les attributions réalisées en méconnaissance des règles d'organisation générale du culte catholique. Or, le recours pour excès de pouvoir ne ménage pas les mêmes garanties aux requérants. Le juge ne peut qu'annuler l'acte d'attribution illégal, le soin de procéder de nouveau à l'attribution revenant à l'autorité administrative. Les catholiques s'exposent donc au non respect de la chose jugée par l'administration et à l'allongement des procédures pour obtenir la jouissance des biens en litige.

Conscient de ces inconvénients, le juge administratif exploite les techniques du contentieux administratif pour réduire les différences entre le recours de pleine juridiction de l'article 8 et le recours pour excès de pouvoir, marquant ainsi son intention de garantir un contrôle juridictionnel effectif et de qualité, y compris pour les catholiques qui se sont volontairement placés en marge de la loi de Séparation. En ce sens, à l'occasion de l'arrêt *Rougegré* du 28 juillet 1911, Chardenet propose au Conseil d'Etat de mettre en œuvre la technique du renvoi au ministre pour inciter l'autorité administrative à tirer les conséquences de l'annulation d'un décret d'attribution : « *Nous vous proposons donc de faire ici ce que vous faites bien souvent depuis quelques années, après avoir annulé des actes pour excès de pouvoir. Nous vous proposons de renvoyer les requérants devant le ministre des cultes, pour que les églises soient remises à leur disposition, conformément à l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907. Vous assurerez ainsi aux fidèles du culte catholique le libre exercice de leur culte, qui leur est garanti par la loi ; vous leur permettrez de célébrer leur culte dans les églises, ainsi qu'ils y ont le droit, et vous arriverez sans doute à prévenir bien des incidents possibles et à rétablir, nous l'espérons, la paix et la tranquillité publique dans la paroisse de Sains-lès-Fressin.* »¹. Une jurisprudence récente, illustrée notamment par les arrêts *Denis*, *Rage-Roblot*² et *Daraux*³, est donc mise à profit en matière de cultes, consacrant un progrès du recours pour excès de pouvoir par l'admission de « *nouveaux pouvoirs du juge dans la sentence* » selon l'expression de Maurice Hauriou⁴. Les lacunes du recours pour excès de pouvoir sont complétées, non par une injonction à l'administration – contraire au principe de séparation des autorités – mais par « *un*

¹ CE, 28 juillet 1911, *Rougegré et autres c/ Association cultuelle de Sains-lès-Fressin*, D.P., 1912, III, p 97, concl. Chardenet.

² CE, 30 novembre 1906, *Denis et Rage-Roblot, S.*, 1907, III, p 17, note Hauriou. Voir aussi concl. Romieu sur CE, 30 novembre 1906, *Jacquin et autres (11 espèces)*, Rec., p 863.

³ CE, 28 juin 1908, *Daraux, S.*, 1909, III, p 129, note Hauriou.

⁴ Note Hauriou sous CE, 28 juin 1908, *Daraux, S.*, 1909, III, p 129.

appel éloquent du juge à la moralité administrative. »¹, qui précise en outre le droit du requérant révélé en creux par l'annulation juridictionnelle². L'arrêt *Rougegré* adopte la proposition de son commissaire du gouvernement, mettant ainsi une technique contentieuse au service de la liberté des cultes.

B. – La construction de la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat.

285. Les circonstances politiques de l'adoption des articles 4 et 8 ont fait naître une grande incertitude sur la portée exacte de ces dispositions. Pour les anticléricaux les plus radicaux, la référence de l'article 4 aux règles d'organisation générale du culte consacre une inadmissible reconnaissance officielle des Eglises. Pour certains catholiques, les termes de l'article 4 ne sont pas assez explicites et devraient faire référence à la hiérarchie des Eglises. La mention des circonstances de fait par l'article 8 est en outre accusée de neutraliser la règle d'attribution posée par l'article 4. Pour Briand enfin, qui a exprimé sa pensée avec force et clarté grâce notamment aux échanges avec Ribot à la Chambre, la teneur des deux articles est une conséquence nécessaire du principe de neutralité et de l'exigence d'équité dans la transition du système concordataire au régime de Séparation ; elle n'est ni une rémanence du système des cultes reconnus, ni un piège pour l'Eglise. En dépit de la vigueur de la doctrine de Briand, les articles 4 et 8 restent un motif de refus de la loi pour nombre de catholiques, à commencer par le pape, qui évoque la rédaction des deux dispositions dans son encyclique *Gravissimo Officii* du 10 août 1906 pour justifier la condamnation de la Séparation³.

Dans ce contexte, l'intervention de la jurisprudence administrative a été décisive. La première difficulté rencontrée par le Conseil d'Etat dans la construction de sa jurisprudence relative aux conflits d'attribution a été de montrer que le critère d'attribution de l'article 4 n'est pas remis en cause par l'article 8 ; il s'est agi de préciser la place des règles d'organisation générale du culte mentionnées par l'article 4 dans les circonstances de fait évoquées par l'article 8, et à l'aune desquelles le juge est invité à se prononcer sur le sort des biens. Dans l'œuvre du juge, il est possible de distinguer des directives générales d'interprétation (I.) et des applications particulières concernant les cultes protestants et catholique (II.).

¹ Note Hauriou sous CE, 28 juin 1908, *Daroux, S.*, 1909, III, p 129.

² Note Hauriou sous CE, 30 novembre 1906, *Denis et Rage-Roblot, S.*, 1907, III, p 17.

³ Voir *supra*, n°93.

I. – Les directives générales d'interprétation.

286. Le juge administratif a d'abord réglé la question de l'articulation de l'article 4 avec les articles 8 de la loi de 1905 et 5 de la loi du 2 janvier 1907.

Le Conseil d'Etat fixe les relations entre les articles 4 et 8 dans l'arrêt inaugural datant de la fin de l'année 1910¹, par lequel il oppose une nette fin de non-recevoir à la thèse de la neutralisation de l'article 4 par l'article 8. A l'occasion de cette affaire, le commissaire du gouvernement Chardenet affirme clairement que les articles 4 et 8 sont complémentaires ; après avoir largement cité les travaux préparatoires, il conclut : « *l'art. 8 n'a détruit en rien l'article 4 ; les deux articles doivent être combinés, voilà tout* »².

Quant à la combinaison de l'article 4 et de la loi du 2 janvier 1907, elle n'était pas évidente. L'article 5 de la loi de 1907 ne mentionne par l'article 4, et il subordonne la mise à disposition des édifices du culte catholique à l'absence d'association cultuelle (« *A défaut d'association cultuelle,* »). Il était donc possible d'admettre que l'existence d'une association cultuelle, quelque soit sa conformité aux règles d'organisation générale du culte, ne permettait pas à un groupe de catholiques de se prévaloir de l'article 5 pour obtenir l'usage de l'église. Le Conseil d'Etat n'a pas retenu cette interprétation. Dans l'arrêt *Rougegré*³, il admet que des fidèles et un ministre du culte peuvent former un recours pour excès de pouvoir contre un décret d'attribution à une association cultuelle, et érige le respect des règles d'organisation générale du culte en condition de légalité du décret. En 1920, l'arrêt *Abbé Barraud* confirme cette position de manière démonstrative, car il applique le critère de l'article 4 dans un litige opposant deux groupes de catholiques se prévalant tous deux de l'article 5 de la loi de 1907 ; la motivation est particulièrement nette : « *considérant que l'art. 5 de la loi du 2 janvier 1907 dispose que les édifices affectés à l'exercice du culte, ainsi que les meubles les garnissant, continueront à être laissés à la disposition des fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion ; que la jouissance gratuite en pourra être accordée soit à des associations, soit aux ministres du culte, dans les conditions déterminées par la loi ; - Considérant qu'en vertu de cet article les édifices religieux doivent rester affectés au culte qui y était célébré sous le régime concordataire ; que la disposition et la jouissance n'en peuvent donc être légalement attribuées qu'en conformité des règles d'organisation générale de ce culte,*

¹ CE, 9 décembre 1910, *Association cultuelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande c/ Union consistoriale de l'Eglise évangélique luthérienne de Paris*, Rec., p 907, concl. Chardenet.

² Concl. Chardenet sur CE, 9 décembre 1910, *Association cultuelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande c/ Union consistoriale de l'Eglise évangélique luthérienne de Paris*, Rec., p 907.

³ CE, 28 juillet 1911, *Rougegré et autres c/ Association cultuelle de Sains-lès-Fressin*, D.P., 1912, III, p 97, concl. Chardenet.

lesquelles comprennent, en ce qui concerne la religion catholique, la soumission à la hiérarchie catholique »¹.

287. Le travail de clarification mené par le juge administratif a aussi consisté à déterminer le contenu des circonstances de fait à l'aune desquelles le Conseil d'Etat est invité par l'article 8 à juger les conflits d'attribution. Dans ses conclusions sur l'arrêt du 9 décembre 1910, Chardenet rejette fermement l'idée que la conformité aux règles d'organisation générale du culte n'est qu'un élément parmi d'autres dans les circonstances dont le juge doit tenir compte. Au contraire, il s'agit de la considération fondamentale, la première qui doit être envisagée par le juge dans l'exercice de son office². Chardenet réitère sa position dans ses conclusions sur l'arrêt *Rougegré*³.

La conformité aux règles d'organisation générale du culte n'est pas l'unique élément examiné par le Conseil d'Etat, mais il est le premier dans le déroulement logique du raisonnement du juge. Chardenet synthétise ainsi l'interprétation de l'article 8 qu'il propose au Conseil d'Etat : « *Lorsque vous êtes saisi d'un litige relatif à une attribution de biens, vous avez donc, après avoir constaté la régularité de l'association, au point de vue de sa création, de son organisation, vous avez à rechercher si cette association se conforme aux règles d'organisation générale du culte dont elle prétend assurer l'exercice [...]. Pour trancher cette question, vous prendrez les statuts, vous en étudierez les dispositions, vous rechercherez notamment dans quelles conditions l'association a été créée, etc ; vous pourrez vous entourer de tous les renseignements nécessaires pour vous éclairer, sans avoir à recourir à ce que l'on a appelé l'expertise en théologie. Enfin, cette question de conformité avec les règles d'organisation générale du culte une fois tranchée, vous aurez, en présence de deux associations cultuelles, l'une nantie des biens, l'autre qui demande à l'être, vous aurez, en tenant compte de toutes les circonstances de fait, vous aurez à choisir celle qui vous paraîtra la mieux à même de répondre aux vœux des fidèles, à leurs besoins, la mieux à même d'assurer dignement l'exercice du culte. Vous tiendrez compte, par exemple, du nombre des fidèles qui ont adhéré à une association, de la notoriété des personnes qui se trouvent à la tête de l'association, etc. Ce seraient là des circonstances de fait. Vous apprécierez ; vous maintiendrez les*

¹ CE, 23 janvier 1920, *Abbé Barraud et autres c/ Abbé Bousquet*, Rec., p 75.

² Concl. Chardenet sur CE, 9 décembre 1910, *Association cultuelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande c/ Union consistoriale de l'Eglise évangélique luthérienne de Paris*, Rec., p 907.

³ Concl. Chardenet sur CE, 28 juillet 1911, *Rougegré et autres c/ Association cultuelle de Sains-lès-Fressin*, D.P., 1912, III, p 97.

attributions de biens qui ont été faites ou vous les modifierez, mais vous respecterez toujours et tout d'abord la règle fondamentale posée par l'article 4. »¹.

288. La rédaction de l'arrêt du 9 décembre 1910, qui reprend le raisonnement de Chardenet, met en lumière un mode d'emploi relativement précis de l'article 8. Le juge administratif vérifie d'abord que l'association culturelle attributaire des biens litigieux s'est constituée conformément aux articles 18 et suivants de la loi de 1905 et aux dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901. Ensuite, il relève que *l'association attributaire* respecte les règles d'organisation générale du culte dont elle se propose d'assurer l'exercice. Enfin, le juge recherche si *l'association requérante*, qui revendique l'attribution des biens, respecte aussi les règles d'organisation générale du culte. Dans l'espèce jugée par l'arrêt du 9 décembre 1910, la réponse est négative sur ce dernier point. Le Conseil d'Etat en déduit que les circonstances de fait invoquées par l'association requérante ne sont pas susceptibles de fonder une attribution des biens à son profit. Les différentes étapes du raisonnement marquent bien le caractère essentiel du critère de la conformité aux règles d'organisation générale du culte : à l'égard de l'association requérante, il s'agit d'une étape préalable qui, si elle est franchie, autorise à faire valoir d'autres circonstances de fait.

Plusieurs hypothèses peuvent donc se présenter. D'abord, si l'association attributaire respecte les règles d'organisation générale du culte, mais pas l'association requérante, alors l'association requérante ne peut faire valoir aucune autre considération de fait pour obtenir l'attribution des biens. En outre, il peut se faire que les deux associations respectent les règles d'organisation générale du culte ; dans ce cas, l'association requérante peut invoquer d'autres circonstances de fait permettant au juge de trancher. Enfin, l'association requérante peut se conformer aux règles d'organisation générale du culte, mais pas l'association attributaire ; dans cette hypothèse, l'association requérante doit obtenir l'attribution des biens, sans qu'il soit nécessaire de faire valoir d'autres circonstances de fait.

Ces différentes hypothèses ne trouvent pas à s'appliquer pour tous les cultes. Ainsi, il est hautement improbable que deux associations culturelles catholiques, si elles s'étaient formées, soient également conformes aux règles d'organisation générale du culte. En revanche, le pluralisme qui prévaut chez les protestants rend possible la coexistence de plusieurs associations culturelles orthodoxes.

¹ Concl. Chardenet sur CE, 9 décembre 1910, *Association culturelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande c/ Union consistoriale de l'Eglise évangélique luthérienne de Paris*, Rec., p 907.

289. Cette remarque nous amène au dernier aspect des principes généraux d'interprétation dégagés par le Conseil d'Etat, c'est-à-dire la précision du contenu de la notion de règles d'organisation générale du culte. A l'occasion de l'arrêt du 9 décembre 1910, Chardenet affirme que l'expression ne recouvre pas seulement les règles religieuses au sens strict – le dogme, le credo – mais comprend aussi la constitution et l'administration d'une religion¹. Par ailleurs, il insiste sur le souci de continuité entre le système concordataire et la Séparation qui doit inspirer le juge : « *C'est donc à des associations continuant la tradition des Eglises précédemment reconnues par l'Etat, à des associations se conformant aux règles d'organisation du culte, telles qu'elles ont été fixées depuis la loi de séparation par l'Eglise autrefois reconnue par l'Etat, et à laquelle les biens appartenaient ; c'est à ces associations seules que les biens des anciens établissements publics du culte pouvaient être transmis. [...] En somme, on a voulu que l'exercice du culte fût assuré comme il l'était autrefois. On a pensé qu'en fait on arriverait au maintien sous une autre forme de ce qui existait auparavant.* »².

Ces précisions laissent le juge administratif face à une tâche bien délicate. D'une part, l'articulation entre le respect du dogme et le respect de l'administration ne sont pas les mêmes suivant les confessions. Le juge ne peut donc adopter une jurisprudence générale sur ce point et doit procéder à un examen minutieux de l'organisation de chaque culte pratiqué en France. D'autre part, la nécessité d'apprécier la conformité aux règles d'organisation générale du culte expose le juge au risque de l'immixtion dans le fonctionnement interne des religions. Inclure cet élément dans le raisonnement juridictionnel, n'est-ce pas permettre au juge de porter une appréciation sur *la valeur* des règles d'organisation, ou d'en sanctionner la méconnaissance, ou encore d'en consacrer une reconnaissance officielle par un organe de l'Etat ? Tous ces écueils potentiels conduisent le Conseil d'Etat à construire une jurisprudence très prudente.

¹ Concl. Chardenet sur CE, 9 décembre 1910, *Association culturelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande c/ Union consistoriale de l'Eglise évangélique luthérienne de Paris*, Rec., p 907 : « *Les règles d'organisation générale du culte ne comprennent donc pas seulement les règles se rattachant à la doctrine religieuse d'une Eglise, mais encore celles relatives à sa constitution et à son administration et les règles d'organisation générale d'un culte en France son celles qui ont été adoptées, qui sont suivies par la grande majorité des français adhérant à ce culte.* ».

² Concl. Chardenet sur CE, 9 décembre 1910, *Association culturelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande c/ Union consistoriale de l'Eglise évangélique luthérienne de Paris*, Rec., p 907.

II. – L'application de l'article 4 aux cultes catholique et protestants.

290. S'agissant des catholiques, la stratégie du juge administratif est claire : il faut rassurer les fidèles et les ministres du culte. A l'occasion de l'arrêt du 9 décembre 1910, alors que le litige oppose deux associations protestantes, le commissaire du gouvernement Chardenet aborde le cas du culte catholique, en affirmant nettement qu'en ce qui concerne ce dernier, le respect des règles d'organisation générale se confond avec le respect de la hiérarchie catholique : *« Si la question se posait à propos de l'Eglise catholique, elle ne saurait donner lieu à de longues discussions. En effet, cette église a conservé son unité ; elle relève de l'autorité du Souverain Pontife et le Pape règle souverainement l'organisation de l'Eglise catholique pour l'ensemble de la chrétienté. Une association qui ne correspondrait point à l'organisation de l'Eglise catholique romaine ne serait pas une association se conformant aux règles d'organisation du culte catholique. Elle ne serait point, à vrai dire, une association cultuelle catholique. »*¹. Après avoir donné son interprétation des articles 4 et 8, Chardenet en conclut que la mission confiée au juge *« n'a pas pour objet de vous charger de favoriser les schismes et de préparer des scissions au sein des Eglises. »*. A l'occasion de l'affaire *Rougegré*, il réaffirme comment doivent être conçues les règles d'organisation générale pour le culte catholique : *« L'Eglise catholique a conservé sa complète unité ; elle relève de l'autorité du pape, son pontife suprême, du pape, qui règle souverainement l'organisation de l'Eglise catholique pour l'ensemble de la chrétienté. Au-dessous du pape sont les évêques, qui sont soumis entièrement au pape, et, au-dessous des évêques, nous trouvons les prêtres chargés d'assurer l'exercice du culte. Il y a là toute une hiérarchie, qui est un principe fondamental de l'Eglise catholique romaine. Un prêtre, qui ne se soumet point à l'autorité de son évêque, n'est pas un ministre du culte catholique, et une association, qui n'admet point l'organisation de l'Eglise catholique romaine, qui n'admet point sa hiérarchie et les règles de soumission et d'obéissance qu'elle comporte, une association qui n'a à sa disposition qu'un prêtre auquel on a interdit de célébrer le culte catholique, ne se conforme pas aux règles d'organisation générale du culte catholique. »*². Enfin, dans l'arrêt *Abbé Barraud*, la soumission à la hiérarchie ecclésiastique est reconnue comme une règle d'organisation générale dont le respect conditionne l'affectation d'un édifice dans le cadre de la loi du 2 janvier 1907³.

¹ Concl. Chardenet sur CE, 9 décembre 1910, *Association cultuelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande c/ Union consistoriale de l'Eglise évangélique luthérienne de Paris*, Rec., p 907.

² Concl. Chardenet sur CE, 28 juillet 1911, *Rougegré et autres c/ Association cultuelle de Sains-lès-Fressin*, D.P., 1912, III, p 97.

³ CE, 23 janvier 1920, *Abbé Barraud et autres c/ Abbé Bousquet*, Rec., p 75.

Le respect du dogme ne suffit donc pas pour apprécier si un groupe de catholique se conforme aux règles d'organisation générale du culte catholique. Pour le juge administratif, l'élément décisif réside dans le respect de la *hiérarchie ecclésiastique* par les fidèles et surtout par le ministre du culte, à tel point que le respect de l'article 4 semble se réduire au respect de la hiérarchie. Cette position est fondée sur deux principales considérations. Elle résulte d'abord de l'organisation même de l'Eglise catholique. Comme le relèvent les commissaires du gouvernement, l'Eglise est un ensemble très structuré, très centralisé, qui n'admet aucune marge d'appréciation dans l'exercice du culte par rapport aux règles définies au sommet ; ne pas respecter la hiérarchie, c'est donc sortir de l'Eglise, quelle que soit l'orthodoxie de sa foi. Ensuite, comme le montre Chardenet, travaux préparatoires à l'appui, le rôle de premier plan donné aux questions de hiérarchie résulte de la volonté du législateur de respecter cet aspect de la religion dans l'appréciation de la conformité aux règles d'organisation générale du culte catholique.

Concrètement, la position du Conseil d'Etat vis-à-vis du culte catholique consiste à faire du curé désigné par l'évêque le seul curé légitime. Ainsi, dans les affaires *Rougegré*¹, *Abbé Guiton*² et *Abbé Barraud*³, le juge prend en compte les décisions de l'évêque, sans en apprécier la valeur ou la conformité aux règles ecclésiastiques, puis détermine, en fonction du sens de ces décisions, le ministre du culte légitime auquel doit être affecté l'édifice du culte. Dès lors, le système de l'article 4 conduit paradoxalement le juge, non pas à déclarer illégales les associations cultuelles formées par des catholiques – ce serait contraire à la logique de la Séparation – mais à les juger inaptes à obtenir l'attribution des biens ou simplement de l'édifice dès lors que le pape, chef de l'Eglise, a interdit aux catholiques la constitution d'associations cultuelles.

291. La netteté de la politique jurisprudentielle relative au culte catholique ne se retrouve pas pour les cultes protestants. Au sein des confessions protestantes, l'articulation entre le dogme et l'administration est plus fluctuante que pour la religion catholique. La complexité de leur organisation rend les appréciations du juge beaucoup plus difficiles, comme l'illustrent les quelques arrêts rendus en la matière.

Dans l'arrêt du 9 décembre 1910, le litige oppose ainsi deux associations cultuelles de la Confession d'Augsbourg (protestants luthériens). *L'association cultuelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande* saisit le Conseil d'Etat sur le fondement de l'article 8, pour obtenir la résolution d'une attribution réalisée au bénéfice de *l'Union*

¹ CE, 28 juillet 1911, *Rougegré et autres c/ Association cultuelle de Sains-lès-Fressin*, D.P., 1912, III, p 97.

² CE, 14 février 1913, *Abbé Guiton et autres*, Rec., p 204, concl. Corneille ; voir aussi CE, 5 décembre 1913, *Abbé Langlois et autres*, Rec., p 1212.

³ CE, 23 janvier 1920, *Abbé Barraud et autres c/ Abbé Bousquet*, Rec., p 75.

consistoriale de l'Eglise évangélique luthérienne de Paris, et voir prononcée l'attribution des biens à son profit. L'association requérante a été créée au lendemain de la Séparation pour succéder à la communauté des protestants de la confession d'Augsbourg des Alpes-Maritimes, qui était rattachée, sous le régime concordataire, à l'Eglise consistoriale luthérienne de Paris, propriétaire du temple utilisé à Nice pour l'exercice du culte. La particularité de la communauté protestante niçoise tient au fait qu'elle a pour vocation de célébrer le culte en langue allemande. D'ailleurs, à la tête de la communauté, se trouve le pasteur Mader, de nationalité allemande. A partir des années 1880, la nationalité du pasteur devient un problème car les instances nationales du culte luthérien lui demandent de se faire naturaliser s'il veut continuer à exercer le culte dans le cadre des institutions luthériennes. Le pasteur Mader refusant catégoriquement la naturalisation, des projets de séparation naissent sans pouvoir aboutir ; il est vrai que la solution serait sans doute fatale à la communauté de Nice : faute d'être rattachée à un culte reconnu, elle ne bénéficierait plus de la protection du système concordataire et ne jouirait pas de la personnalité morale qui seule permet d'acquérir les biens nécessaires au culte.

La liberté apportée par la Séparation permet à la communauté de Nice de se détacher de l'Eglise consistoriale luthérienne de Paris. *L'association culturelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande* est ainsi créée en dehors des institutions de la confession d'Augsbourg telles qu'elles résultent du synode général d'avril 1906. L'association niçoise est donc constituée en marge de l'organisation officielle et ne reconnaît aucun lien avec les consistoires, les synodes et les inspecteurs ecclésiastiques du culte luthérien. Malgré ce divorce, les liens entre la communauté de Nice et les institutions luthériennes nationales ne sont pas totalement rompus lors des opérations d'attribution de 1906. Ainsi, après la Séparation, *L'Union consistoriale de l'Eglise évangélique luthérienne de Paris*, association qui remplace l'Eglise consistoriale luthérienne de Paris, ancien établissement public concordataire, reçoit l'église et le presbytère utilisés par l'association niçoise. Or, *L'Union consistoriale de l'Eglise évangélique luthérienne de Paris* reçoit ces édifices à charge de les laisser à la disposition de *L'association culturelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande* ; il existe donc un soutien des institutions luthériennes nationales vis-à-vis de la communauté niçoise. Ceci dit, le montage ne satisfait pas l'association niçoise, qui demande au juge l'attribution directe des édifices.

Le Conseil d'Etat rejette la requête, mais au terme d'un raisonnement beaucoup plus délicat que pour la religion catholique. Dans la confession d'Augsbourg, en effet, l'articulation entre le dogme, l'administration et la hiérarchie est plus complexe que dans le culte catholique. Dans ce dernier, le respect de la hiérarchie par les fidèles et les ministres du culte est une condition d'appartenance à l'Eglise ; quiconque s'en écarte méconnaît *ipso facto* le culte catholique romain

orthodoxe. Dans la confession d'Augsbourg en revanche, il est possible d'être orthodoxe du point de vue de la foi tout en méconnaissant les règles d'administration du culte protestant. Les conditions de l'attribution le montrent bien. Alors que *L'association cultuelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande* s'est délibérément placée en marge des institutions nationales du culte luthérien, ces dernières accordent un soutien matériel à la communauté de Nice. Les institutions nationales de la confession d'Augsbourg ne rejettent donc pas de manière radicale l'association niçoise, qui demeure orthodoxe du point de vue du dogme. Il y a donc, dans ce culte protestant, une certaine indépendance entre l'orthodoxie religieuse et le respect de l'organisation du culte.

Mais pour le commissaire du gouvernement Chardenet et le Conseil d'Etat, cette caractéristique du culte luthérien n'est pas suffisante pour admettre la requête de l'association de Nice. En effet, les règles d'organisation générale du culte comprennent, non seulement le dogme, mais encore la constitution d'une Eglise, son administration. Lorsque les règles d'administration sont bien définies, qu'elles apparaissent comme obligatoires pour les fidèles, elles font alors partie des règles d'organisation générale, quelle que soit la souplesse de l'articulation entre l'administration et le dogme. Cette inclusion est nécessaire à la continuité entre le régime concordataire et la Séparation voulue par le législateur, la continuité devant être totale et ne pouvant se limiter au dogme¹. Dès lors, après avoir relevé que l'association requérante est unie au culte luthérien par la foi, le juge constate qu'elle n'en respecte pas les règles d'administration, et en déduit qu'elle ne peut à bon droit prétendre à l'attribution d'édifices qui étaient affectés au culte luthérien reconnu au jour de la Séparation.

292. Si les règles d'administration du culte luthérien sont précises et impératives, s'il existe des mécanismes de contrôle et une certaine hiérarchie au sein de cette confession, il n'en est pas de même pour tous les cultes protestants. Ainsi, une affaire impliquant l'Eglise protestante réformée permet d'illustrer les variations de l'appréciation juridictionnelle des règles d'organisation du culte.

Le litige oppose deux associations cultuelles de l'Eglise réformée. A la suite de la Séparation, est créée *l'association presbytérale de l'Eglise réformée de Passy* pour poursuivre l'exercice du culte réformé dans la commune de Passy. Après quelques années, l'association cultuelle décide de se séparer de *l'Union nationale des Eglises réformées évangéliques* et de *l'Union consistoriale des*

¹ Concl. Chardenet sur CE, 9 décembre 1910, *Association cultuelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande c/ Union consistoriale de l'Eglise évangélique luthérienne de Paris*, Rec., p 907. Pour l'affirmation de l'importance de la continuité, voir aussi concl. Rivet sur CE, 16 février 1923, *Association presbytérale de l'Eglise réformée de l'Annonciation c/ Association presbytérale de l'église réformée de Passy*, Rec., p 155.

Eglises réformées de Paris, qui ont pour vocation de maintenir un lien entre les communautés réformées de France et de Paris. La rupture du lien avec les instances nationales, ainsi que de multiples divergences de vues entre certains fidèles et les dirigeants de la communauté de Passy conduisent la majorité des fidèles à quitter *l'association presbytérale de l'Eglise réformée de Passy* pour créer une autre association culturelle, dénommée *Association presbytérale de l'Eglise réformée de l'Annonciation*. Cette dernière saisit le Conseil d'Etat, sur le fondement de l'article 8, pour obtenir l'attribution des biens détenus par *l'association presbytérale de l'Eglise réformée de Passy*. La solution donnée au litige par le juge administratif est bien différente de celle qui a prévalu dans l'arrêt du 9 décembre 1910 relatif au culte luthérien. Dans la présente affaire, le Conseil d'Etat retient l'hypothèse de la scission entre associations culturelles prévue par l'article 8§5 de la loi de 1905.

Ce choix, éclairé par les conclusions de Rivet, repose sur une analyse précise de l'organisation du culte réformé. Rivet relève que pour l'Eglise réformée, le respect de la hiérarchie et des règles d'administration n'a pas une portée aussi forte que pour le culte catholique ou la confession d'Augsbourg. Les institutions dont s'est dotées la religion réformée au lendemain de la Séparation accordent en effet une large indépendance aux communautés de fidèles par rapport aux instances nationales ou régionales. Le rattachement des paroisses n'est d'ailleurs que facultatif. En fait, explique Rivet, « *la religion réformée est essentiellement une religion démocratique, et l'immutabilité absolue, qui apparaît comme le trait dominant de telle autre confession, ne peut être la règle d'une Eglise, où le pouvoir repose, avant tout, sur l'assemblée des fidèles.* »¹. C'est dire que le critère essentiel du respect par une association culturelle des règles d'organisation générale du culte réformé réside surtout dans le maintien de la confiance entre les fidèles et le pasteur.

Or Rivet constate que malgré le départ d'un grand nombre de membres, *l'association presbytérale de l'Eglise réformée de Passy* regroupe encore une communauté de fidèles qui accordent leur confiance au pasteur en place. Dès lors, compte tenu de la souplesse des règles d'administration de la religion réformée, de leur caractère démocratique et fort peu hiérarchique, la rupture avec les instances nationales n'est pas suffisante pour conclure au non respect des règles d'organisation générale du culte par *l'association presbytérale de l'Eglise réformée de Passy*. La résolution de l'attribution n'est donc possible ni sur le fondement de l'article 8§3 de la loi de 1905, car le délai de recours d'un an prévu par l'article 8§4 est écoulé, ni sur le fondement de l'article 8§5 de la loi de 1905 prévoyant notamment la résolution de l'attribution lorsque l'association a perdu son objet.

¹ Concl. Rivet sur CE, 16 février 1923, *Association presbytérale de l'Eglise réformée de l'Annonciation c/ Association presbytérale de l'église réformée de Passy, Rec.*, p 155.

En revanche, toujours sur le fondement de l'article 8§5, la résolution est possible en raison de l'existence d'une scission. Et, à cet égard, les conditions sont manifestement réunies : la communauté réformée de Passy s'est séparée en deux groupes à la suite de diverses mésententes ; il y a donc bien une scission. Mais comment décider du sort des biens ? Pour le commissaire du gouvernement et le Conseil d'Etat, la solution repose encore une fois sur l'exigence de continuité entre le régime concordataire et la Séparation. Plusieurs éléments de fait sont pris en compte, tels que la présence de nombreux paroissiens donateurs dans l'*Association presbytérale de l'Eglise réformée de l'Annonciation*, le rattachement de cette dernière association aux instances nationales et sa volonté affirmée de perpétuer la tradition. De ces constatations, le juge conclut que c'est la nouvelle association qui est l'héritière authentique du culte réformé pratiqué au moment de la Séparation. En ce sens, l'arrêt mentionne que l'*Association presbytérale de l'Eglise réformée de l'Annonciation* « a renoué la tradition existante dans l'église de Passy à l'époque de la dévolution des biens »¹. Cette circonstance entraîne d'attribution des biens par le juge à la nouvelle association.

293. D'autres décisions relatives aux cultes protestants montrent que le souci de la continuité peut conduire le juge à des appréciations audacieuses. Par exemple, dans un arrêt de 1943, le Conseil d'Etat recherche, à propos de l'Eglise réformée, si le synode national lui-même, qui détermine les règles d'administration du culte valables pour toute la France, n'a pas méconnu les règles d'organisation générale qui résultent de la tradition antérieure à la Séparation². En 1952, enfin, le juge administratif semble d'immiscer dans le fonctionnement interne d'un culte protestant en vérifiant la conformité, non pas d'une association, mais d'une décision disciplinaire aux règles d'administration du culte³.

294. Si ces exemples illustrent la difficulté pour le juge de mettre en œuvre l'article 4, surtout pour les cultes protestants⁴, il ne faut pas se dissimuler que le développement de la jurisprudence administrative démontre assez nettement la pertinence de la formulation des articles 4 et 8 de la loi de 1905. En effet, contrairement au système concordataire qui accordait un statut spécifique à un nombre limité de religions pratiquées au sein de la nation à une époque donnée, le droit laïque prend en compte tous les cultes, présents et à venir. Le principe de laïcité exclut donc que la loi fasse référence aux règles d'organisation de chaque culte particulier. Par leur généralité, les notions de

¹ CE, 16 février 1923, *Association presbytérale de l'Eglise réformée de l'Annonciation c/ Association presbytérale de l'église réformée de Passy*, *Rec.*, p 155.

² CE, 25 juin 1943, *Eglise réformée évangélique de Marseille*, *D.P.*, 1944, III, p 70, note Reuter.

³ CE, 8 février 1952, *Ralison*, *Rec. Penant*, janvier 1953, p 18, concl. Gazier.

⁴ Voir Elsa Forey, *Etat et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, p 224.

règles d'organisation générale du culte et de *circonstances de fait* permettent au juge de prendre en compte la variété des règles d'administration de chaque culte, et de procéder aux recherches factuelles indispensables au traitement du contentieux de l'attribution tout en respectant le principe de neutralité.

§ 2. – La distinction du droit et du fait, traduction technique de la laïcité de l'Etat.

295. Comme les développements qui précèdent viennent de le montrer, les réalités religieuses tiennent une place importante dans la jurisprudence. Pour autant, l'activité du juge ne perpétue pas les pratiques de reconnaissance des cultes qui caractérisent le système concordataire. En effet, dans le cadre de la Séparation et de l'application des articles 4 et 8, le juge administratif adapte la fonction juridictionnelle au principe de neutralité religieuse de l'Etat en exploitant les ressources de la distinction du droit et du fait. Il faut poser les enjeux de cette question (A.), avant de montrer que dans le raisonnement du juge laïque, les règles religieuses deviennent des éléments factuels d'une opération de qualification juridique (B.).

A. – Position du problème.

296. Dans l'application de l'article 4, le juge est loin d'ignorer les cultes ; il se livre en effet à des appréciations poussées et précises sur l'organisation des religions. Au premier abord, cette pratique juridictionnelle, déterminée en grande partie par les termes de la loi de Séparation, semble contraire à la laïcité de l'Etat. Cette dernière n'implique-t-elle pas, selon l'article 2, l'absence de reconnaissance par l'Etat voire, aux dires des libres-penseurs et anticléricaux, l'absence de *connaissance* des cultes par l'Etat ? C'est le sens de certaines interventions lors de la discussion de l'article 4. Par exemple, le député César Trouin déclare : « *L'article 1^{er} déclare que la République assure la liberté de conscience ; l'article 2 déclare que la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. Par conséquent, dès que la loi sera votée, nous ne devons reconnaître aucun culte. Or, quel est l'effet de l'adjonction introduite dans l'article 4 ? Le voici : bien que la religion ne reconnaisse pas la religion catholique, apostolique et romaine, elle lie le juge civil à la décision du droit canon* »¹. Les propos du député Levraud vont dans le même sens : « *la vraie séparation consiste à ne plus connaître les prêtres des différents cultes. Nous avons devant nous des associations cultuelles, et les curés, les pasteurs ou les rabbins ne sont que de simples adhérents, de*

¹ *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome I, p 2015 (Séance du 20 avril 1905).

simples membres de ces associations, qui se sont constituées pour pratiquer la même religion, et pas autre chose. Si les membres de ces associations veulent décerner certains titres, comme le titre d'évêque ou d'archevêque, à certain d'entre eux, libres à eux, ils peuvent décerner ces titres honorifiques, et même y attacher un certain pouvoir spirituel et même temporel au point de vue des appointements perçus. Ils sont absolument libres de le faire. Mais l'Etat français ne doit pas savoir ce que cela veut dire ; cela n'a plus de sens pour lui, cela n'existe plus. »¹.

297. Les controverses sur le sens de l'article 4 mettent en lumière les incertitudes sur la portée exacte du principe de neutralité et sur le nouveau statut des règles religieuses dans le contexte de la Séparation. Cette incertitude a nourri la production de théories diverses tentant de rendre compte de la nouvelle situation juridique.

Pour un courant important, qui se manifeste dès la discussion de l'article 4 à la Chambre, l'articulation entre les règles religieuses et le droit étatique est présenté sous l'angle d'un rapport entre des ordres juridiques distincts mais égaux. Le député et avocat Fernand de Ramel estime ainsi que la référence aux règles d'organisation générale du culte pour trancher les litiges d'attribution va créer un mécanisme de question préjudicielle entre le juge administratif et l'autorité ecclésiastique, à l'image des questions préjudicielles existant entre les ordres administratif et judiciaire : « *le véritable sens qu'il faut donner au nouveau texte de la commission, est celui-ci : le tribunal civil devra surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction canonique ait prononcé, toutes les fois qu'une question cultuelle ou canonique surgira. Cette question sera préjudicielle. Elle sera résolue par la juridiction canonique, puis le tribunal en fera application au fond pour la solution du conflit d'ordre temporel qu'il aura à juger, sans pour cela avoir jamais à faire du droit canon.* »². Dans cette hypothèse, le droit religieux demeure un ordre juridique parallèle et autonome par rapport à l'Etat, mais avec lequel ce dernier n'a plus de contact direct, du fait du principe de laïcité. Il reste que dans cette théorie de la question préjudicielle, le juge applique comme du droit une décision émanant des institutions religieuses.

D'autres explications plus récentes exploitent les mécanismes du droit international privé. Sont ainsi évoquées la technique de la réception de la règle étrangère par la loi du for, ou celle du renvoi, par laquelle le juge peut faire application d'une règle étrangère lorsque la règle de conflit du for le permet³. Toutefois, il ne peut y avoir qu'une analogie entre l'article 4 et ces mécanismes dès

¹ *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome I, p 2074 (Séance du 22 avril 1905).

² *Annales de la chambre des députés*, 1905, tome I, p 2012 (Séance du 20 avril 1905). Voir aussi les propos de Charles Dumont, *Annales de la chambre des députés*, 1905, tome I, p 2089 (séance du 22 avril 1905).

³ Voir note Reuter sous CE, 25 juin 1943, *Eglise réformée évangélique de Marseille*, DP, 1944, III, p 70 ; voir aussi la présentation et la discussion des différentes théories par Elsa Forey, *Etat et institutions religieuses*.

lors que ni la loi, ni la jurisprudence ne les consacrent expressément ; analogie fragile au demeurant, dans la mesure où la loi de Séparation a abrogé les dispositions du droit concordataire aux effets comparables qui organisaient l'*exequatur* des actes de la papauté.

Enfin, la prise en compte des règles religieuses par le juge a parfois été expliquée par le principe d'autonomie de la volonté. Les Eglises sont alors assimilées à des associations, résultat de la liberté contractuelle, dont les règles d'organisation sont les statuts. Le juge peut alors connaître de ces statuts et en sanctionner la méconnaissance. Mais ce rapprochement rencontre deux limites. La première tient au fait que le régime des cultes s'écarte largement du droit commun des associations défini par la loi du 1^{er} juillet 1901. La seconde limite résulte des particularités profondes de beaucoup de cultes par rapport à la notion d'association, à commencer par la structure hiérarchique de nombreuses confessions et l'absence fréquente d'élément volontaire dans le fonctionnement de ces dernières¹.

298. Si les tentatives d'explication doctrinale des rapports entre la règle religieuse et l'Etat semblent peu convaincantes, c'est en partie parce qu'elles ne rendent pas compte de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Ce dernier n'a consacré aucune théorie particulière sur le statut juridique des règles religieuses dans le cadre de l'article 4. Il a en revanche modifié, dans le raisonnement juridictionnel, la place qu'occupaient souvent les règles religieuses sous le régime concordataire, de telle sorte que le contrôle du juge ne puisse pas être considéré comme une forme de reconnaissance. Le sens de cette modification est claire : *avec la Séparation, les règles d'organisation des cultes passent du droit au fait dans le raisonnement judiciaire* ; c'est par ce moyen que le juge opère une transcription du principe de laïcité de l'Etat dans les termes de la technique juridique. En vertu de cette nouvelle méthode, la neutralité religieuse de l'Etat implique désormais l'absence de reconnaissance au sens du droit concordataire, mais pas la méconnaissance absolue des réalités religieuses.

B. – Les règles religieuses, éléments factuels d'une opération de qualification juridique.

299. La jurisprudence du Conseil d'Etat consacre une rupture certaine avec le droit concordataire car, au XIXe siècle, il n'est pas rare que le juge administratif fasse des règles des cultes reconnus un élément de la légalité étatique.

Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, p 214 et s. Sur la technique du renvoi en droit international privé et les mécanismes de réception de la loi étrangère en droit interne, voir Bernard Audit, *Droit international privé*, 2^{ème} éd, Economica, 1997, n°20 et s.

¹ Elsa Forey, *Etat et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, p 235 et s.

Le phénomène est fréquent dans le cadre du recours pour abus, dans la mesure où l'article 6 des Organiques érige en abus ecclésiastique l'infraction aux règles consacrées par les canons reçus en France et l'attentat aux libertés, franchises et coutumes de l'Eglise gallicane¹. Le Conseil d'Etat est donc amené à contrôler le respect de la règle religieuse par les actes de ministres du culte². Cette mission est clairement identifiée par la doctrine. En 1853, l'auteur de l'article sur les cultes du *Répertoire Dalloz* justifie en ces termes la raison d'être du recours pour abus : « *l'appel comme d'abus est la conséquence du régime de la protection, en ce sens que l'Etat protégeant un culte d'une manière spéciale, dans sa doctrine, dans sa discipline, dans ses ministres, il doit avoir un moyen quelconque de réprimer les abus dont ces ministres peuvent se rendre coupables, et même les atteintes qu'ils peuvent porter soit à la doctrine, soit à la discipline.* »³. Plus tard, Laferrière explique : « *dès que le droit public ecclésiastique est menacé d'une atteinte, soit de la part d'une autorité religieuse, soit de la part d'une autorité civile, le chef de l'Etat intervient en son Conseil, comme gardien du pacte concordataire et des lois et coutumes qui sont les fondements de ce droit, comme arbitre des différends qui peuvent troubler la paix religieuse.* »⁴. Cependant, toutes les règles religieuses ne sont pas sanctionnées par le juge administratif. Seules les *règles d'administration et de discipline* sont concernées, le juge ne contrôlant pas le respect des dogmes religieux⁵. A propos des sentences de déposition prononcées contre les prêtres par leur hiérarchie, Batbie précise ainsi que « *le conseil d'Etat n'apprécie que la régularité de la décision, l'observation des formes, et ne s'immisce jamais dans la connaissance du fond ; il ne pourrait le faire qu'en s'attribuant une partie de l'autorité spirituelle, et le conseil a toujours évité de se donner une intervention aussi difficile.* »⁶.

Il peut aussi se faire que la règle religieuse soit un élément de la légalité pour le juge de l'excès de pouvoir, comme l'illustre un arrêt de 1867 aux conclusions de Léon Aucoc⁷. Un curé attaque un décret de l'Empereur rendant exécutoire, quant à ses effets civils, une ordonnance archiépiscopale de déposition. Pour demander l'annulation du décret, le curé invoque une ordonnance ecclésiastique

¹ Article « Cultes », in *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 783.

² Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Le jeu concordataire dans la France du XIXe siècle*, PUF, 1988, p 193 et s.

³ Article « Cultes », in *Répertoire méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz*, tome 14, Paris, 1853, p 778.

⁴ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1^{ère} éd, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 81.

⁵ Charles Renard, *L'appel comme d'abus*, Thèse, Lille, 1896.

⁶ Anselme Batbie, *Doctrine et jurisprudence en matière d'appel comme d'abus*, Paris, 1851, p 73.

⁷ CE, 20 juin 1867, *Abbé Roy, Rec.*, p 585, concl. Aucoc. Voir aussi, pour le culte protestant, CE, 23 juillet 1880, *Gâches, Julien et autres c/ le consistoire de Vianes, Rec.*, p 675, concl. Le Vavasseur de Précourt. De même, certains arrêts considèrent une décision d'un évêque comme un acte administratif susceptible de recours pour excès de pouvoir, donc comme une norme étatique ; voir CE, 15 décembre 1865, *Fabrique de Saint-Martin, Rec.*, p 986.

postérieure infirmant la déposition. Mais Aucoc explique que cette décision n'est pas invocable car elle n'a pas reçu l'autorisation du gouvernement prévue par l'article 1^{er} des Organiques. Le raisonnement d'Aucoc implique donc *a contrario* que la décision ecclésiastique aurait fait partie de la légalité si elle avait été autorisée, et aurait pu, dès lors, fonder l'annulation du décret de l'Empereur. Dans cette affaire, le débat porte donc clairement sur le droit applicable, sur la majeure du syllogisme judiciaire. Et si, finalement, le juge rejette la requête au motif que la norme invoquée n'est pas applicable, cela tient aux circonstances de l'espèce et non à une impossibilité de principe¹.

300. Le statut des règles religieuses dans le contrôle du juge administratif se transforme avec la Séparation. Elles ne peuvent plus être un élément du droit positif examiné par le juge au niveau de la majeure du syllogisme judiciaire. Dorénavant, elles deviennent des éléments de fait examinés au stade de la mineure du syllogisme. A elle seule, cette constatation est toutefois insuffisante par manque de précision. Il faut approfondir l'analyse pour rendre compte aussi fidèlement que possible du raisonnement du juge administratif.

Au moment de l'adoption de la Séparation, le statut juridique exact de la référence aux règles d'organisation générale du culte n'est pas élucidé. S'agit-il de la perpétuation de la logique de reconnaissance du système concordataire, comme le déplore le député Hubbard à la Chambre le 20 avril, en avançant que l'article 4 érige le dogme et la religion en présomption légale, en *condition de droit* pour trancher les litiges d'attribution² ? Est-ce au contraire l'une des *circonstances de fait* mentionnées par l'article 8, comme l'affirme Briand et le ministre des cultes ?

Concluant sur l'affaire *Association cultuelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande*, Chardenet rejette toute interprétation de l'article 4 qui ferait des règles d'organisation de chaque culte particulier un élément de droit, s'imposant au juge administratif dans l'exercice de son office et excluant toute autre considération. Il repousse ainsi explicitement la thèse de la question préjudicielle défendue par Fernand de Ramel à la Chambre : « *un honorable député, que vous avez parfois le plaisir d'entendre à cette barre, se souvenant des questions préjudicielles qui se posent souvent devant vous, avait laissé entendre que le tribunal aurait à surseoir à statuer, tant que la décision de l'évêque ne lui serait pas connue. Par l'article 8,*

¹ Concl. Aucoc sur CE, 20 juin 1867, *Abbé Roy, Rec.*, p 585 : « nous sommes amenés à conclure, avec M. le ministre de la justice et des cultes, que la sentence pontificale dont se prévaut M. l'abbé Roy est comme non-avenue, tant que la mise à exécution n'en a pas été autorisée, et, comme cette autorisation n'a pas été produite, le moyen sur lequel était fondé le pourvoi ne se trouve pas justifié. ».

² *Annales de la chambre des députés*, 1905, tome I, p 2013 (Séance du 20 avril 1905).

on a voulu indiquer que le pouvoir d'appréciation du juge ne pourrait pas être ainsi limité, et le législateur a disposé que le juge devrait tenir compte de toutes les circonstances de fait. »¹.

Les règles religieuses ne sont plus un élément de la légalité, elles sont une des circonstances de fait mentionnées par l'article 8. Mais la conformité aux règles d'organisation générale du culte n'est pas une circonstance de fait quelconque. Chardenet explique qu'il s'agit de la circonstance première, à la fois *logiquement* et *chronologiquement*, dans le raisonnement du juge. En effet, comme nous l'avons vu plus haut, si une association cultuelle qui demande l'attribution de biens sur le fondement de l'article 8 ne se conforme pas aux règles d'organisation du culte, alors aucune autre circonstance de fait ne pourra justifier l'attribution des biens à son profit. Il s'agit donc d'une condition *nécessaire*, mais *non suffisante*, de l'attribution des biens des établissements du culte. Chardenet souligne ainsi « *qu'on a voulu dire que le juge pourrait être ainsi amené, en considération même de ces circonstances, à attribuer les biens à une autre association, qui lui paraîtrait mieux qualifiée pour assurer l'exercice du culte, mais à condition que cette association se conformât aux règles d'organisation générale du culte, dont elle se proposait d'assurer l'exercice, car c'est la condition essentielle, primordiale, de toute attribution.* »². L'individualisation de la conformité aux règles d'organisation générale du culte, au sein du faisceau de circonstances de fait, élève cet élément au rang de *circonstance de fait essentielle*.

A cet égard, la rédaction des arrêts est démonstrative, à la fois en plein contentieux de l'article 8 et en excès de pouvoir. Dans l'arrêt du 9 décembre 1910, le Conseil d'Etat, après avoir posé l'article 4 comme majeure du syllogisme, constate que, en fait, l'association attributaire respecte les règles d'organisation générale du culte protestant, puis procède au même contrôle pour l'association requérante, apportant cette fois-ci une réponse négative. Enfin, le juge déduit de cette constatation (« *dès lors...* ») que l'association requérante, ne s'étant pas conformée aux règles d'organisation générales du culte dont elle se propose d'assurer l'exercice, n'est pas fondée à obtenir l'attribution des biens, nonobstant les circonstances de fait qu'elle invoque³.

Dans l'arrêt *Abbé Guilton*, le juge vérifie si, en fait, l'association attributaire s'est bien conformée aux règles d'organisation générale, puis, la réponse étant négative, en déduit que l'association n'est plus en mesure de remplir son objet⁴.

¹ Concl. Chardenet sur CE, 9 décembre 1910, *Association cultuelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande c/ Union consistoriale de l'Eglise évangélique luthérienne de Paris*, Rec., p 907.

² Concl. Chardenet sur CE, 9 décembre 1910, *Association cultuelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande c/ Union consistoriale de l'Eglise évangélique luthérienne de Paris*, Rec., p 907.

³ CE, 9 décembre 1910, *Association cultuelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande c/ Union consistoriale de l'Eglise évangélique luthérienne de Paris*, Rec., p 907.

⁴ CE, 14 février 1913, *Abbé Guilton et autres*, Rec., p 204, concl. Corneille.

En excès de pouvoir, le respect du critère de l'article 4 est une condition de légalité des décrets d'attribution pris sur le fondement de l'article 8 de la loi de 1905¹. Il est aussi une condition de légalité de l'affectation d'un édifice à un groupe de catholiques se prévalant de l'article 5§1 de la loi du 2 janvier 1907².

301. Faut-il conclure de ce qui précède que derrière le classement des règles religieuses parmi les circonstances de fait examinées par le juge, se cache une reconnaissance officieuse de l'autorité légale des règles particulières de chaque culte ? Rien n'est moins exact. En vérité, si la conformité aux règles d'organisation générale du culte devient clairement une condition légale de l'attribution ou de l'affectation, cette condition est en elle-même *abstraite et générale*. Elle ne fait référence à aucune règle particulière d'un culte particulier et se borne à exiger un *rapport de conformité*, du point de vue du culte exercé, entre l'association cultuelle qui revendique l'attribution des biens (ou le ministre du culte qui demande l'usage de l'église) et l'ancien établissement public du culte. La condition de l'article 4 ne contient donc en elle-même aucune reconnaissance de l'autorité juridique des règles des cultes. Elle est en revanche l'expression de l'exigence de continuité et d'équité qui marque le régime de liquidation du système concordataire³.

302. Si les règles religieuses ne sont pas du droit, elles ne sont pas pour autant des faits « purs », simplement constatés et étrangers au monde du droit, comme le souhaitent les députés qui militent pour l'ignorance des cultes par l'Etat. Au contraire, les règles religieuses sont des éléments de fait qui s'inscrivent dans une opération de *qualification juridique* permettant de concrétiser la condition légale de l'article 4. Pour que le juge puisse donner une solution à un litige, il doit déterminer si, concrètement, une association particulière appartenant à un culte déterminé s'est conformée aux règles d'organisation du culte dont elle se propose d'assurer l'exercice. Pour ce faire, le juge doit examiner et apprécier les règles religieuses, mais comme des faits permettant d'établir la satisfaction d'une condition légale qui ne contient en elle-même aucune règle religieuse.

Toutefois, le changement de statut des règles religieuses demeure difficile à cerner. Si les règles d'organisation des cultes relèvent désormais du « pôle du fait » dans le raisonnement du juge, elles restent associées au droit par l'opération de qualification dans laquelle elles s'intègrent nécessairement. Les difficultés de la caractérisation de l'opération de qualification juridique, et de la

¹ CE, 28 juillet 1911, *Rougegré et autres c/ Association cultuelle de Sains-lès-Fressin, D.P.*, 1912, III, p 97.

² CE, 23 janvier 1920, *Abbé Barraud et autres C/ Abbé Bousquet, Rec.*, p 75.

³ Voir *supra* n°191 et s.

distinction du droit et du fait, compliquent ainsi l'élucidation de la nature des règles religieuses¹. Le rapprochement du droit et des faits peut être décrit comme une opération de *subsumption* des faits sous la règle juridique. Cette subsumption implique un travail de *concrétisation* des catégories et des définitions abstraites du droit². Or, dans ce cadre, il n'y a pas de place pour une séparation nette du droit et du fait. Cela résulte de ce que la qualification juridique n'est pas une pure opération de déduction logique, et ne relève en propre ni du fait, ni du droit. En d'autres termes, la qualification est une interface entre le droit et le fait, qui permet la « *pénétration du fait dans le phénomène juridique* »³. De plus, bien souvent, le juge ne recherche pas la qualification *vraie*, mais la qualification *juste*. D'où l'importance de la discussion et de l'argumentation dans le raisonnement du juge, et un passage incessant du droit au fait et du fait au droit⁴. Ce schéma assez subtil, dans lequel le droit et le fait ne sont pas opposés de manière simplificatrice comme deux mondes séparés, permet d'éclairer et de préciser la nature factuelle des règles religieuses.

303. En outre, il faut avoir à l'esprit, pour comprendre le statut factuel des règles religieuses, que la distinction du fait et du droit peut être « manipulée » par le juge en fonction des objectifs qu'il poursuit. Cet aspect est illustré par la pratique du contrôle du juge de cassation. Ainsi, la distinction du droit et du fait n'est pas seulement le produit d'exigences logiques, mais aussi de considérations politiques, morales, ou de bonne administration de la justice. Si le juge de cassation n'exerce qu'un contrôle de la régularité juridique des décisions qui lui sont déférées, il sait aussi définir la frontière entre le droit et le fait pour modeler les limites de son contrôle en fonction de sa politique jurisprudentielle. Ainsi, certaines opérations de qualification juridique relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond, en raison par exemple de la faible densité juridique des notions en cause⁵. Lorsqu'au contraire le Conseil d'Etat décide de contrôler certaines qualifications, il peut être motivé par un souci d'unification de la jurisprudence, par la volonté de maîtriser la définition et l'application d'une notion politiquement ou socialement sensible, ou encore par l'implication d'un

¹ Voir notamment : Gabriel Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Thèse, Sirey, 1928.

² Patrick Wachsman, « Qualification », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphane Rials (dir), Lamy/PUF, 2003, p 1277 ; Charles Vautrot-Schwarz, *La qualification en droit administratif*, BDP, n°263, LGDJ, 2009.

³ Charles Vautrot-Schwarz, *La qualification en droit administratif*, BDP, n°263, LGDJ, 2009, p 106.

⁴ Olivier Cayla, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, n°18, 1993, p 3-18. L'école de la Nouvelle rhétorique menée par Charles Perelman insiste aussi sur l'importance de l'argumentation dans le raisonnement juridique. Voir Charles Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 1979, rééd Dalloz, 1999 ; Charles Perelman, *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Vrin, 1997 ; Guillaume Vannier, *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, PUF, 2001 ; Marie-Laure Mathieu-Izorche, *Le raisonnement juridique*, PUF, 2001.

⁵ Jacques-Henri Stahl, « Recours en cassation », in *Répertoire contentieux administratif Dalloz*, Janvier 2003.

droit fondamental¹. Aussi bien, la distinction entre le droit et le fait par le juge de cassation est déterminée par une combinaison de critères parmi lesquels la stricte logique ne tient pas toujours une place prépondérante. A ce propos, Léo Goldenberg écrit « *qu'une inspiration politique, un souci variable de cohésion étatique, président ainsi à l'institution des juridictions limitées au contrôle de l'erreur de droit. Et la distinction du fait et du droit n'apparaît plus que comme un procédé technique mis au service de cette inspiration politique, subissant son influence, et variant avec elle. Il n'y a pas une distinction logique et immuable du fait et du droit, il y a des délimitations arbitraires qui résultent de la répartition des compétences qu'on a voulu faire dans chaque cas.* »².

304. Dans le cas de l'interprétation de l'article 4, l'enjeu politique de la distinction du fait et du droit réside dans la nécessité pour le juge de respecter le principe de neutralité religieuse de l'Etat – qui exclut toute forme de reconnaissance des cultes –, tout en exerçant son office de manière efficace, ce qui suppose une certaine forme d'appréhension du fait religieux. Le problème est résolu par le juge administratif en cantonnant les règles d'organisation générale du culte dans le domaine du fait, comme en attestent les affirmations explicites de Chardenet.

La référence aux règles religieuses par l'article 4 était un véritable piège pour le juge car elle faisait planer le spectre de la continuation des pratiques concordataires sous l'empire du droit laïque. Le statut factuel donné aux règles religieuses rend possible le dépassement de cet écueil. D'abord, par la généralité de ses termes, la condition posée par l'article 4 ne reconnaît aucun culte particulier. Elle vise abstraitement tous les cultes concernés par les opérations de liquidation des biens ecclésiastiques. Aucune règle religieuse particulière n'est donc érigée en élément de la légalité étatique. Ensuite, dans le cadre de son office, le juge connaît les règles de chaque culte particulier, mais comme un simple fait envisagé sous l'angle d'une opération de qualification juridique³. Les règles religieuses ne sont plus un élément de la légalité, mais une *étape factuelle* du raisonnement

¹ Jacques-Henri Stahl, « Recours en cassation », in *Répertoire contentieux administratif Dalloz*, Janvier 2003. Pour un exemple des débats internes à la juridiction administrative sur la pertinence de la distinction entre appréciation souveraine et qualification juridique des fait, voir concl. Hubert sur CE, section, 3 juillet 1998, *Mme Salva-Coudert, R.F.D.A.*, 1999, p 112, note Bourrel. Le commissaire du gouvernement propose d'abandonner la distinction pour retenir le critère de l'utilité rationnelle du contrôle d'une notion par le juge de cassation. De même, dans une affaire récente en cassation relative à l'application de la loi du 15 mars 2004 sur le port de signes religieux dans les établissements scolaires publics, le commissaire du gouvernement Rémi Keller propose au Conseil d'Etat de contrôler l'appréciation par les juges du fond de la notion de manifestation ostensible d'une appartenance religieuse par le biais d'un signe religieux, estimant que ce choix s'impose car l'interprétation de cette notion met en jeu d'exercice par les élèves des libertés de conscience et des cultes. Voir concl. Keller sur CE, 5 décembre 2007, *M. et Mme Ghazal ; M. Sing et autres, R.F.D.A.*, 2008, p 529 et s.

² Léo Goldenberg, *Le Conseil d'Etat, juge du fait. Etude sur l'administration des juges*, Thèse, Paris, 1932, p 18. Voir aussi Gabriel Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Thèse, Sirey, 1928.

³ Joseph Barthélémy, « Les rapports entre l'Etat français et l'Eglise catholique depuis la séparation », *Jahrbuch des öffentlichen rechts*, Band VIII, Tubingen, 1914, p 283 et s.

juridictionnel. La nuance est décisive car elle permet la mise en œuvre du principe de laïcité de l'Etat dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. Et comme le montre le Conseil d'Etat, la neutralité peut parfaitement s'accommoder d'une *connaissance* des cultes par le juge, pourvu qu'elle intervienne à l'étape adéquate du contrôle juridictionnel. Les techniques du raisonnement juridictionnel suffisent donc à rendre compte de la connaissance par le juge laïque des règles des cultes, sans qu'il soit besoin d'invoquer des notions de droit international privé régissant les relations entre ordres juridiques distincts, ou les techniques de questions préjudicielles¹.

D'ailleurs, la jurisprudence du Conseil d'Etat rejoint la doctrine pour laquelle la laïcité interdit à l'Etat d'apporter la sanction de la loi aux confessions, mais permet aux organes de l'Etat de *connaître* des cultes comme un *fait*, de la même manière qu'ils peuvent connaître toute manifestation de la société civile dès lors que l'intérêt général ou l'application de la loi sont en jeu².

Ces constructions élaborées au début du XXe siècle expriment l'esprit de la conception juridique de la laïcité et inspirent encore la jurisprudence contemporaine. Ainsi, à l'occasion d'une affaire de 1980 portant sur le sort de l'aumônier protestant d'un hôpital destitué de ses fonctions par sa hiérarchie religieuse, le commissaire du gouvernement Daniel Labetoulle rappelle que les décisions des Eglises sont des faits que le juge se borne à constater. « *Les décisions des Eglises, explique le commissaire, ne sont pas pour l'Etat source de droits ou d'obligations. Il n'empêche que, dans un certain nombre de cas, au reste peu nombreux – l'attribution des édifices du culte, la situation des aumôniers – leurs chemins se croisent. L'esprit de la loi de 1905 est alors que l'Etat se borne à prendre acte de la façon dont, sur ce point, l'Eglise se présente à lui.* »³.

Section II. La confrontation des franchises locales et de la laïcité : le contentieux des subventions aux cultes.

305. Le juge administratif n'a pas seulement été conduit à préciser le sens et la portée juridique de la notion de neutralité religieuse de l'Etat ; il a aussi été amené à concilier sa mise en œuvre avec d'autres exigences, comme l'illustre le contentieux des subventions aux cultes. En la matière, est née une confrontation entre les libertés des collectivités locales – les franchises locales, selon la

¹ Pour les fidèles, les catholiques par exemple, le droit canonique reste du droit, mais seulement à l'égard des croyants. Pour l'Etat, ces règles ne sont qu'un fait, qui ne peut être ignoré, mais auquel la sanction de la loi ne peut être apportée.

² Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd, Sirey, 1914, rééd, Panthéon-Assas, 2001, p 1196 ; Joseph Barthélémy, « Les rapports entre l'Etat français et l'Eglise catholique depuis la séparation », *Jahrbuch des Offentlichen Rechts*, Band VIII, Tubingen, 1914, p 283 et s ; Léo Goldenberg, *Le Conseil d'Etat, juge du fait. Etude sur l'administration des juges*, Thèse, Paris, 1932, p 348.

³ Concl. Labetoulle sur CE, 17 octobre 1980, *Sieur Pont*, A.J.D.A., 1981, p 256.

terminologie du début du XXe siècle¹ – et le principe de laïcité de l'Etat, duquel découle la règle du non-subventionnement des cultes.

Le phénomène apparaît dès la phase d'élaboration de la loi de Séparation. Dans son ouvrage consacré au commentaire du projet définitif de la Commission Buisson, Paul Grunebaum-Ballin formule ainsi l'alternative qui se présente au législateur : soit interdire les subventions aux cultes à toutes les personnes publiques qui composent la République, pour donner la portée la plus large à la laïcité de l'Etat ; soit limiter l'interdiction à l'Etat et permettre aux collectivités de subventionner les cultes, par égard pour l'autonomie locale². Lors de la discussion de l'article 2 à la Chambre, la problématique est reprise, notamment par le député Jules Dansette, pour critiquer l'extension donnée par le projet de loi à la règle de non-subventionnement : « *De loin en loin, déclare t-il, nous votons une loi destinée à donner à la France un peu d'initiative et de liberté. La loi organique de 1871 sur les conseils généraux, la loi municipale de 1884 sont de ce nombre ; mais, dès qu'une question touchant la question religieuse est soulevée, l'esprit jacobin reparait, dominateur, centralisateur, despotique, et, pour tout dire, haineux et sectaire.* ». Plus loin, il ajoute : « *Enfin, et c'est ici un des abus contre lequel je m'élève et auxquels mon amendement a pour but de remédier, vous paralysez la liberté des communes, vous supprimez leur indépendance sous la raison de l'Etat ! D'ailleurs, jamais le fait du prince n'a été plus fréquent ni plus brutal que depuis que la République est passée des mains des modérés aux mains des parties extrêmes.* »³.

306. Une fois la Séparation adoptée, la confrontation déborde le domaine des idées et des joutes politiques pour devenir un aspect institutionnel bien réel de l'application de la loi. Certaines communes n'acceptent pas le principe de neutralité religieuse et souhaitent maintenir des pratiques traditionnelles de soutien au culte. En particulier, des communes entendent continuer à laisser gratuitement le presbytère à la disposition du desservant, en méconnaissance de l'article 2 de la loi de Séparation. La question suscite des conflits entre les municipalités et les préfets, révélateurs des rapports de force autour de la mise en œuvre de la règle de non-subventionnement. Observant cette situation, Hauriou en déduit sans nuance que la résistance de certaines collectivités est le signe d'une forme d'échec de la Séparation, le législateur n'ayant pas su prendre la mesure de la force des intérêts électoraux locaux qui conduisent nombre de communes à contourner l'article 2 de la loi de

¹ Voir par exemple un article de Louis le Fur qui emploie l'expression : Louis le Fur, « La protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiètements des agents centralisés », *R.G.A.*, 1911, p 5-21 ; p 129-152 ; p 385-399 ; *R.G.A.*, 1912, p 5-18.

² Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Etude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 80 et s.

³ *Annales de la chambre des députés*, 1905, tome II, p 1743 et s (Séance du 13 avril 1905).

1905 pour satisfaire leurs électeurs ¹. De manière plus intéressante, il décrit aussi le rôle du juge administratif dans l'arbitrage de ces conflits entre la laïcité et les libertés locales : « *Dans la période de transition et de retouches successives à la loi de 1905 où nous nous trouvons encore, l'attitude du Conseil d'Etat est bien intéressante à observer. Il a parfaitement compris que la loi de séparation était devenue une sorte de champ clos pour tournois entre municipalités et préfets, et que les municipalités, représentant ici, non seulement la force du suffrage universel, mais le droit de la décentralisation, devaient être soutenues dans leurs revendications toutes les fois qu'elles restaient dans la légalité des franchises municipales.* »². Ce passage reflète très fidèlement l'esprit de la jurisprudence administrative sur les subventions aux cultes. Pour le juge, il s'est agi d'opérer une conciliation entre l'autonomie des communes et l'application effective et efficace du principe de neutralité. Cette politique jurisprudentielle se manifeste d'abord par la portée donnée à l'article 2 de la loi de 1905. Pour le Conseil d'Etat, la disposition implique l'interdiction des subventions en tant qu'elles constitueraient une reconnaissance des cultes (§1.). Enfin, le contentieux de la location des presbytères est particulièrement éclairant sur les enjeux politiques de la jurisprudence administrative (§2.).

§ 1. – La portée de l'article 2 de la loi de 1905 : l'interdiction des subventions en tant qu'elles constituent une reconnaissance des cultes.

Après avoir précisé le cadre législatif du contentieux des subventions aux cultes (A.), nous nous pencherons sur la jurisprudence développée par le Conseil d'Etat³ (B.).

¹ Note Hauriou sous CE 10 novembre 1911 et 24 novembre 1911, *Commune de Saint-Blancard, S.*, 1912, III, p 1.

² Note Hauriou sous CE 10 novembre 1911 et 24 novembre 1911, *Commune de Saint-Blancard, S.*, 1912, III, p 1.

³ Sur le contentieux des subventions, voir Didier Jousselin, *L'excès de pouvoir en matière de cultes*, Thèse, Paris, 1921 ; Joseph Barthélémy, « Les rapports entre l'Etat français et l'Eglise catholique depuis la séparation », *Jahrbuch des öffentlichen rechts*, Band VIII, Tubingen, 1914, p 283 et s ; Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd, Sirey, 1933, rééd Dalloz, 2002 ; Gaston Jèze, *Les principes fondamentaux du droit administratif*, tome II, 3^{ème} éd, 1930, rééd Dalloz, 2004 ; Lucien Crouzil, *Quarante ans de Séparation. Etude historique et juridique*, Didier, 1945 ; article « Cultes », in *Répertoire pratique Dalloz*, 1912 ; Albin Curet, *Les communes et les lois de séparation*, Pédone, 1910 ; Emmanuel Tawil, *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse. Le Conseil d'Etat et le régime des cultes depuis la loi de 1905*, PUAM, 2009, p 67 et s.

A. – *Le cadre législatif.*

307. Le principe de l'interdiction pour l'Etat et les autres personnes publiques de subventionner les cultes résulte principalement de l'article 2§1^{er} de la loi de 1905, qui dispose : « *La République ne reconnaît, ne salarie, ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1^{er} janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'Etat, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes.* ». Il est rappelé par l'article 19 interdisant les subventions versées aux associations cultuelles par l'Etat, les départements et des communes. La prohibition générale est assortie de plusieurs tempéraments prévus par le législateur. D'abord, le second alinéa de l'article 2, issu d'un amendement proposé par les députés Sibille et Legrand, prévoit que « *pourront toutefois être inscrites auxdits budgets les dépenses relatives à des services d'aumôneries et destinés à assurer le libre exercice des cultes dans les établissements publics, tels que les lycées, collèges, écoles, hospices, salles et prisons.* ». Ensuite, l'article 19 exclut les sommes allouées pour la réparation des monuments classés du champ de l'interdiction des subventions aux associations cultuelles. Par ailleurs, l'article 5 de la loi du 13 avril 1908 permet les dépenses pour l'entretien et la conservation des édifices du culte dont l'Etat, les départements et les communes sont propriétaires. Enfin, l'article 11 de la loi de 1905 permet à l'Etat, aux départements et aux communes d'attribuer des pensions et des allocations aux ministres du culte qui étaient salariés par une personne publique au moment de la Séparation.

308. La justification de la règle de non-subventionnement ressort clairement des travaux préparatoires et des prises de position des promoteurs de la Séparation. Pour Aristide Briand et son collaborateur Paul Grunebaum-Ballin, elle est ainsi une condition d'une Séparation effective des Eglises et de l'Etat, et une conséquence logique de l'absence de reconnaissance des cultes¹. Contrairement à ceux qui affirment l'indépendance logique des questions de la Séparation et de la suppression du budget des cultes, Briand et Grunebaum-Ballin considèrent qu'une Séparation authentique passe nécessairement par la fin du soutien financier de l'Etat aux cultes. Pour Briand, si l'Etat continue de subventionner le culte, les relations propres au régime concordataire se perpétueront inévitablement. Répondant à un député qui défend un amendement tendant au maintien du budget de l'Etat, il déclare ainsi à la Chambre : « *Messieurs, je crois que M. Delafosse s'abuse sur la portée réelle de sa proposition. Si, conformément à son amendement, vous mainteniez le budget des cultes, ainsi que, par une conséquence logique, le droit pour les départements et les*

¹ Aristide Briand, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés, suivi des annexes*, Paris, 1905, p 267 ; Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Etude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 80 et s.

communes de subventionner les cultes, vous vous trouveriez appelés fatalement à prendre, au moyen de dispositions ultérieures, toutes précautions contre le mauvais usage que l'Eglise pourrait faire de ces subventions ; vous seriez vite entraînés dans les voies d'un concordat nouveau. Il vous serait impossible, en effet, de ne pas exiger vis-à-vis des évêques et des prêtres salariés par l'Etat, dont vous auriez fait ainsi de véritables fonctionnaires, auxquels vous auriez conféré en quelque sorte un caractère officiel, toutes les garanties nécessaires. Ce ne serait plus la séparation. »¹. Par ailleurs, l'interdiction d'un soutien financier aux cultes est fondée sur la prise en compte de la place de la religion dans la société civile, et sur la conception laïque de la liberté de conscience. Avec la Séparation, le culte devient une affaire privée des citoyens, ces derniers devenant totalement libres d'adhérer à la confession, ou plus largement à la vision du monde de leur choix. Pour que ce choix soit parfaitement libre, le droit laïque doit garantir que la conscience du citoyen ne sera pas influencée ou guidée par des mesures qui favoriseraient un ou plusieurs cultes au détriment des autres. Il faut en somme qu'aucune confession ou courant philosophique ne bénéficie d'un avantage artificiel, comme des subsides de l'Etat, qui troublerait la « libre concurrence » des options spirituelles dans la société civile. L'influence de chaque religion ne doit donc résulter que de ses propres forces et non d'un soutien de l'Etat².

309. Si la Séparation met fin au financement public des cultes, l'article 2 n'interdit pas toute forme de relation financière entre l'Etat et les religions. Le soutien à l'organisation des Eglises, à l'exercice public et quotidien du culte est certes prohibé, mais Briand et le ministre des cultes précisent que peuvent être admises les rétributions ponctuelles versées par une personne publique en échange d'un service rendu par un ministre du culte, pour un acte dépendant de son ministère³. De même, rien ne s'oppose à ce qu'un ministre du culte puisse, comme tout citoyen, être rémunéré pour un travail sans lien avec son ministère réalisé pour le compte d'une personne publique.

310. Cette distinction entre le financement de l'organisation et de l'exercice du culte d'une part, et la rétribution de services rendus ponctuels d'autre part, résulte, comme l'explique Hauriou, de ce que « *la subvention est interdite en tant qu'elle constituerait une reconnaissance officielle du culte* »⁴. La formule peut être retenue pour décrire l'inspiration de la jurisprudence administrative relative au

¹ *Annales de la chambre des députés*, 1905, tome II, p 1696 (Séance du 12 avril 1905).

² *Annales de la chambre des députés*, 1905, tome II, p 1696 (Séance du 12 avril 1905). Voir aussi l'inspiration analogue d'une telle présentation avec les analyses de Laboulaye par exemple, *supra*, n°66, note 3.

³ *Annales de la chambre des députés*, 1905, tome II, p 1751 (Séance du 13 avril 1905) ; Aristide Briand, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés, suivi des annexes*, Paris, 1905.

⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd, Sirey, 1933, rééd Dalloz, 2002, p 634, note 46.

principe de non-subventionnement. De même que le juge n'a pas déduit de la notion de neutralité, à l'occasion de l'interprétation de l'article 4, l'impossibilité de toute connaissance des cultes par les organes de l'Etat, il n'a pas tiré de l'article 2 une interdiction absolue de toutes relations financières entre les confessions et la puissance publique, dans la mesure où ces relations n'ont pas pour objet ou pour effet de rétablir des rapports officiels de reconnaissance. Voyons quelles sont les principales articulations de cette jurisprudence.

B. – La jurisprudence.

311. Le Conseil d'Etat applique fermement l'interdiction des subventions aux cultes¹ mais rejette les conceptions maximalistes de la règle du non-subventionnement, introduisant des nuances en s'inspirant de l'esprit libéral de la Séparation. Aussi, nous allons voir que pour le juge administratif, les subventions sont interdites essentiellement en tant qu'elles constituent une reconnaissance des cultes.

Dans les années qui suivent la Séparation, les conséquences du principe de neutralité de l'Etat ne sont pas évidentes, y compris pour le gouvernement. Dans plusieurs arrêts portant sur des décisions d'approbation de sociétés de secours mutuels, le juge administratif censure ainsi la conception de la neutralité défendue par le ministre du travail². Dans son commentaire des

¹ En 1905, l'application des lois laïques scolaires a déjà suscité une jurisprudence administrative en matière de subventions. Par deux avis du 29 juillet 1888 (CE, avis, 29 juillet 1888, S., Lois annotées, 1888, p 370), et surtout par trois arrêts du 20 février 1890, le Conseil d'Etat pose en principe que les communes et les autres personnes publiques ne peuvent subventionner les écoles privées (CE, 20 février 1890, *Ville de Muret, Ville de Vitré, Ville de Nantes, S.*, 1893, III, p 24, concl. Valabrègue. Par la suite : CE, 17 juillet 1891, *Commune de Saint-Michel-en-l'Herne, S.*, 1893, III, p 89 ; CE, 19 mai 1893, *Commune de Lescar, S.*, 1895, III, p 36 ; CE, 4 mai 1894, *Commune de Nontron, S.*, 1896, III, p 70 ; CE, 22 mai 1903, *Caisse des écoles du VI^e arrondissement de Paris, Fourcade, Darest et autres, Rec.*, p 397, concl. Romieu ; S., 1905, III, p 33, note Hauriou). La solution est fondée sur l'économie générale des réformes scolaires réalisées par les lois des 16 juin 1881, 28 mars 1882, 30 octobre 1886, qui permet au Conseil d'Etat de déduire que le législateur n'a entendu admettre que deux sortes d'établissements d'enseignement primaire : les écoles publiques, fondées et entretenues par l'Etat, et les écoles privées, fondées et financées par des particuliers ou des associations. Il ne peut donc exister d'écoles privées soutenues par l'Etat ou les collectivités. En maintenant une cloison étanche entre les deux types d'établissements, le juge administratif relaye fidèlement la politique scolaire républicaine (Voir Bernard Stirn, « Le Conseil d'Etat, l'école et la laïcité », *Mélanges en l'honneur du professeur Franck Moderne*, 2005, p 407-415). Il apporte néanmoins un tempérament à l'interdiction de subventionner, en admettant une subvention qui n'a pas pour objet d'apporter un soutien au fonctionnement de l'école privée en diminuant ses charges. C'est le cas dans l'arrêt *Ville de Nantes* qui juge légal un crédit destiné aux élèves pauvres, quelle que soit le type d'école qu'ils fréquentent (CE, 20 février 1890, *Ville de Nantes, S.*, 1893, III, p 24, concl. Valabrègue. Voir aussi CE, 24 mai 1912, *Commune de Manigod, S.*, 1913, III, p 16. Pour annulation d'une délibération qui accorde une subvention aux seuls élèves indigents des écoles privées de la commune : CE, 9 novembre 1917, *Commune de Plouay, Rec.*, p 704. Par la suite notamment : CE, 24 décembre 1915, *Noyen, Rec.*, p 372 ; CE, 8 janvier 1926, *Duvillard, Rec.*, p 27 ; CE, 25 février 1928, *Monfaucon-en-Velay, Rec.*, p 272).

² CE, février 1909 (*Société de Saint-Vincent de Paul de Saint-Sever*), 9 juillet 1909 (*Société de secours mutuels La Blinoise*), 7 août 1909 (*Société de secours mutuels du Sacré-Cœur, à Montauban*), 19 novembre 1909

décisions, Hauriou explique que le ministre du travail avait décidé de subordonner l'approbation des statuts des sociétés de secours mutuels à la suppression des stipulations faisant référence à des cérémonies du culte ou prévoyant des dépenses relatives au culte. Saisi de plusieurs décisions de refus d'approbation, le Conseil d'Etat annule, mais sans faire explicitement référence au principe de neutralité et à la loi de 1905.

Hauriou dégage toutefois la logique de la jurisprudence. Il explique que les sociétés de secours mutuels sont des personnes morales de droit privé auxquelles ne s'appliquent pas les principes de l'article 2 de la loi de 1905. Si l'Etat peut approuver les statuts de certaines sociétés, pour leur accorder une capacité élargie et certains avantages, l'approbation est un simple point de contact avec l'Etat qui n'est pas susceptible de transformer la nature de la société de secours mutuels. De plus, l'approbation de statuts qui contenant des références à une confession et des dépenses relatives au culte, n'entraîne pas pour l'Etat une reconnaissance des cultes. En effet, l'objet des sociétés de secours mutuels n'est pas cultuel ; la place des cérémonies du culte dans leur activité est infime. Il convient donc de distinguer, selon les termes d'Hauriou, « *le but statutaire et la manière de vivre : les sociétés, et d'une façon générale les groupements corporatifs, ont, comme les individus, une manière de vivre, un caractère, des mœurs. Ces mœurs sont indépendantes du but poursuivi.* »¹. Bien plus, l'acceptation des stipulations à caractère cultuel s'impose à l'Etat, car il s'agit d'une conséquence de la liberté de conscience. Or, comme les personnes physiques, les personnes morales jouissent des droits garantis par l'article 1^{er} de la loi de 1905. Au terme de sa démonstration, Hauriou montre donc que loin d'être une application correcte du principe de neutralité de l'Etat, le refus d'approbation des statuts des sociétés de secours mutuels méconnaît la liberté de conscience. Cet exemple montre que pour le gouvernement lui-même, la portée de l'article 2 n'est pas parfaitement claire.

312. Mais l'essentiel du contentieux provoqué par l'application de l'article 2 résulte de conflits locaux. Certaines communes catholiques n'acceptent pas que la religion ne puisse plus bénéficier d'un soutien public et veulent continuer à financer le culte ou aider le prêtre en laissant le presbytère à sa disposition gratuitement. Le Conseil d'Etat doit donc sanctionner les *subventions directes*, mais aussi les *subventions indirectes* ou déguisées imaginées par les collectivités locales. La jurisprudence s'est principalement développée sur la question de la location des presbytères. Servant

(*Société de secours mutuels de Notre-Dame de Mazères*), 3 février 1911 (*De Hillerin*), S., 1912, III, p 17, note Hauriou.

¹ Note Hauriou sous CE, 5 février 1909 (*Société de Saint-Vincent de Paul de Saint-Sever*), 9 juillet 1909 (*Société de secours mutuels La Blinoise*), 7 août 1909 (*Société de secours mutuels du Sacré-Cœur, à Montauban*), 19 novembre 1909 (*Société de secours mutuels de Notre-Dame de Mazères*), 3 février 1911 (*De Hillerin*), S., 1912, III, p 17.

au logement des prêtres, les presbytères ne sont pas directement nécessaires à l'exercice du culte. C'est pourquoi l'article 14 de la loi de 1905 ne prévoit pas un droit de jouissance, comme pour les édifices du culte, mais une mise à disposition temporaire des archevêchés, évêchés et presbytères aux associations cultuelles (deux ans pour les archevêchés et évêchés, cinq ans pour les presbytères). Prenant acte de l'absence d'associations catholiques, l'article 1^{er} de la loi du 2 janvier 1907 rend à l'Etat, aux départements et aux communes la libre disposition des archevêchés, évêchés et presbytères dont la jouissance n'a pas été réclamée dans les délais. La loi du 2 janvier 1907 prévoit en outre que les actes de location des presbytères devront être approuvés par le préfet¹. Désormais, les communes sont libres d'employer les presbytères aux activités les plus diverses. Nombre d'entre elles entendent continuer à accueillir le desservant. Mais le presbytère ne peut plus être mis gratuitement à la disposition du prêtre, sous peine de violer l'article 2. Il faut donc conclure un bail prévoyant un loyer. Beaucoup de communes rurales, qui voient là une atteinte à leurs traditions, souhaitent continuer à loger gratuitement « leur » curé. D'où un certain nombre de violations directes de l'article 2 et de tentatives de contournements, qui sont systématiquement sanctionnées par le juge administratif.

313. Le principe de non-subventionnement est méconnu dans plusieurs hypothèses. Ainsi, une commune ne peut légalement permettre au prêtre d'occuper *gratuitement* le presbytère² ; il s'agit là de l'hypothèse de subvention directe la plus courante.

Ensuite, constitue une subvention déguisée fréquemment pratiquée l'attribution à un ministre du culte d'un poste de gardien du presbytère, alors que la commune n'a pas eu simplement en vue de confier au prêtre un travail civil, mais qu'elle l'a engagé à raison de sa qualité de ministre du culte, pour lui conserver une rétribution et la jouissance gratuite du presbytère³.

La commune viole aussi l'article 2 en concluant un bail dont le loyer est sous-évalué et n'est justifié par aucune considération objective⁴. Sur ce point, le Conseil d'Etat approfondit son contrôle, dans les années qui suivent la Séparation, sur les actes d'approbation ou de refus du préfet prévus

¹ Voir aussi la circulaire du 21 janvier 1907, reproduite in Albin Curet, *Les communes et les lois de séparation*, Pédone, 1910, p 292 et s.

² CE, 12 mars 1909, *Commune de Charmauvillers, D.P.*, 1910, III, p 97 ; CE, 22 avril 1910, *Commune de Villards-sur-Thônes, S.*, 1911, III, p 33, note Hauriou ; CE, 15 janvier 1909, *Commune de Gaudonville et commune de Brugnens, D.P.*, 1910, III, p 97 ; CE, 26 juin 1914, *Préfet des Hautes-Pyrénées, Rec.*, p 744.

³ CE, 22 avril 1910, *Commune de Labastide-Saint-Pierre, Rec.*, p 329 ; CE, 26 juin 1914, *Préfet du département des Hautes-Pyrénées, Rec.*, p 774.

⁴ CE, 16 décembre 1910, *Commune de Callian, Rec.*, p 976 : est illégal le bail qui prévoit un loyer de 25 francs alors que la valeur locative du presbytère a été évaluée à 250 francs. Jugé que des loyers sont sous-évalués, sans préciser le montant : CE, 2 août 1912, *Commune de Saint-Thibault, Rec.*, p 921 ; CE, 15 novembre 1912, *Commune de Fleurey-les-Lavoncourt, Rec.*, p 1053 ; pour un loyer jugé légal : CE, 8 juin 1917, *Abbé Hubert, Rec.*, p 448.

par la loi du 2 janvier 1907¹. Dans un premier temps, le juge administratif ne vérifie pas l'appréciation portée par le préfet sur le sérieux du loyer². Dans l'arrêt *Commune de Fleurey-les-Lavoncourt* du 15 novembre 1912, le Conseil d'Etat affirme clairement : « *Considérant que, d'après l'article 1^{er} de la loi du 2 janvier 1907, "la location des presbytères dont les communes sont propriétaires doit être approuvée par l'administration préfectorale" et qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'est venue apporter des restrictions au pouvoir d'appréciation du préfet* »³ ; le contrôle de la légalité interne se borne à vérifier que la décision préfectorale n'est pas entachée de détournement de pouvoir. Mais déjà, un arrêt de la même année suggère la mise en œuvre d'un contrôle plus poussé sur les motifs des actes de tutelle du préfet, car il relève l'existence, *en fait*, d'une subvention déguisée au culte dans la fixation du loyer pour admettre la légalité d'un refus d'approbation d'un bail⁴ ; cette forme de contrôle intervient encore dans un arrêt *Commune de Chambon* du 28 novembre 1913⁵. Le revirement est définitivement et clairement confirmé par l'arrêt *Abbé Pellissard* du 12 mars 1915, qui énonce : « *Considérant que si l'article 1^{er}, § 3, de la loi du 2 janvier 1907, subordonne dans tous les cas à l'approbation du préfet les actes de location des presbytères appartenant aux communes, cette disposition n'a eu pour objet que d'interdire à celles-ci de donner, contrairement aux prescriptions de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905, des subventions déguisées pour l'exercice du culte* »⁶. Ayant précisément défini les motifs qui doivent guider le préfet, le Conseil d'Etat exerce ainsi dorénavant, et logiquement, un contrôle du fait sur les décisions préfectorales d'approbation ou de refus⁷.

Ce contrôle conduit à des solutions nuancées. Ainsi, tout loyer modique ou insignifiant n'est pas nécessairement illégal ; il peut être justifié par des contreparties. Evidemment, la stipulation d'un loyer d'un faible montant au profit d'un ministre du culte ne peut être légalement justifiée par l'accomplissement d'actes religieux. En ce sens, viole l'article 2 de la loi de 1905 un loyer au montant symbolique en contrepartie duquel le ministre du culte bénéficiaire s'engage à faire gratuitement pour les indigents tout ce qui concerne son ministère⁸. En revanche, la location à un prix inférieur à la valeur locative peut être justifiée par la nécessité de trouver un occupant à un

¹ Voir E. Chalvon-Demersay, *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1922, p 60 et s ; Gabriel le Bras, « Le Conseil d'Etat régulateur de la vie paroissiale », *E.D.C.E.*, 1950, p 63-76.

² CE, 16 décembre 1910, *Commune de Callian*, *Rec.*, p 976.

³ CE, 15 novembre 1912, *Commune de Fleurey-les-Lavoncourt*, *Rec.*, p 1053.

⁴ CE, 2 août 1912, *Commune de Saint-Thibault*, *Rec.*, p 921.

⁵ CE, 28 novembre 1913, *Commune de Chambon*, *Rec.*, p 1164.

⁶ CE, 12 mars 1915, *Abbé Pellissard*, *Rec.*, p 74.

⁷ Par la suite, voir par exemple : CE, 18 mars 1921, *Commune de Mont-l'Evêque*, *Rec.*, p 317.

⁸ CE, 7 avril 1911, *Commune de Saint-Cyr-de-Salerno*, *Rec.*, p 438.

presbytère qui, sans cette baisse, risquerait de rester inoccupé¹. La baisse du loyer peut aussi résulter de la transformation d'une partie du bâtiment en bureau de poste².

314. Par ailleurs, le juge administratif a interprété les divers tempéraments et les exceptions au principe de non-subventionnement prévus par le législateur. L'article 5 de la loi du 13 avril 1908 prévoit que l'Etat, les départements et les communes peuvent engager les dépenses nécessaires à l'entretien et à la conservation des édifices du culte dont ils sont propriétaires. En conséquence, et alors même que les édifices du culte sont affectés aux fidèles et aux prêtres par l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907, un conseil municipal peut légalement, en sa qualité de propriétaire, adopter une délibération prévoyant une somme pour l'entretien et la surveillance des immeubles et objets mobiliers cultuels de la commune³, ou pour réaliser des travaux sur une église dont la conservation est menacée par un glissement de terrain⁴. Dans le même sens, un conseil municipal peut légalement décider d'engager deux préposés pour assurer le gardiennage de deux églises et du mobilier les garnissant⁵, à condition toutefois que cette décision ne constitue pas, du fait de ses intentions réelles et cachées, une subvention déguisée au culte⁶.

En outre, le Conseil d'Etat a précisé le champ d'application du deuxième alinéa de l'article 2 de la loi de 1905 autorisant les dépenses relatives à des services d'aumônerie dans un certain nombre d'établissements publics fermés, tels que les lycées, hôpitaux, prisons. L'article 2 précise lui-même que cette entorse à la règle de non-subventionnement est fondée sur la nécessité d'assurer la liberté de conscience. Le juge administratif en déduit que seuls sont visés les établissements dans lesquels la liberté de conscience est en jeu, c'est-à-dire ceux « où le personnel interne n'a pas la faculté de prendre part au dehors aux exercices religieux »⁷. Une commune ne peut donc financer l'aumônerie d'une école primaire qui n'accueille que des élèves externes⁸.

Enfin, dans le cadre de l'application de l'article 11 de la loi de 1905 permettant l'attribution par les personnes publiques d'allocations et de pensions aux ministres du culte salariés par elles au jour de la Séparation, le juge vérifie que le ministre du culte bénéficiaire était bien salarié par la personne publique accordant une pension ou une allocation⁹.

¹ CE, 18 mars 1921, *Commune de Mont-l'Evêque, Rec.*, p 317.

² CE, 12 mars 1915, *Abbé Pellissard, Rec.*, p 74.

³ CE, 10 novembre 1910, *Commune de Saint-Blancard, S.*, 1912, III, p 1, note Hauriou.

⁴ CE, 24 décembre 1926, *Sieur Empereur, Rec.*, p 1138.

⁵ CE, 13 décembre 1912, *Commune de Montlaur, D.P.*, 1916, III, p 65.

⁶ CE, 22 avril 1910, *Commune de Labastide-Saint-Pierre, Rec.*, p 329.

⁷ CE, 24 décembre 1909, *Commune de Sarzeau, S.*, 1911, III, p 82.

⁸ CE, 24 décembre 1909, *Commune de Sarzeau, S.*, 1911, III, p 82 ; CE, 19 mai 1911, *Commune de Bonpère, D.P.*, 1912, III, p 104.

⁹ CE, 21 mai 1909, *Commune de Saint-Michel-de-Volangis, S.*, 1911, III, p 159 ; CE, 20 décembre 1912, *Abbé Desvals, D.P.*, 1914, III, p 11.

315. Comme le montrent les explications qui précèdent, les solutions adoptées par le Conseil d'Etat en matière de subventions aux cultes sont guidées par l'idée que le soutien financier des personnes publiques aux cultes est prohibé dans la mesure où il constitue un acte de reconnaissance. Deux arrêts sont particulièrement illustratifs de cette philosophie de la jurisprudence administrative sur les subventions.

La première décision date de 1922. La requérante saisit le Conseil d'Etat d'un acte du préfet prononçant l'annulation de la délibération par laquelle le conseil municipal de Perquie a voté une somme pour payer les services religieux à célébrer lors de l'inhumation des corps de soldats ramenés du front. Pour le préfet, cette dépense était une subvention au culte prohibée par l'article 2. Néanmoins, devant le Conseil d'Etat, le commissaire du gouvernement Mazerat montre, travaux préparatoires à l'appui, qu'en interdisant le financement public des cultes, le législateur a seulement eu l'intention de mettre fin à la reconnaissance officielle des cultes caractérisant le régime concordataire. Ce qui est exclu, ce sont donc les dépenses *permanentes et régulières* assurant le soutien de l'organisation des églises et de l'exercice public du culte. En revanche, explique Mazerat, « *une dépense accidentelle, correspondant à un service rendu occasionnellement par un ministre du culte n'est point de celles que vise la prohibition de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905.* »¹.

La rétribution du service rendu n'emporte pas reconnaissance. D'où la jurisprudence nuancée du Conseil d'Etat qui écarte l'idée d'une rupture totale des relations financières entre les cultes et l'Etat en jugeant légales les dépenses engagées par le conseil municipal de Perquie : « *Considérant que si l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 prescrit la suppression dans les budgets de l'Etat, des départements et des communes de toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes, cette disposition, ainsi d'ailleurs qu'il ressort des travaux préparatoires, n'a entendu interdire que l'inscription des crédits en vue de subventionner, à titre permanent et régulier, le service public des cultes ; qu'elle ne fait pas obstacle à ce que l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics accordent, à titre temporaire et accidentel, aux ministres des différents cultes, une rémunération légitime et correspondant au service rendu, à raison d'actes de leur ministère, au cas où il en aurait été régulièrement requis par l'administration.* »².

316. L'orientation de l'arrêt *Commune de Perquie* est confirmée à l'occasion d'une affaire jugée en 1937³. Le Conseil d'Etat devait déterminer si la compétence d'entretien et de conservation prévue par la loi du 13 avril 1908 pouvait légalement inclure le financement par la commune de la

¹ Concl. Mazerat sur CE, 6 janvier 1922, *Commune de Perquie*, D.P., 1922, III, p 15.

² CE, 6 janvier 1922, *Commune de Perquie*, D.P., 1922, III, p 15, concl. Mazerat.

³ CE, 22 janvier 1937, *Ville de Condé-sur-Noireau, S.*, 1938, III, p 20, concl. Renaudin.

reconstruction totale et de l'amélioration d'une église, ou bien si cette hypothèse constituait une subvention du culte illégale.

Le commissaire du gouvernement Renaudin propose au Conseil d'Etat un raisonnement pragmatique fondé sur l'esprit du principe de neutralité religieuse de l'Etat. Il explique que la faculté d'entretenir et de conserver les églises découle des prérogatives du propriétaire dont jouissent les communes. Dès lors, l'appréciation de la légalité d'une dépense concernant une église consiste à rechercher si la commune a agi pour préserver ses intérêts de propriétaire ou pour financer l'exercice du culte. En ce sens, Renaudin déclare : « *La loi, en effet, indique le but à poursuivre : conserver l'édifice, mais ne précise par la nature des travaux autorisés : les réfections, aménagements, reconstructions partielles doivent être admis dès lors que le but recherché est celui que prévoit la loi et qu'il apparaît que les modifications envisagées sont un bon moyen d'assurer la conservation de l'édifice. Peut-on, doit-on faire un pas de plus et admettre qu'une commune a la faculté de contribuer à des travaux de reconstruction sur place qui feront de l'église reconstruite un édifice vraiment nouveau ? Nous l'admettons s'il apparaît que la dépense exposée par la commune est exclusivement une dépense de propriété, qu'elle n'est pas une subvention au culte et n'accroît pas le bénéfice que les fidèles tirent de l'affectation de l'église à la pratique de leur religion.* »¹.

La reconstruction à l'identique d'une église peut donc être légale s'il s'agit du moyen le plus approprié pour conserver la propriété communale. Mais une commune peut-elle aller jusqu'à financer une reconstruction qui aboutit à l'*amélioration* de l'église, donc à un bénéfice pour les fidèles et l'exercice du culte ? Poussant très loin le pragmatisme, le commissaire du gouvernement l'admet, en proposant au juge administratif de vérifier quel est le montant de la contribution de la commune dans le coût total des travaux. Si, sur la foi de rapports d'experts, il apparaît au juge que la part de la commune n'excède par ce qui serait nécessaire pour la simple réparation de l'édifice, ou pour sa reconstruction à l'identique, alors la dépense est légale. Quant aux sommes nécessaires à l'embellissement et à l'amélioration du bâtiment, elles doivent être supportées par l'Eglise ou par les deniers des fidèles.

Le Conseil d'Etat s'approprie le raisonnement et, après avoir contrôlé le montant des sommes engagées par la commune, juge la dépense légale du point de vue de la loi du 13 avril 1908 et de l'article 2 de la loi de 1905².

¹ Concl. Renaudin sur CE, 22 janvier 1937, *Ville de Condé-sur-Noireau, S.*, 1938, III, p 20.

² CE, 22 janvier 1937, *Ville de Condé-sur-Noireau, S.*, 1938, III, p 20 : « *Considérant [...] que sont seules interdites les dépenses qui constituent, de la part de l'Etat, des départements ou des communes, des subventions pour l'exercice du culte ; que ne sont pas comprises dans cette catégorie et peuvent être légalement engagées par les collectivités publiques, propriétaires d'un édifice du culte, les dépenses qui sont rendues nécessaires par le mauvais état de cet édifice et ont, par suite, pour objet la conservation d'un élément du patrimoine de l'Etat, du département ou de la commune ; qu'il en est ainsi, quelle que soit la modalité adoptée par la personne*

317. En définitive, l'interprétation jurisprudentielle du principe de neutralité est très nuancée. Elle ne cherche pas à établir une cloison étanche entre l'Etat et les cultes, mais à sanctionner toute forme de *reconnaissance officielle des cultes*, au sens du droit concordataire, et toute forme de financement de *l'exercice des cultes*. Le juge rejoint ainsi la doctrine pour définir la neutralité religieuse de l'Etat comme une rupture avec la logique du système des cultes reconnus, et non comme un principe d'ignorance absolue¹.

Gardien du principe de neutralité financière, auquel il a donné un contenu souple et réaliste, le juge administratif montre, à l'occasion du contentieux des subventions aux cultes, qu'il est le tuteur scrupuleux des collectivités locales. Il en est aussi le protecteur contre les empiètements de l'Etat, comme l'illustre la jurisprudence relative aux pouvoirs du préfet dans la procédure de location des presbytères.

§ 2. – Le subtil équilibre entre les franchises locales et la laïcité : le contentieux de la location des presbytères.

318. Tout en rendant aux personnes publiques propriétaires la libre disposition des archevêchés, évêchés et presbytères, l'article 1^{er} de la loi du 2 janvier 1907 institue une procédure d'approbation par le préfet des locations de presbytères consenties par les départements et les communes. L'inspiration de la procédure ressort clairement des travaux préparatoires. Comme l'explique le rapporteur Paul-Meunier devant la Chambre : « *La précaution qui a été prise dans le texte est absolument indispensable pour empêcher les baux fictifs qui ne manqueraient pas d'être passés et constitueraient des subventions prohibées par la loi de Séparation.* »². La mesure procède donc d'une méfiance du législateur envers certaines collectivités locales, suspectées de n'être pas disposées à appliquer complètement et loyalement la Séparation ; elle confronte les libertés locales à l'Etat et sa politique laïque.

319. Appelé à connaître du contentieux fourni qu'a fait naître la procédure d'approbation et plus largement la question de la location des presbytères, le juge administratif a dû précisément définir

publique pour sauvegarder son domaine, qu'elle entreprenne de réparer, de reconstruire l'édifice existant, ou même d'en construire un nouveau en remplacement de l'ancien, à la condition que les dépenses à sa charge n'excèdent pas les frais nécessités par l'état de l'édifice ; Considérant qu'il résulte de l'instruction, que les crédits votés par le conseil municipal de Condé-sur-Noireau, dans ses délibérations des 9 mai et 25 août 1933, pour la construction d'église nouvelle entreprise avec le concours des fidèles n'excédaient pas les frais qu'eût entraînés la réfection de l'édifice existant ».

¹ Voir *supra*, n°136.

² D.P., 1907, IV, p 2. Le droit commun fixé par la loi du 5 avril 1884 prévoit que seuls les baux de plus de 18 ans doivent être approuvés par le préfet (articles 68 et 69).

les limites des pouvoirs exercés par le préfet pour faire respecter l'article 2 de la loi de 1905. Ce faisant, il a été confronté à deux enjeux majeurs et en partie contradictoires : d'abord, assurer l'effectivité du principe de neutralité de l'Etat, qui est un aspect central de la Séparation ; ensuite, protéger l'autonomie des collectivités locales consacrée par les lois de 1871 et 1884.

L'équilibre recherché par le Conseil d'Etat s'est concrétisé par l'admission de l'exécution d'office des décisions d'expulsion des presbytères occupés sans titre, pour assurer l'application effective et rapide de l'article 2 (A.) ; mais dans le même temps, le juge a écarté toute faculté d'immixtion du préfet dans l'administration municipale, en délimitant strictement les pouvoirs dont dispose le préfet pour faire respecter l'article 2 par les communes en matière de presbytères (B.).

A. – L'admission de l'exécution d'office pour assurer l'effectivité du principe de neutralité religieuse de l'Etat.

320. Le gouvernement accorde une attention particulière à l'application concrète du principe de non-subventionnement sur tout le territoire. Déjà, dans son rapport, Aristide Briand insiste sur la nécessité de faire la Séparation pour toute la République et pas seulement pour l'Etat¹. Sur la question des presbytères, l'attention du gouvernement se manifeste par plusieurs circulaires² qui précisent l'étendue des pouvoirs des préfets et les conditions de location par les communes. Dans la circulaire du 3 juin 1907, le ministre des cultes invite notamment les préfets, face au refus des communes de conclure un bail avec le prêtre, à mettre le maire en demeure d'expulser l'occupant sans titre et, en l'absence d'exécution, à procéder eux-mêmes à l'évacuation des presbytères.

Sur ce point, le Conseil d'Etat s'approprie le souci d'effectivité dans l'application de la Séparation manifesté par le gouvernement, en accordant aux préfets un pouvoir d'exécution d'office des expulsions en cas d'inertie des communes³. Néanmoins, tout en admettant le principe de l'exécution d'office dans l'arrêt *Commune de Triconville* de 1909⁴, le juge administratif en fixe les limites dans les arrêts *Abbé Bouchon* et *Hardel* de 1911⁵.

¹ Aristide Briand, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés, suivi des annexes*, Paris, 1905.

² Circulaires des 21 janvier 1907, 5 mai 1907 et 3 juin 1907 reproduites in Albin Curet, *Les communes et les lois de séparation*, Pédone, 1910, p 292 et s.

³ L'exécution d'office d'un évêché est admise implicitement par le Tribunal des conflits en 1907 : TC, 23 mars 1907, *Evêque de Nice c/ Préfet des Alpes-Maritimes et Joly*, D.P., 1907, III, p 73. Par ailleurs, le juge admet la légalité d'une mise en demeure de faire évacuer le presbytère adressée au maire par le préfet : CE, 9 juillet 1909, *Commune d'Evillers*, D.P., 1910, III, p 99.

⁴ CE, 12 mars 1909, *Commune de Triconville*, D.P., 1910, III, p 98, concl. Chardenet.

⁵ CE, 17 mars 1911, *Abbé Bouchon et Hardel*, D.P., 1913, III, p 57, concl. Blum.

321. En elles-mêmes, les circonstances de fait qui ont donné lieu à l'arrêt *Commune de Triconville* sont très révélatrices des luttes politiques qui opposent les collectivités et le pouvoir central à propos de la Séparation. Le commissaire du gouvernement Chardenet en a fait un exposé éclairant qu'il est utile de longuement citer : « *A la date du 15 mai 1907, le conseil municipal de la commune de Triconville (Meuse) a concédé au ministre du culte exerçant dans la commune la jouissance gratuite du presbytère. Sa délibération était ainsi conçue : "M. le maire dépose sur le bureau la circulaire préfectorale du 1^{er} mai, relative à la location du presbytère. Après examen attentif de cette pièce le conseil municipal, en demeure de prendre une décision, cette assemblée, à l'unanimité des membres présents ; - considérant que nous ne pourrions louer notre presbytère au desservant qu'à un prix dérisoire ; attendu qu'aucun habitant ne voudrait assumer l'odieux d'une surenchère ; - considérant que nous logeons gratuitement : le président de la République, les ministres, les préfets et les sous-préfets, notre instituteur, notre berger, etc ; - considérant que notre desservant travaille à l'éducation morale de nos enfants et sert d'infirmier à nos malades, estime qu'il y a lieu de continuer à loger notre curé, attendu qu'il nous est aussi utile que les susdésignés". Le préfet de la Meuse déclara cette délibération nulle de droit, comme prise en violation des lois des 9 décembre 1905 et 2 janvier 1907. Puis il invita le conseil municipal à délibérer de nouveau sur la location du presbytère. Le conseil municipal, à la date du 18 novembre 1907, prit une nouvelle délibération ainsi conçue : "M. le maire donne communication d'une circulaire préfectorale du 6 de ce mois, nous mettant en demeure de prendre à nouveau une décision relativement à la location du presbytère. Après examen très attentif de cette pièce, le conseil, à l'unanimité des membres présents : - considérant qu'à la date du 15 mai dernier, une délibération prise pour le même objet et inspirée par cette belle devise française de nos grands ancêtres : Liberté, Egalité, Fraternité, a été annulée par arrêté préfectoral du 18 de ce mois ; - considérant que notre assemblée est toujours sous la même inspiration démocratique et a l'intuition qu'une seconde délibération aurait le même sort que la première, délibère qu'il ne délibèrera pas" ». L'attitude de la commune ne consiste pas en une résistance sourde et implicite ; elle est au contraire parfaitement assumée, et fondée sur un rejet politique et doctrinal de la Séparation.*

322. Pour briser la résistance de cette commune, les procédures offertes au préfet par le droit de la décentralisation sont insuffisantes. L'article 85 de la loi du 5 avril 1884 permet certes au préfet de procéder d'office, ou par un délégué spécial, aux actes prescrits par la loi que le maire refuse ou néglige de faire¹. Mais s'agissant des presbytères, la location n'est qu'une faculté, non une

¹ Voir *D.P.*, 1884, IV, p 25 et s.

obligation légale, et l'article 2 de la loi de 1905, s'il s'impose aux communes, ne prescrit aucun acte particulier au maire mais au contraire une abstention. De plus, le refus de location résulte d'une délibération du conseil municipal, que le maire est tenu d'exécuter (article 90 de la loi du 5 avril 1884).

Dès lors, Chardenet admet le recours à l'exécution d'office par le préfet, après mise en demeure du desservant non suivie d'effet. Il fonde sa position sur la nécessité d'assurer l'application de l'article 2. Parfaitement conscient des critiques doctrinales de l'exécution forcée, qu'il évoque, il en accepte le principe en connaissance de cause, faisant valoir la réunion des conditions posées par Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt *Société immobilière Saint-Just*. Examinant les faits à l'aune de cette jurisprudence, le commissaire du gouvernement identifie l'article 2 de la loi de 1905 comme le texte à exécuter par voie d'exécution d'office ; il constate la résistance à la loi, qui résulte clairement des actes de la commune ; il affirme ensuite l'adéquation entre l'apposition de scellés sur le presbytère et les nécessités de l'obéissance à la loi. Sur le critère décisif de l'absence de sanction judiciaire à l'inexécution de la loi, Chardenet explique que l'exécution forcée est l'unique moyen de garantir l'effectivité de l'article 2. D'abord, à l'évidence, la délibération du conseil municipal ne rentre pas dans les prévisions de l'article 471§15 du Code pénal ouvrant une action pénale en cas de violation des règlements de police du maire. Par ailleurs, le maire ne peut exercer aucune action civile contre le desservant car l'occupation du presbytère est acceptée par la commune elle-même, qui est propriétaire de l'édifice. Le préfet ne peut pas non plus se substituer au maire, en vertu de l'article 85 de la loi du 5 avril 1884, pour exercer l'action civile, car le maire se borne à observer une délibération du conseil municipal.

Convaincu par cette argumentation, le Conseil d'Etat admet le recours à l'exécution d'office. L'arrêt précise en outre la jurisprudence *Société immobilière Saint-Just* en indiquant que c'est l'absence de « toute action judiciaire », et pas seulement d'une action pénale, qui permet l'usage de l'exécution forcée¹.

323. La décision est l'occasion de nouvelles critiques doctrinales reprochant au Conseil d'Etat son manque de libéralisme sur la question de l'exécution d'office. Ainsi, pour le commentateur du

¹ CE, 12 mars 1909, *Commune de Triconville*, D.P., 1910, III, p 98, concl. Chardenet : « Considérant qu'il appartient au préfet, chargé, comme délégué de la puissance publique, d'assurer l'exécution de la loi, de faire cesser cette occupation illégale et qu'à défaut de toute action judiciaire pouvant être exercée par le représentant de l'autorité, il a pu, sans excéder ses pouvoirs, mettre le desservant en demeure de quitter le presbytère, sous peine d'y être contraint par la force ». Applications ultérieures : CE, 9 juillet 1909, *Commune de Dieppe*, S., 1911, III, p 33 ; CE, 9 juillet 1909, *Commune d'Evillers*, S., 1911, III, p 33 ; CE, 22 avril 1910, *Commune de Villards-sur-Thônes*, S., 1911, III, p 33.

*Recueil Dalloz*¹ et Marcel Moye², la jurisprudence est en retrait par rapport aux principes juridiques libéraux, car en acceptant l'exécution forcée lorsqu'une loi n'a pas prévu la sanction de ses dispositions, le juge consacre l'action discrétionnaire de l'administration sans que le citoyen ne bénéficie des garanties procurées par l'intervention de l'autorité judiciaire.

324. Si le juge administratif n'entend pas les critiques doctrinales en acceptant le recours à l'exécution forcée pour évacuer les presbytères, son acceptation n'est pas sans limite. Ainsi, le Conseil d'Etat juge sa mise en oeuvre illégale dans l'arrêt *Abbé Bouchon*³. Dans cette affaire, un presbytère appartenant à une fabrique est mis sous séquestre dans les mois qui suivent la Séparation. Le séquestre entreprend alors de conclure un bail avec le prêtre occupant du presbytère. Ce dernier n'accepte pas et refuse d'évacuer le bâtiment. Pour contraindre le récalcitrant, le préfet prend un arrêté de mise en demeure, puis exécute d'office la mesure en expulsant le ministre du culte. Le Conseil d'Etat est saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision du préfet, qui pose la question de la réunion des conditions de la jurisprudence *Société immobilière Saint-Just-Commune de Triconville*. Pendant l'instruction de la requête, un fait nouveau parvient à la connaissance du Conseil d'Etat : à la suite de la découverte d'un acte de vente inconnu jusqu'alors, il apparaît que le presbytère n'est pas la propriété de la fabrique, mais celle de la commune.

En fonction des deux propriétaires envisageables, le commissaire du gouvernement Léon Blum examine la légalité du recours à l'exécution d'office. Si l'on considère que la commune est propriétaire, alors la condition de l'absence de sanction judiciaire n'est pas remplie. En effet, rien ne permet d'affirmer que la commune aurait, si elle avait connu sa qualité de propriétaire, refusé d'enjoindre au desservant de conclure un bail et, en cas de refus, d'exercer les actions civiles qui sont à sa disposition.

Mais au moment de la décision du préfet, le véritable propriétaire n'était pas connu ; dès lors, revenant à la stricte orthodoxie de l'examen de légalité par le juge de l'excès de pouvoir, Blum envisage les circonstances de droit et de fait à la date de la décision attaquée. A ce moment, le propriétaire apparent est le séquestre. Or celui-ci n'est pas démuné face à la résistance du ministre du culte. Il peut exercer une action civile en vue d'obtenir un titre exécutoire nécessaire à l'évacuation du presbytère. En outre, Blum remarque qu'en cas d'inertie du séquestre, le préfet peut, en sa qualité de supérieur hiérarchique, utilement enjoindre au séquestre d'introduire les actions en justice nécessaires.

¹ Note anonyme sous CE, 12 mars 1909, *Commune de Triconville*, D.P., 1910, III, p 98.

² Marcel Moye, « Pouvoirs de l'administration quant à l'exécution des lois », R.C.L.J., 1910, p 385-391.

³ CE, 17 mars 1911, *Abbé Bouchon*, D.P., 1913, III, p 57, concl. Blum.

Quelle que soit l'hypothèse envisagée, le recours à l'exécution forcée n'était pas possible dans cette affaire. Le souci d'efficacité dans l'application de la loi de 1905 ne peut aller jusqu'à l'admission de l'exécution d'office lorsque le bien est sous la garde du séquestre. Suivant son commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat juge la décision du préfet illégale, au motif qu'il appartenait au séquestre d'exercer les actions en justice idoines.

325. *A fortiori*, le Conseil d'Etat juge dans l'arrêt *Hardel* qu'un préfet ne peut avoir recours à l'exécution forcée lorsqu'un juge des référés a ordonné la possession provisoire du presbytère au bénéfice du prêtre, dans l'attente du jugement sur le fond. Dans ce cas, la décision préfectorale d'exécution constitue une véritable violation de la chose jugée. De plus, du point de vue des conditions de l'exécution forcée, il n'est pas possible de considérer qu'il n'existe pas d'action en justice pour faire respecter la loi. Ainsi, en l'espèce, la commune a formulé une demande reconventionnelle tendant à l'expulsion du ministre du culte à l'occasion de l'instance en référé introduite par le prêtre à la suite des mises en demeure que le maire lui a adressées. Dans cette affaire, le juge administratif sanctionne donc un détournement de l'objet de l'exécution d'office, car comme l'explique Léon Blum, celle-ci est intervenue « *non pas, comme l'exige votre jurisprudence, pour suppléer à l'absence, pour parer à l'impossibilité de toute action judiciaire, mais parce que cette action judiciaire, déjà engagée, n'avait pas donné le résultat qu'on en attendait, et pour détruire les effets de la décision rendue par le juge.* »¹.

326. La jurisprudence sur l'exécution d'office dans le contentieux des presbytères est donc dominée par le souci du juge administratif de permettre l'application concrète et efficace de l'article 2 par les autorités de l'Etat. Mais la dynamique d'une extension sans limite de l'exécution forcée est cependant contenue, comme le montrent les deux arrêts susanalysés.

La jurisprudence sur les pouvoirs du préfet dans le cadre de la procédure d'approbation de l'article 1^{er} de la loi du 2 janvier 1907 est une autre illustration de la recherche de cet équilibre entre l'efficacité et le respect des libertés locales.

¹ Concl. Blum sur CE, 17 mars 1911, *Hardel*, D.P., 1913, III, p 57.

B. – La limitation des pouvoirs de l'Etat dans la mise en œuvre de la politique laïque pour protéger l'autonomie des collectivités locales.

327. Face à la mauvaise volonté des communes sur la question des presbytères, le préfet dispose de plusieurs outils. Si un bail est signé avec un prêtre, mais que le loyer est infime ou symbolique, alors le préfet peut légalement refuser d'approuver le contrat, en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 2 janvier 1907. Si un conseil municipal décide de laisser l'édifice gratuitement à la disposition du desservant sans conclure de bail, le représentant de l'Etat peut, aux termes des articles 63 à 65 de la loi du 5 avril 1884, déclarer nulles de droit les délibérations concernées comme prises en violation de l'article 2 de la loi de 1905¹. Mais ces pouvoirs sont bien souvent insuffisants car même après un refus d'approbation ou une annulation de délibération, la commune peut persister dans sa volonté d'accueillir gratuitement le ministre du culte. Dans certaines régions, les préfets sont donc confrontés à de sérieuses résistances à la loi. Aussi, face à l'insuffisance des pouvoirs dont ils disposent, les préfets tentent d'empiéter sur les compétences et les libertés locales pour forcer les communes à louer leurs presbytères aux prêtres à un prix sérieux et suffisant. Cette stratégie est largement encouragée par le ministre des cultes qui, dans sa circulaire du 3 juin 1907, incite les préfets à faire usage de leurs compétences budgétaires pour faire pression sur les communes, ou à employer leur pouvoirs de substitution, ou encore à employer la technique de la mise en demeure de louer le presbytère².

La question des presbytères, et plus largement du principe de neutralité, est donc le point de cristallisation d'un rapport de forces entre le pouvoir central et les collectivités locales. A l'occasion de la jurisprudence qu'il a construite, le juge administratif a tenté de trouver un équilibre entre les intérêts portés par les protagonistes. Si, nous l'avons vu, le Conseil d'Etat accorde une importance certaine à l'application effective du principe de neutralité, il manifeste aussi le souci de protéger les franchises locales. D'où d'idée, sous-jacente dans la jurisprudence, que la règle de non-subventionnement ne peut pas, malgré son importance, être appliquée par l'Etat à n'importe quel prix. A cet égard, la jurisprudence administrative sur la location des presbytères s'insère dans un mouvement jurisprudentiel plus large consacrant la protection des collectivités décentralisées – spécialement des communes – contre l'Etat³.

¹ Par exemple : CE, 12 mars 1909, *Commune de Charmauvillers, S.*, 1911, III, p 33 ; CE, 22 avril 1910, *Commune de Labastide-Saint-Pierre, Rec.*, p 329 ; CE, 7 avril 1911, *Commune de Saint-Cyr-de-Salerno, Rec.*, p 438.

² Circulaire du 3 juin 1907, reproduite in Albin Curet, *Les communes et les lois de séparation*, Pédone, 1910, p 304.

³ Sur le mouvement législatif d'approfondissement de la décentralisation et des libertés locales, voir Joseph Barthélémy, « Les tendances de la législation administrative depuis un quart de siècle », *R.D.P.*, 1909, p 115 et s. Voir aussi deux des arrêts emblématiques des progrès de la jurisprudence : CE, 7 juin 1902, *Maire de Nérès-les-*

En matière de presbytères, la conciliation entre la laïcité de l'Etat et les franchises locales recherchée par le Conseil d'Etat conduit ce dernier à déclarer illégales la plupart des pratiques préfectorales tendant à faire pression sur les municipalités ou à contourner les compétences communales. Ce faisant, le juge administratif désavoue clairement la position gouvernementale exprimée notamment dans la circulaire du 3 juin 1907.

328. Ainsi, le préfet ne peut légalement mettre une commune en demeure de louer le presbytère¹. Remarquons que l'arrêt est une illustration du changement de jurisprudence amorcée à propos des inventaires sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les mises en demeure². Très souvent considérée à la fin du XIXe siècle comme insusceptible de recours, la mise en demeure est désormais plus souvent qualifiée d'acte faisant grief.

329. Le préfet ne peut pas non plus faire usage de ses pouvoirs de règlement et de modification des budgets locaux pour forcer une commune à louer son presbytère. En vertu de l'article 145 de la loi du 5 avril 1884, le préfet est compétent pour procéder au règlement du budget des communes, après son établissement par le maire et son adoption par le conseil municipal. Par ailleurs, l'article 148 permet au préfet de rejeter et de réduire certaines dépenses, voire de les augmenter, ou d'en créer de nouvelles quand il s'agit de dépenses obligatoires.

Mais le préfet ne peut légalement augmenter d'office une dépense s'il apparaît que cette augmentation n'est motivée que par l'abstention de la commune à louer son presbytère. Il y a là un détournement de pouvoir sanctionné par le Conseil d'Etat³. Dans le même sens, commet un détournement de pouvoir le préfet qui conditionne le règlement des chapitres additionnels du budget

Bains, S., 1902, III, p 81, note Hauriou, qui admet l'intérêt à agir du maire contre l'arrêté du préfet annulant un de ses actes ; et CE, 1^{er} mai 1903, *Bergeon, S.*, 1905, III, p 1, note Hauriou, qui retient l'intérêt à agir du membre d'une assemblée délibérante pour attaquer une délibération de cette assemblée, dès lors que cette décision a violé les prérogatives personnelles des élus, ou fait obstacle à l'exercice de leur mandat. Voir aussi la synthèse des solutions jurisprudentielles présentée par Louis le Fur, « La protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiètements des agents centralisés », *R.G.A.*, 1911, p 5-21 ; p 129-152 ; p 385-399 ; *R.G.A.*, 1912, p 5-18 ; puis par Raphael Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, 1926, p 121 et s. Voir enfin les solutions quant au contrôle au fond décrites par André Goergin, *La violation de la loi, cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1915, p 159 et s.

¹ CE, 22 avril 1910, *Commune de Saint-Aubin-Epinay, S.*, 1911, III, p 33, note Hauriou. Le Conseil d'Etat juge aussi que le préfet ne peut mettre en demeure une commune d'avoir à louer le presbytère par adjudication (CE, 2 août 1912, *Commune de Saint-Thibaut, D.P.*, 1915, III, p 21).

² CE, 22 avril 1910, *Commune de Saint-Aubin-Epinay, S.*, 1911, III, p 33 : « considérant que la dépêche, en date du 2 octobre 1907, par laquelle le préfet de la Seine-Inférieure a mis en demeure le conseil municipal de Saint-Aubin-Epinay de louer à bail le presbytère, faisait grief à la commune ; que, par suite, cette dernière est recevable à en demander l'annulation pour excès de pouvoir ». Voir ensuite CE, 26 mai 1911, *Commune de Heugas, Rec.*, p 624, qui fait en outre référence, pour justifier la recevabilité, à la violation invoquée par la commune des droits du conseil municipal par la mise en demeure.

³ CE, 29 juillet 1910, *Commune de Saint-Gilles, S.*, 1911, III, p 33, note Hauriou.

à la location du presbytère¹. Enfin, un arrêt *Commune de Boujailles* censure la décision par laquelle un préfet conditionne implicitement à la location du presbytère l'approbation de la délibération d'un conseil municipal sur la répartition de l'affouage entre les habitants². L'arrêt est aussi l'occasion pour le juge d'élargir la recevabilité du recours pour excès de pouvoir au profit des collectivités. En effet, le refus d'approbation opposé par le préfet à la délibération litigieuse est fondé sur l'article 69 de la loi du 5 avril 1884 prévoyant que le conseil municipal peut se pourvoir devant le ministre de l'intérieur. Jusqu'alors, le juge administratif considérait que l'existence de ce recours au ministre permettait d'opposer une exception de recours parallèle aux recours directs au Conseil d'Etat dirigés contre les décisions de refus d'approbation³ ; plus précisément, il s'agissait pour le juge d'une forme de recours administratif obligatoire, qui ne faisait pas obstacle à toute action juridictionnelle, mais ne permettait que la contestation de l'éventuelle décision du ministre. L'arrêt *Commune de Boujailles* met fin à cette restriction de la recevabilité : « *considérant qu'en disposant, dans son article 69, que les conseils municipaux pourraient se pourvoir devant le ministre de l'intérieur contre le refus du préfet d'approuver leurs délibérations, la loi du 5 avril 1884 n'a pas eu pour but et n'a pu avoir pour effet d'enlever aux parties le droit, qui résulte pour elles de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, de déférer directement au Conseil d'Etat les décisions du préfet qui leur font grief* ». A la suite de Maurice Hauriou, il est possible de voir dans cet arrêt une manifestation d'une jurisprudence inaugurée après 1872 tendant à ne plus opposer une exception de recours parallèle lorsqu'un simple recours administratif peut être exercé contre une décision⁴. Mais nul doute que la décision soit aussi

¹ CE, 10 juillet 1908, *Commune de Randon*, S., 1910, III, p 149 ; CE, 29 juillet 1910, *Commune de Mont-Lagor*, S., 1911, III, p 33, note Hauriou.

² CE, 10 mars 1911, *Commune de Boujailles*, S., 1912, III, p 41, note Hauriou.

³ Après l'instauration de la justice retenue, le Conseil d'Etat abandonne la plupart des exceptions de recours parallèle opposées aux requérants auxquels est ouvert un recours administratif (CE, 4 février 1869, *Boulangers de Montluçon*, Rec., p 9, qui est représentatif de la jurisprudence du Second Empire). Le refus d'approbation des délibérations d'un conseil municipal par le préfet est ainsi susceptible d'un recours pour excès de pouvoir, en dépit de la possibilité d'exercer un recours hiérarchique (CE, 20 juillet 1883, *Du Lac*, Rec., p 669). Mais la jurisprudence change avec l'entrée en vigueur de l'article 69 alinéa 8 de la loi du 5 avril 1884, qui mentionne expressément le recours au ministre. Pour le juge, cette mention législative a eu pour effet de détacher le recours du « droit commun » des recours administratifs, pour en faire une voie de droit obligatoire, qui écarte le recours juridictionnel direct contre la décision du préfet (CE, 27 juillet 1906, *Commune de Magny-les-Jussey*, Rec., p 685 ; CE, 21 décembre 1906, *Commune de Domérat*, S., 1909, III, p 47). L'arrêt *Commune de Boujailles* met fin à cette jurisprudence. Sur l'évolution de la jurisprudence relative à l'exception de recours parallèle, voir Raymond Guillien, *L'exception de recours parallèle*, Thèse, Paris, 1934 ; Louis Imbert, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir (1872-1900)*, Thèse, Paris, Dalloz, p 60 et s.

⁴ Note Hauriou sous CE, 10 mars 1911, *Commune de Boujailles*, S., 1912, III, p 41. Outre la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Commune de Boujailles*, l'exception de recours parallèle était encore opposée, au début du XXe siècle, lorsque le requérant disposait de recours administratifs ou « quasi-contentieux », selon la terminologie adoptée par Hauriou. Ainsi des recours dirigés contre les décisions des conseils municipaux pouvant faire l'objet du recours prévu par l'article 63 de la loi de 1884 (CE, 1^{er} avril 1898, *Pillou de Saint-Philibert*, Rec., p 273) et, jusqu'en 1905, contre les décisions susceptibles de recours pour abus (CE, 22 décembre 1876, *Abbé Badaroux*, Rec., p 919 ; CE, 23 mai 1879, *Evêque de Fréjus*, Rec., p 407). Sur cette question, voir Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Larose, 1900, p 306 et s.

motivée par des considérations propres au contentieux de la Séparation. Le Conseil d'Etat a sans doute eu en vue de permettre un accès direct des municipalités au Conseil d'Etat pour faciliter, dans le cadre du contentieux des presbytères, la contestation par les communes des décisions du préfet. Implicitement, l'arrêt révèle la volonté de juge de se positionner comme le protecteur privilégié des libertés locales.

330. La dernière hypothèse d'empiètement du préfet sur les prérogatives des communes concerne l'inscription d'office des recettes au budget. Certains préfets, en effet, confrontés à l'inertie des communes, décident d'inscrire directement une somme en recette, comme si la commune avait elle-même décidé de mettre le presbytère en location. Le Conseil d'Etat juge cette pratique illégale, au motif que « *si les baux à passer par les communes pour la location de ces édifices sont soumis à l'approbation préfectorale, il n'appartient pas au préfet de se substituer aux conseils municipaux pour régler les conditions desdits baux* »¹. Encore une fois, le juge administratif protège les communes contre les empiètements auxquels pourrait donner lieu la procédure d'approbation de la loi du 2 janvier 1907.

Néanmoins, la solution n'était pas juridiquement évidente, compte tenu de la nature de l'inscription de recettes. Contrairement à l'inscription d'office de dépenses, qui est autorisée par les articles 148 et 149 de la loi du 5 avril 1884, l'inscription d'office de recettes n'est pas prévue. Elle s'est toutefois développée comme une simple pratique administrative admise par la doctrine et tolérée par le juge administratif, dans la mesure où elle n'a aucun caractère obligatoire pour les communes². D'ailleurs, la jurisprudence était fixée, jusqu'aux décisions sur les presbytères, en ce sens que les décisions d'inscription de recettes ne font pas grief du fait de l'absence de caractère obligatoire³.

Le contentieux des presbytères consacre un revirement de jurisprudence. Dorénavant, le juge administratif ne s'attache plus au caractère obligatoire de l'inscription de recettes, mais à sa fonction pour le préfet. Et manifestement, la pratique est destinée à faire pression sur les communes, à les contraindre à louer le presbytère. Fidèle à sa politique jurisprudentielle de protection des libertés locales en la matière, le Conseil d'Etat considère qu'un tel acte, compte tenu de sa portée et de sa

¹ CE, 17 décembre 1909, *Commune de Saint-Maurice-la-Fougereuse, S.*, 1911, III, p 33, note Hauriou ; CE, 24 décembre 1909, *Commune de Saint-Aubin-des-Hayes, S.*, 1911, III, p 33, note Hauriou ; CE, 25 février 1910, *Commune d'Esse, S.*, 1911, III, p 33, note Hauriou ; CE, 22 avril 1910, *Commune de Saint-Aubin-Epinay et commune de Veyre-Mouton, S.*, 1911, III, p 33, note Hauriou ; CE, 13 janvier 1911, *Commune de Saint-Mard-de-Veaux, Rec.*, p 19 ; CE, 2 juin 1911, *Abbé Soulié, Rec.*, p 667.

² Voir les explications de Hauriou, *S.*, 1911, III, p 33.

³ CE, 13 février 1880, *Ville de Saint-Denis, Rec.*, p 158 ; CE, 14 mars 1890, *Commune et fabrique de Bignan, Rec.*, p 274 ; CE, 16 mai 1890, *Commune de Saint-Jean-le-Vieux, Rec.*, p 494 ; CE, 21 juin 1907, *Commune de Lagniole, Rec.*, p 570.

signification pour le préfet, fait nécessairement grief et peut, dès lors, être attaqué par la commune. En définitive, Hauriou résume le raisonnement implicite du juge : « *L'inscription d'office des recettes, disait celui-ci [le préfet], ne saurait faire grief à la commune, car elle ne constitue qu'une prévision. Ne parlons pas de la valeur budgétaire de l'inscription d'office des recettes, semble avoir répondu le Conseil d'Etat ; c'est une question réservée. Le grief n'est pas là. Même si votre inscription de recette n'est qu'une prévision, cette prévision, survenant à propos de la question irritante des presbytères, constitue une provocation à l'endroit du conseil municipal ; elle est analogue à une mise en demeure ; elle prend les allures d'un empiètement sur les franchises communales, et ainsi, elle fait grief.* »¹.

Conclusion du titre II.

331. Au terme de ces développements sur l'application de la loi de Séparation par le Conseil d'Etat, il est possible d'identifier trois apports de la jurisprudence administrative.

En premier lieu, le juge a précisé le régime de la séparation des Eglises et de l'Etat et a fortement contribué à la construction des aspects stratégiques de la réforme, particulièrement le statut des édifices du culte catholique. Les deux grands principes posés par la loi de 1905 – libertés de conscience et des cultes, neutralité religieuse de l'Etat – ont été inlassablement mis en œuvre et concrétisés par le Conseil d'Etat. Ainsi, en dépit des difficultés politiques et juridiques de tous ordres auxquelles le juge a été confronté, il a su préciser le régime des biens culturels dans un sens résolument libéral. De même, il a donné du principe de neutralité religieuse de l'Etat une interprétation pragmatique, en prenant le contrepied du système concordataire, mais sans imposer une difficile ignorance absolue des cultes par l'Etat. Malgré des nuances de détail dont on a pu voir ça et là les manifestations, le bilan de la jurisprudence est donc nettement positif. Il est d'ailleurs massivement reconnu et célébré par la doctrine de la III^e République, comme par les auteurs contemporains².

¹ Note Hauriou, S., 1911, III, p 33.

² Notamment, parmi les auteurs de la III^e République : Paul Bureau, *Quinze ans de séparation, étude sociale et documentaire sur la loi du 9 décembre 1905*, Bloud et Gay, 1921 ; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925, p 495 et s ; Lucien Couzil, *Quarante ans de Séparation, 1905-1945, étude historique et juridique*, Librairie Didier, 1946 ; Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd, Sirey, 1933, rééd Dalloz, 2002, p 650 ; René Durnerin, *De la situation juridique des édifices domaniaux affectés au culte catholique*, Thèse, Paris, 1933, p 134 et s ; Joseph Barthélémy, « Les rapport entre l'Etat français et l'Eglise catholique depuis la séparation », *Jahrbuch des Offentlichen Rechts*, Band VIII, Tubingen, 1914, p 283 et s ; Maurice Guillouet, *Du caractère juridique de l'occupation des édifices du culte depuis la loi de Séparation*, Thèse, Rennes, 1936 ; Léo Goldenberg, *Le Conseil d'Etat, juge du fait, étude sur l'administration des juges*, Thèse, Librairie Dalloz, 1932 ; Joseph Barthélémy, *Précis de droit public*, 1937, rééd Dalloz, 2006.

332. L'orientation générale de cette jurisprudence explique en grande partie son deuxième apport, à savoir le rétablissement du crédit du Conseil d'Etat en matière de cultes. Dans cette perspective, l'application de la Séparation met fin à une période relativement troublée qui a vu se succéder, depuis le Second Empire, des phases de faveur du juge administratif envers les cultes et des phases d'anticléricisme jurisprudentiel. Dorénavant, la juridiction administrative inspire confiance à la majorité des citoyens, et apparaît notamment aux catholiques comme un arbitre impartial, gardien scrupuleux des libertés publiques.

333. Enfin, sur le terrain politique, la jurisprudence du Conseil d'Etat a créé des conditions favorables à l'apaisement des esprits sur les questions religieuses. Sur ce point, l'œuvre du juge contribue à clôturer deux cycles historiques. Elle facilite d'une part la fin du cycle d'affrontements religieux plus ou moins intenses ouvert avec l'installation de la République. D'autre part, elle participe au succès de la première phase d'application de la loi de Séparation, qui s'étend de 1906 aux dernières années de la III^e République. Bien sûr, d'autres facteurs ont concouru à la relativisation des problèmes religieux au sein de la nation, à commencer par l'expérience de la Grande Guerre et de l'Union sacrée, mais le rôle décisif de la jurisprudence du Conseil d'Etat demeure.

Aussi bien, dans la nouvelle atmosphère d'après-guerre, plusieurs étapes marquent le rétablissement de relations apaisées entre l'Etat français et l'Eglise catholique, entre le peuple catholique et la République. Le succès de ces initiatives a été d'autant plus facile que le Conseil d'Etat avait préparé le terrain par sa jurisprudence.

Le premier signe d'apaisement est le rétablissement des relations diplomatiques entre l'Etat français et le Saint-Siège. Il se concrétise, à la fin de l'année 1920, par le vote des crédits de l'ambassade de France au Vatican par le Parlement, puis par le premier échange de diplomates depuis plusieurs années¹.

En outre, le gouvernement français démontre sa modération et sa prudence en matière de cultes en acceptant le *statu quo* du maintien du système concordataire en Alsace-Moselle. La victoire contre l'Allemagne a consacré le retour sous la souveraineté française des départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle. Or, le droit concordataire s'applique dans ces territoires

Pour la doctrine contemporaine, voir : Gabriel le Bras, « Le Conseil d'Etat, régulateur de la vie paroissiale », *E.D.C.E.*, 1950, p 63-76 ; L. V. Méjan, *La séparation des Eglises et de l'Etat, l'œuvre de Louis Méjan*, PUF, 1959 ; Danièle Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1971, p 273 et s ; Claude Goyard, « Police des cultes et Conseil d'Etat, du Concordat à la séparation », *R.A.*, 1984, p 335-346 ; Jean Barthélemy, « Le Conseil d'Etat et la construction des fondements de la laïcité », *R.A.*, 1999, p 37-47 ; Jean Morange, « Peut-on réviser la loi de 1905 ? », *R.F.D.A.*, 2005, p 153-162 ; Emile Poulat, *Notre laïcité publique*, Berg international, 2003.

¹ Jacqueline Lalouette, *L'Etat et les cultes, 1789-1905-2005*, La Découverte, 2005, p 89 et s ; Maurice Larkin, *L'Eglise et l'Etat en France. 1905 : la crise de la Séparation*, Privat, 2004.

lorsqu'ils font retour à la France. Devant l'attachement des populations à leurs spécificités locales, le gouvernement décide de ne pas appliquer le régime de Séparation, au bénéfice du système des cultes reconnus en vigueur au XIXe siècle¹. Le Conseil d'Etat participe d'ailleurs à l'enracinement de cette spécificité du droit local : dès 1919, à l'occasion de l'institution canonique des évêques de Strasbourg et Metz, il consacre implicitement la continuité du droit des cultes propre à l'Alsace et à la Moselle² ; en 1925, il rend un avis défavorable sur les projets du gouvernement Herriot tendant à l'application de la loi de 1905 en Alsace-Moselle, affirmant que le Concordat de 1801 et les Articles Organiques demeurent en vigueur entre la France et le Saint-Siège pour ce qui concerne l'Alsace-Lorraine³.

Enfin, l'activité jurisprudentielle et consultative du Conseil d'Etat a eu une influence directe sur la réussite du compromis des *associations diocésaines*⁴. Sous les pontificats de Benoît XV puis de Pie XI, l'Eglise entend faire un pas vers l'Etat républicain en acceptant, au moins du point de vue pratique, l'existence de la loi de Séparation. Cela se traduit au début des années 1920 par le lancement d'une négociation ayant pour objet l'élaboration d'un modèle de statut d'association cultuelle acceptable à la fois par l'Etat français et par l'Eglise. Finalement, l'accord se fait en 1923 sur une forme d'association constituée à l'échelle du diocèse, et non de la paroisse, dont l'évêque sera le président de droit. Personne morale à part entière, l'association diocésaine est dédiée aux frais et à l'entretien du culte (et pas à l'exercice du culte) et peut se voir attribuer la propriété ou la jouissance de biens nécessaires au cultes, telles que les églises construites après l'entrée en vigueur de la loi de 1905. Elle peut aussi recevoir certains biens grevés d'une fondation pieuse qui n'avaient pas encore été remis à des établissements communaux d'assistance et de bienfaisance⁵.

Le rôle du Conseil d'Etat dans l'acceptation de ce compromis est décisif, et se manifeste de plusieurs manières au cours de l'année 1923. D'abord, le vice-président du Conseil d'Etat, Hébrard de Villeneuve, fait partie du collège de juristes consulté à deux reprises par le gouvernement français à propos de la légalité du modèle de l'association diocésaine et de sa compatibilité avec les règles

¹ Emmanuel Tawil, *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse. Le Conseil d'Etat et le régime des cultes depuis la loi de 1905*, PUAM, 2009, p 120 et s.

² Emmanuel Tawil, *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse. Le Conseil d'Etat et le régime des cultes depuis la loi de 1905*, PUAM, 2009, p 120 et s.

³ CE, avis, 24 janvier 1925 ; sur cet avis, voir Francis Messner, Pierre-Henri Prélôt, Jean-Marie Woehrling, *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003, p 137 et s ; Jacqueline Lalouette, *L'Etat et les cultes, 1789-1905-2005*, La Découverte, 2005, p 95 ; et Emmanuel Tawil, *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse. Le Conseil d'Etat et le régime des cultes depuis la loi de 1905*, PUAM, 2009, p 125 et s.

⁴ Pour les différentes étapes de la construction du compromis des diocésaines, illustrées par les prises de position et échanges d'arguments des principaux représentants de l'Etat, de l'Eglise et des juristes, voir Emile Poulat, *Les diocésaines. République française, Eglise catholique : loi de 1905 et associations cultuelles catholiques, le dossier d'un litige et de sa solution (1903-2003)*, La Documentation Française, 2007.

⁵ Sur ce point, voir *supra*, n°212 et s. Il est frappant de constater que l'économie générale du modèle de l'association diocésaine est très proche des propositions émises par Léon Michoud et Raymond Saleilles au lendemain de la Séparation. Voir *supra*, n°108 et s.

canoniques. Dans une première consultation du 7 avril 1923, la commission (composée, outre d'Hébrard de Villeneuve, d'Henri Berthélémy, doyen de la faculté de droit de Paris, et de Raymond Beudant, doyen de la faculté de droit de Strasbourg), conclue à la parfaite légalité des associations diocésaines au regard de la loi de 1905. Devant les critiques de certains prélats français, le collège rend un second avis le 8 décembre 1923, qui parvient aux mêmes conclusions. Enfin, l'assemblée générale du Conseil d'Etat, dans sa formation consultative, confirme les positions d'ores et déjà exprimées. Dans chacun des trois avis, la conclusion de compatibilité entre l'association diocésaine et la laïcité se fonde bien entendu sur l'interprétation de la loi de 1905 et de celle du 1^{er} juillet 1901 sur les associations. De plus, dans l'avis du 8 décembre 1923 et dans celui du Conseil d'Etat, la jurisprudence administrative, notamment celle relative aux édifices du culte et aux articles 4 et 8 de la loi, est mise en avant pour démontrer le libéralisme de la Séparation et le respect par l'Etat du fonctionnement de l'Eglise catholique¹. Devant la convergence des arguments, l'Eglise accepte finalement le compromis. Tout en réitérant la condamnation de la laïcité prononcée par Pie X, le pape Pie XI déclare les associations diocésaines acceptables d'un point de vue canonique dans son encyclique *Maximam Gravissimamque* du 18 janvier 1924². L'accord ouvre la voie à la constitution d'associations sur tout le territoire³.

Le Conseil d'Etat est bien au cœur de l'apaisement religieux des années 1920-1930. Par sa jurisprudence et ses avis, il a préparé la laïcité d'après 1945 identifiée par Jean-Marie Mayeur⁴, celle à laquelle les catholiques ont pu accorder leur confiance⁵. Terminons en prévenant toute idéalisation des effets de l'œuvre du juge administratif. Si cette dernière a facilité l'apaisement religieux, elle n'a pas mis fin à toutes les oppositions et à toutes les difficultés. Ainsi, les querelles religieuses sur la Séparation ou les congrégations reparaissent sporadiquement à la fin de la III^e République, dans les proportions atténuées par rapport au début du XX^e siècle, comme par exemple lors du gouvernement du Cartel des gauches⁶.

¹ Sur ces trois avis, voir « Les associations diocésaines », *R.D.P.*, 1924, p 129-142.

² Voir Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, De Boccard, 1925, p 548-558 ; et Jean-Marie Mayeur, *La question laïque, XIXe-XXe siècle*, Fayard, 1997.

³ Pour la lecture catholique des associations culturelles, voir Lucien Cruzil, *Quarante ans de Séparation (1905-1945), étude historique et juridique*, Didier, 1946, p 219 et s.

⁴ Jean-Marie Mayeur, *La question laïque, XIXe-XXe siècle*, Fayard, 1997, p 120.

⁵ Cette acceptation se manifeste notamment par la reconnaissance doctrinale de la laïcité-neutralité, et non du laïcisme, par une déclaration de l'épiscopat français du 13 novembre 1945. Voir Jean-Paul Costa et Guy Bedouelle, *Les laïcités à la française*, PUF, 1998, p 12 ; Philippe Portier, « L'épiscopat français et la loi de Séparation, retour sur un processus de reconnaissance », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 203-236.

⁶ Corine Bonafoux, « La relance de la question de la laïcité au tournant des années 1920 », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 285-300.

PARTIE II

LA CONTRIBUTION DE LA SÉPARATION À LA CONSTRUCTION DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR REPUBLICAIN.

334. Les auteurs qui ont abordé le contentieux de la Séparation célèbrent à juste titre le rôle déterminant du juge administratif dans le succès de la réforme et l'enracinement de l'Etat laïque. Est ainsi mise en lumière la contribution du contentieux administratif à la construction d'un pilier des institutions républicaines. Mais le sens du contentieux de la Séparation est plus riche dans la mesure où les rapports entre les institutions républicaines et le contrôle juridictionnel ont été réciproques : le juge administratif a contribué à l'élaboration d'un principe républicain, mais le développement de ce principe républicain a aussi imprimé sa marque sur l'évolution des règles et des pratiques du contentieux administratif. C'est à cette seconde facette du contentieux de la Séparation qu'il faut maintenant s'intéresser, en analysant l'influence du contexte législatif et politique de la séparation des Eglises et de l'Etat sur l'évolution du contrôle juridictionnel de l'administration.

Dans cette perspective, l'apport de la Séparation se manifeste dans le contentieux de la police des cultes et concerne essentiellement le recours pour excès de pouvoir. Plus précisément, le contentieux de la police des cultes a participé au processus d'adaptation du recours pour excès de pouvoir aux institutions républicaines.

335. L'historiographie a clairement identifié deux grandes phases dans l'histoire du recours pour excès de pouvoir sous la III^e République¹. Ainsi, pendant les trois dernières décennies du XIX^e siècle, le recours stagne par rapport à la période du Second Empire ; les acquis enregistrés sous le

¹ Pierre Lampué, « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XX^e siècle », *R.I.S.A.* 1954, p 359-392 ; Pierre Landon, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir*, BDP, n°51, LGDJ, 1962 ; Pierre Sandevour, *Etude sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ, 1962 ; François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995 ; Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002 ; Gustave Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel*, Thèse, Nancy, 1957.

régime de Napoléon III sont confirmés et mis en ordre, mais la jurisprudence connaît peu de progrès significatifs. La donne change dès le début du XXe siècle. Sous l'impulsion de la jurisprudence, le recours pour excès de pouvoir évolue profondément, dans le sens d'une plus grande ouverture du prétoire du Conseil d'Etat et d'un contrôle poussé de l'action administrative.

L'essor du recours pour excès de pouvoir républicain est un phénomène tardif et à bien des égards problématique qui tient en grande partie aux origines de cette voie de droit. Très marginal au sein du contentieux administratif de la première moitié du XIXe siècle, le recours connaît son véritable développement sous le Second Empire. Ce n'est qu'au cours de cette dernière période qu'il acquiert une assise théorique et des fonctions politiques dans le cadre de la conception de l'Etat du régime de Napoléon III. Dans le même temps, la jurisprudence progresse, des nouveautés apparaissent et le contrôle de l'administration se fait plus rigoureux, du moins dans certains domaines.

En conséquence, au début de la IIIe République, l'identité, l'esprit et le destin du recours pour excès de pouvoir semblent intimement liés à un régime politique aux principes et aux valeurs très différents de ceux de l'Etat républicain. C'est pourquoi dans les premières décennies de l'histoire de la République, l'origine impériale du recours pour excès de pouvoir représente un facteur de crise pour ce dernier car son esprit apparaît comme étranger aux institutions républicaines. Ainsi, l'histoire des conceptions du recours pour excès de pouvoir au début de la IIIe République est marquée par des difficultés d'adaptation au nouveau contexte institutionnel. L'influence personnelle d'Edouard Laferrière, qui domine par sa stature l'histoire de la juridiction administrative à la fin du XIXe siècle, est pour beaucoup dans cette crise du recours pour excès de pouvoir. En effet, Laferrière est hostile à la signification politique dont le Second Empire avait doté le recours et estime que ce dernier doit se cantonner à un rôle strictement technique de contrôle de légalité, sans être investi de fonctions politiques, relèveraient-elles des principes de l'Etat républicain.

Influencée par cette doctrine, la juridiction administrative met fin à la période de dynamisme du recours pour excès de pouvoir qui caractérise le Second Empire. Le Conseil d'Etat entreprend d'introduire de la précision et de la rigueur dans son régime procédural. Par ailleurs, le juge de l'excès de pouvoir reste en retrait dans le domaine de la limitation du pouvoir discrétionnaire, préférant laisser un important pouvoir d'appréciation à l'administration, en accord avec la modestie de la conception de ses missions.

336. Si la situation change au début du XXe siècle, c'est parce que se développent plusieurs contentieux dont les caractéristiques favorisent l'enrichissement de la signification politique et des missions du recours pour excès de pouvoir, ainsi que les progrès du contrôle juridictionnel qui

ouvrent la seconde phase de l'histoire du recours sous la III^e République. Ainsi donc, l'adaptation du recours pour excès de pouvoir aux institutions républicaines, encore inachevée et équivoque à la fin du XIX^e siècle, s'approfondit nettement au XX^e siècle.

Après la séparation des Eglises et de l'Etat, le contentieux de la police des cultes joue un rôle important dans ce processus de construction du recours pour excès de pouvoir républicain. Les données législatives et politiques de la Séparation modifient la structure de ce contentieux, pour en faire un terrain particulièrement propice aux progrès du recours pour excès de pouvoir – spécialement dans le domaine du contrôle des motifs de l'acte administratif – et au développement de ses fonctions au sein des institutions républicaines. De ce point de vue, le contentieux de la police des cultes apparaît comme un « lieu de mémoire »¹ des techniques modernes de contrôle de l'administration et de protection des libertés publiques par le juge administratif.

Pour saisir le rôle du contentieux de la police des cultes dans l'évolution du contentieux administratif au XX^e siècle, il faut donc l'envisager dans le cadre de l'histoire du recours pour excès de pouvoir républicain. Dans cette perspective, il est indispensable d'analyser, dans un premier temps, la difficile et problématique relation entre les institutions républicaines et le recours pour excès de pouvoir à la fin du XIX^e siècle (Titre I.). Seule la connaissance de cette première phase de l'histoire du recours pour excès de pouvoir républicain rendra possible, dans un second temps, la compréhension de l'apport de la Séparation aux progrès accomplis au XX^e siècle dans le cadre du contentieux de la police des cultes (Titre II.).

Titre I. – Les institutions républicaines et le recours pour excès de pouvoir à la fin du XIX^e siècle : une relation problématique.

Titre II. – L'essor du recours pour excès de pouvoir républicain au XX^e siècle : l'apport du contentieux de la police des cultes après la Séparation.

¹ Pour reprendre le thème développé par Pierre Nora et ses multiples collaborateurs. Voir l'introduction de Pierre Nora, in *Les lieux de mémoire*, tome I, Gallimard, coll. Quatro, 2001.

TITRE I

LES INSTITUTIONS RÉPUBLICAINES ET LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR A LA FIN DU XIXE SIÈCLE : UNE RELATION PROBLÉMATIQUE.

337. Dès l'instauration d'institutions républicaines, pourtant bien fragiles avant la crise du 16 mai 1877 et le début des années 1880, la justice administrative est influencée par la nouvelle philosophie politique de l'Etat. La loi du 24 mai 1872 *portant réorganisation du Conseil d'Etat* est l'acte qui marque le début du processus de conversion de la juridiction administrative au régime républicain. Ainsi, tout en confirmant l'existence de la juridiction administrative, le texte consacre le système de la justice déléguée ; dorénavant, le Conseil d'Etat exerce un pouvoir propre de juridiction. Dans le rapport d'Anselme Batbie et dans l'exposé des motifs, les justifications du régime de la justice retenue sont disqualifiées tandis qu'est affirmée l'impérieuse nécessité pour les institutions républicaines de se doter d'une justice administrative impartiale et indépendante du pouvoir exécutif. L'exposé des motifs s'explique en ces termes : « *Aussi bien, les raisons qu'à d'autres époques on avait invoquées pour soutenir le système dans lequel les décisions du conseil en matière contentieuse n'avaient d'autorité qu'après avoir été approuvées par le Chef du pouvoir exécutif, auquel appartenait le droit de prendre une décision différente, ne pourraient plus amener la conviction dans les esprits. Sans rentrer dans les détails de cette controverse, il suffit de dire que, lorsqu'un justiciable a porté un litige devant une juridiction dont les membres ont étudié les pièces du procès, entendu les plaidoiries de l'avocat et les conclusions du ministère public, on comprend difficilement que la décision des juges n'ait pas force exécutoire, et qu'elle puisse être modifiée par le Chef suprême de l'administration, contre laquelle est ordinairement engagé le procès. C'est en vain qu'on fait valoir la nécessité de sauvegarder le principe de la responsabilité de l'administration. Les ministres ne sauraient être responsables, lorsqu'ils exécutent une décision rendue par un tribunal administratif ou judiciaire.* »¹. Quant à Batbie, il fait valoir les risques

¹ Exposé des motifs du projet de loi portant réorganisation du Conseil d'Etat, D.P., 1872, IV, p 89.

d'arbitraire que fait peser sur la justice administrative le droit pour le chef de l'Etat de refuser l'approbation des projets d'arrêts adoptés par le Conseil d'Etat : « *mais il est reconnu que si le Chef du pouvoir exécutif usait de ce droit, la bonne administration de la justice y perdrait beaucoup. Il y aurait à craindre que le caprice ou la passion politique ne fussent plus écoutés que l'avis mûrement délibéré par le conseil d'Etat. Ce pouvoir pourrait être aussi, avant le vote, un moyen de pression pour obtenir, par la menace d'une réformation, une majorité factice. Nous avons brisé une arme dont il serait possible de faire un si dangereux usage.* »¹.

338. La conquête d'un pouvoir de juridiction pleinement indépendant de l'exécutif est donc un des premiers apports de la République à la modernisation de la justice administrative. Pour autant, toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité ne sont pas encore réunies à la fin du XIXe siècle. Ainsi, en confiant la nomination des conseillers d'Etat à l'Assemblée nationale, la loi du 24 mai 1872 politise la justice administrative, et nous avons vu que ce choix a eu une influence sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière religieuse. La tradition reprend ses droits lorsque la loi du 25 février 1875 *relative à l'organisation des pouvoirs publics* rétablit la nomination par le chef de l'Etat. Par ailleurs, le principe d'inamovibilité n'est pas consacré par la loi, de sorte que, par exemple, l'épuration opérée par la loi du 13 juillet 1879 a pu avoir lieu sans illégalité².

Mais la fin du XIXe siècle n'est pas qu'archaïsme s'agissant du statut de la juridiction administrative. Plusieurs réformes améliorent le recrutement et la compétence des membres du Conseil d'Etat³. De plus, à partir de son accession aux fonctions de vice-président du Conseil d'Etat en 1886, Edouard Laferrière déploie d'importants efforts pour affirmer et défendre l'indépendance et la compétence du corps face aux pouvoirs publics⁴. Il n'en reste pas moins que l'adaptation du statut de la juridiction administrative aux institutions démocratiques et républicaines est indéniablement inachevée à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle.

339. La conversion de la justice administrative au régime républicain ne se limite pas au statut de la juridiction ; le droit du contentieux est lui aussi influencé. De ce point de vue, la disparition progressive de la théorie du ministre-juge est l'exemple le plus emblématique. Il est vrai qu'ériger le ministre en juge de droit commun du contentieux heurte particulièrement les principes d'une justice

¹ *Rapport fait au nom de la commission par Anselme Batbie, D.P., 1872, IV, p 92.*

² Sur les avancées et surtout les retards de la modernisation du statut de la juridiction administrative à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle, voir Jean-Pierre Machelon, *La République contre les libertés*, FNSP, 1976.

³ Bernard Pacteau, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, PUF, coll. Léviathan, 2003, p 206 et s ; René Brugère, *Le Conseil d'Etat. Son personnel et des formations*, Thèse, Toulouse, 1910.

⁴ Pascale Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, BDP, n°190, LGDJ, 1997.

républicaine. La théorie est peu compatible avec le système de la justice déléguée qui suppose que le pouvoir de juridiction soit totalement autonome par rapport au pouvoir exécutif. De plus, le ministre est la plupart du temps juge et partie quand il endosse une fonction juridictionnelle. Enfin, la théorie entretient une confusion entre l'action et la juridiction, entre l'acte administratif et l'acte juridictionnel, peu conforme aux conceptions modernes de l'administration.

Aussi n'est-il pas étonnant que la théorie du ministre-juge soit de plus en plus contestée dès la fin du Second Empire. Dans une série d'articles des années 1860, Bouchéné-Lefer réfute vigoureusement tous les arguments en faveur de la théorie et pose en axiome la séparation stricte entre l'acte de juridiction, qui ne relève pas de la compétence du ministre, et les actes d'administration (« *actes d'autorité ou de pouvoir* » et « *actes de gestion et de préservation de la fortune publique* » selon les termes de Bouchéné-Lefer) qui représentent l'unique catégorie d'actes susceptibles d'être édictés par les autorités administratives¹. L'avènement de la IIIe République procure une force nouvelle à ces conceptions. Aussi, à partir des années 1880, la théorie du ministre-juge connaît une très forte dévalorisation en doctrine et en jurisprudence.

Mais le chemin est long jusqu'à la disparition totale. C'est que Léon Aucoc a proposé une interprétation de la théorie qui en atténue les effets les plus contestables tout en préservant son existence, interprétation à laquelle se rallie une grande partie de la doctrine voire certains membres de la juridiction administrative. Pour Aucoc, le fait de trancher une contestation ou de prononcer sur un droit n'est plus systématiquement synonyme d'acte juridictionnel. Ainsi, le ministre ne statue plus comme juge lorsqu'il se prononce sur un droit de sa propre initiative. Seules relèvent véritablement de la fonction juridictionnelle les décisions du ministre relatives aux recours introduits contre les décisions des autorités subordonnées. Dans ce cas en effet, le ministre est face à un droit dont la violation est alléguée et d'un litige qui est clairement formalisé par le recours introduit contre une décision initiale ; les éléments de l'acte juridictionnel tel qu'Aucoc le conçoit sont donc réunis². La diffusion de cette doctrine ralentit la disparition de la théorie du ministre-juge.

L'abandon définitif intervient à la fin des années 1880. Une série d'avancées jurisprudentielles réduit progressivement le champ et la portée de la théorie du ministre-juge, préparant le revirement

¹ Bouchéné-Lefer, « De la justice administrative », *R.P.D.F.*, 1863, p 354-381 ; « De la distinction entre l'autorité et la juridiction administrative, ou du contentieux et du non-contentieux administratif », *R.P.D.F.*, 1864, p 433-467 ; *R.P.D.F.*, 1865, p 145-183. Voir aussi Grégoire Bigot, « La théorie du ministre-juge : endoscopie d'une fiction juridique », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Grégoire Bigot et Marc Bouvet (dir), Litec, 2006, p 229.

² Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 3^{ème} éd, tome I, Paris, 1885, p 605 et s ; Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Thèse, Paris, LGDJ, 1970 ; Jacques Chevallier, « Réflexions sur l'arrêt Cadot », *Droits*, n°9, 1989, p 79-91 ; Grégoire Bigot, « La théorie du ministre-juge : endoscopie d'une fiction juridique », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Grégoire Bigot et Marc Bouvet (dir), Litec, 2006, p 229.

de l'arrêt *Cadot* du 13 décembre 1889 qui fait du Conseil d'Etat le juge de droit commun du contentieux administratif. Ainsi, le Conseil d'Etat juge que les décisions du ministre rendues par défaut ne sont pas susceptibles d'opposition¹ ; c'est dire implicitement que leurs décisions ne sont pas des jugements. De même, le juge administratif exclut les décisions ministérielles de l'obligation de motivation à laquelle les jugements sont soumis². Enfin, dans l'arrêt *Bougard*, le recours contre les décisions du préfet qui liquide une pension est jugé recevable *omissio medio* devant le Conseil d'Etat, sans qu'il soit nécessaire de saisir préalablement le ministre³.

Deux facteurs ont favorisé la disparition de cette règle ancienne, peu conforme aux exigences d'une justice administrative moderne. D'abord, le Conseil d'Etat a fait de la limitation de la théorie du ministre-juge une condition de l'effectivité de la déconcentration inaugurée sous le Second Empire, et surtout de la décentralisation entreprise par la IIIe République. Dans ses conclusions prononcées sur l'arrêt *Bougard*, le commissaire du gouvernement Gomel explique ainsi que lorsque la loi confie un pouvoir propre de décision au préfet sur une matière qui relevait auparavant du ministre, il n'est pas possible de maintenir l'obligation de saisir le ministre en cas de contestation, sous peine de vider la déconcentration de sa substance en restituant au ministre le pouvoir final de décision⁴. Le commissaire du gouvernement Jagerschmidt, concluant dans l'affaire *Cadot*, développe des arguments similaires à propos de la décentralisation organisée par la loi du 5 avril 1884.

Dans ces mêmes conclusions, apparaît enfin le second facteur ayant favorisé la disparition du ministre-juge, c'est-à-dire l'influence décisive d'Edouard Laferrière. Reprenant l'effort inauguré par Bouchené-Lefer, Laferrière affirme la stricte séparation de l'action et de la juridiction et rejette les demi-mesures proposées par Aucoc⁵. Il distingue soigneusement la notion matérielle de *contentieux* – qui désigne les contestations suscitées par l'action administrative, dont le traitement n'est pas incompatible avec l'office naturel de l'administrateur actif – de la notion de *juridiction*, qui répond essentiellement à des critères formels relatifs au statut de l'organe juridictionnel et aux garanties d'indépendance et d'impartialité qu'il procure⁶. Ces positions sont reprises par Jagerschmidt : « *Nous pensons, conformément à l'opinion enseignée par M. Laferrière, que, partout où il existe une autorité ayant un pouvoir de décision propre, pouvant rendre des décisions administratives exécutoires, un débat contentieux peut naître, et le Conseil d'Etat peut être*

¹ CE, 12 novembre 1875, *Barbe, Rec.*, p 888 ; CE, 20 février 1880, *Carrière, Rec.*, p 187, concl. Gomel.

² CE, 30 avril 1880, *Harouet, Rec.*, p 419.

³ CE, 24 juin 1881, *Bougard, Rec.*, p 649, concl. Gomel.

⁴ Concl. Gomel sur CE, 24 juin 1881, *Bougard, Rec.*, p 649.

⁵ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome I, Berger-Levrault, 1887 ; Pascale Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, BDP, n°190, LGDJ, 1997.

⁶ Pascale Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, BDP, n°190, LGDJ, 1997, p 70 et s.

*directement saisi ; il suffit pour cela que le débat soit né par l'effet d'une décision de l'autorité administrative rendue sur le litige. »*¹.

Les explications qui précèdent montrent qu'un mouvement d'adaptation du contentieux administratif aux institutions républicaines est en cours à la fin du XIXe siècle². Mais au sein de ce mouvement, le sort du recours pour excès de pouvoir est problématique. L'existence du recours est bien reconnue par les institutions républicaines, par le biais de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, qui dispose que « *Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives.* »³. Mais au delà de cette confirmation législative, il faut que le recours pour excès de pouvoir puisse prendre sens au sein des nouvelles institutions républicaines, qu'il devienne un élément naturel du système républicain de justice. Or, de ce point de vue, la tâche s'avère compliquée dans la mesure où l'identité et l'histoire du recours sont étroitement liées au régime du Second Empire. En effet, dans les années 1860, certains membres de la juridiction administrative, dont Léon Aucoc, ont fait la théorie des *fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir*, dans le but d'en faire un rouage de la conception de l'Etat du Second Empire. Mais l'esprit des institutions du Second Empire est bien différent de celui des institutions de la République, et l'opinion républicaine est profondément hostile au régime de Napoléon III⁴.

340. Aussi, la gestion de l'héritage du Second Empire est un processus ardu et problématique, qui se traduit par une crise du recours pour excès de pouvoir dans les premières décennies de la IIIe République. La crise est doctrinale, intellectuelle et aussi jurisprudentielle.

Edouard Laferrière en est un acteur central et déterminant. A la fin du XIXe siècle, c'est lui qui produit l'effort de réflexion doctrinale le plus important sur le recours pour excès de pouvoir. Par ailleurs, en raison des fonctions stratégiques qu'il occupe au sein de la juridiction administrative

¹ Concl. Jagerschmidt sur CE, 13 décembre 1889, *Cadot, S.*, 1892, III, p 17, note Hauriou.

² Outre la question du ministre-juge, il est possible d'évoquer les progrès qu'enregistre la responsabilité administrative à partir des années 1890. Voir Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Thèse, Paris, LGDJ, 1970 ; Maryse Deguerge, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, BDP, LGDJ, 1994. Voir en outre la synthèse optimiste des avancées des débuts de la IIIe République en matière d'indépendance, d'impartialité et d'efficacité de la juridiction administrative, par René Worms, alors membre du Conseil d'Etat (René Worms, « La juridiction du Conseil d'Etat et ses tendances actuelles », *Annales de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1905, II, p 632-679).

³ Voir aussi le rapport de Batbie, qui n'a pas manqué de souligner son apport à la protection des droits privés (*Rapport fait au nom de la commission par Anselme Batbie, D.P.*, 1872, IV, p 92).

⁴ Voir par exemple : Thierry Truel, « Le spectre impérial au début de la IIIe République : entre fantasmes et réalités », *Parlement(s)*, 2008, n°4, Hors-série, p 145-162.

et du magistère moral qu'il y exerce, ses vues ont une influence considérable au sein de la juridiction administrative et sur la doctrine. Or Laferrière refuse l'idée même de fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir, seraient-elles adaptées aux principes structurant les institutions républicaines. Ainsi, le recours perd l'appui qu'il trouvait dans la théorie de l'Etat du Second Empire, sans être pour autant pleinement intégré aux institutions républicaines et à leur système de valeurs. C'est pourquoi il est possible de diagnostiquer une *crise des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir* dans les premières décennies de la IIIe République, un inachèvement de l'adaptation du recours aux institutions républicaines du point de vue doctrinal et intellectuel.

341. Cette crise des conceptions de l'excès de pouvoir a des conséquences sur le cours de la jurisprudence et l'évolution du droit positif. De même que le dynamisme du recours pour excès de pouvoir du Second Empire s'explique en grande partie par le soutien politique du pouvoir, la crise des fonctions politiques du recours favorise une stagnation de la jurisprudence pendant une trentaine d'années qui a été largement identifiée par l'historiographie¹.

Ainsi, la volonté de débarrasser le recours pour excès de pouvoir de ses oripeaux hiérarchiques et politiques a guidé une politique jurisprudentielle de rationalisation procédurale du recours et de mise en ordre des conditions de recevabilité. Ensuite, la crise des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir a favorisé la stagnation de la jurisprudence sur les cas d'ouverture et le contrôle des motifs, notamment des motifs de fait, car la position institutionnelle du juge administratif n'apparaissait plus comme suffisamment forte pour légitimer un contrôle poussé de l'action administrative. Avant d'étudier cette stagnation de la jurisprudence (Chapitre II.), il faut caractériser la crise des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir qui domine les débuts de la IIIe République (Chapitre I.).

Chapitre I. – La crise des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir au début de la IIIe République.

Chapitre II. – La stagnation de la jurisprudence, conséquence de la crise des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir.

¹ Pierre Lampué, « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *R.I.S.A.*, 1954, p 359-392 ; Pierre Landon, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1962 ; Louis Imbert, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir, 1872-1900*, Dalloz, 1952 ; Pierre Sandevor, *Etude sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ, 1962 ; François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995 ; Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002.

CHAPITRE I

LA CRISE DES FONCTIONS POLITIQUES DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR AU DÉBUT DE LA III^E RÉPUBLIQUE.

342. La naissance des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir date du Second Empire, plus précisément de la période de l'Empire libéral qui commence au début des années 1860. Comme l'indique le dictionnaire Larousse, le terme de fonction désigne le rôle joué par un élément dans un ensemble¹. En ce sens, selon la doctrine développée sous le Second Empire par certains membres de la juridiction administrative, le recours pour excès de pouvoir acquiert une utilité dans la mécanique d'ensemble des institutions impériales ; il représente un soutien de l'exercice de son autorité par l'Empereur, le rôle et le sens du recours dépassant le cadre strict de la technique du contentieux administratif. Jadis marginal et peu connu, le recours prend une signification dans la théorie de l'Etat du Second Empire, tout en gardant ses caractéristiques d'institution juridique. C'est en ce sens qu'il est possible de parler de *fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir* à partir du Second Empire.

343. Au début de la III^e République, l'idée de fonction politique connaît une crise qui se manifeste, sur le plan intellectuel et doctrinal, par le débat entre Léon Aucoc et Edouard Laferrière. De cette confrontation, les positions de Laferrière sortent victorieuses du point de vue de leur diffusion et de leur impact sur le cours de la jurisprudence. Pour ce dernier, la conversion du recours pour excès de pouvoir aux institutions républicaines consiste essentiellement à rompre radicalement avec les conceptions du Second Empire et avec l'idée de fonctions politiques du recours. L'excès de pouvoir doit devenir une voie de droit strictement juridictionnelle, qui se limite à ses *fonctions techniques* de contrôle de la légalité des actes administratifs. Dans la doctrine de Laferrière, la construction du recours pour excès de pouvoir républicain est totalement incompatible avec l'idée même de fondement ou de fonction politique.

344. Ainsi, s'il y a une crise du recours pour excès de pouvoir au début de la III^e République, c'est d'abord en raison du rôle déterminant joué par le Second Empire dans l'élaboration de ses fonctions politiques (Section I.). Ensuite, compte tenu de cette origine peu compatible avec la République, la gestion de l'héritage du Second Empire s'avère problématique à la fin du XIX^e siècle, de sorte que

¹ *Dictionnaire de la langue française*, Larousse, 1992, p 787.

le recours perd toute assise politique dans les nouvelles institutions. Ces difficultés doctrinales sont illustrées par le débat Aucoc/Laferrière (Section II.).

Section I. – Le rôle déterminant du Second Empire dans l’attribution de fonctions politiques au recours pour excès de pouvoir.

345. Il est largement admis de nos jours que le Second Empire est la période au cours de laquelle le recours pour excès de pouvoir prend place comme une des branches essentielles du contentieux administratif, acquérant une identité déterminée, un régime spécifique et des *fonctions politiques* précises¹. La valorisation du recours pour excès de pouvoir pendant cette période n’est pas que le résultat de la lente maturation et des lents progrès de cette voie de droit depuis la Restauration. Elle trouve aussi ses racines dans des facteurs propres aux institutions du Second Empire.

L’historiographie relative au recours pour excès de pouvoir a depuis longtemps relevé la signification politique acquise par le recours sous l’Empire libéral. Ainsi, dans son étude pionnière de 1942, Pierre Landon rend compte du phénomène à l’aide d’une distinction entre la « *théorie du scandale* » et la « *théorie de la régulation* »². La théorie du scandale correspond à la première phase de l’histoire du recours, celle de la première moitié du XIXe siècle. Pendant cette période, l’excès de pouvoir n’a aucune signification politique particulière. Il ne permet pas la sanction de toutes les formes d’illégalités commises par les administrateurs, mais se borne à censurer les très graves illégalités, celles dont l’importance confine au « scandale ». Cette conception change dans les années 1860, lorsqu’un contexte politique favorable conduit à un net progrès du contrôle du juge de l’excès de pouvoir. Comme l’explique Landon, la période de l’Empire libéral est marquée par la volonté des élites de faire oublier l’absence de véritable liberté politique par une conduite mesurée et équitable de l’administration. D’où l’idée de développer le recours pour excès de pouvoir pour apporter des garanties aux administrés et, ce faisant, canaliser les mécontentements que produit l’exercice de la puissance publique. Ce mouvement de progrès du recours pour excès de pouvoir aboutit, pour Landon, au triomphe de la théorie de la régulation, aux termes de laquelle le juge de l’excès de pouvoir s’autorise à sanctionner toute forme d’illégalité, sans se limiter aux fautes grossières, comme dans la période précédente.

¹ Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942 ; François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995 ; Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002 ; « Le Conseil d’Etat, juge gouvernemental », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Frédéric Bluche (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 171-188.

² Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942, p 93 et s.

Plus récemment, Grégoire Bigot s'est aussi intéressé à cette problématique. L'auteur prend le parti d'une lecture politique du droit administratif du XIXe siècle, particulièrement du droit du Second Empire : « *C'est par un artifice qu'on coupe le lien entre droit et politique, car la légitimité du Second Empire repose en partie sur la création de règles juridiques par un Conseil dont la vocation était de servir les intérêts politiques de Napoléon III.* »¹. Il montre ensuite que le recours pour excès de pouvoir est un outil politique au service de la puissance de l'Empereur. Selon une logique interne à l'administration, le Conseil d'Etat assure la cohésion des services en canalisant l'exercice de la puissance publique pour le rendre plus acceptable par les administrés. Pour Grégoire Bigot, le sens du recours pour excès de pouvoir est à chercher au sein même de l'administration et non dans les droits des citoyens : « *L'individu qui se voit offrir ce droit de recours est instrumentalisé ; il est un des outils qu'utilise l'administration pour se contraindre à n'exercer qu'une puissance tempérée, l'étalon qui permet de régler la compétence des administrateurs, tels les préfets qui, avec la déconcentration, de 1852 et dans une atmosphère autoritaire, pourraient se croire autorisés à user arbitrairement de leurs pouvoirs. L'administration supérieure – le Conseil d'Etat pour l'Empereur – use de l'administré pour maintenir la cohésion dans ses rangs.* »². Si cette mission politique de l'excès de pouvoir ne s'inscrit pas dans une logique de protection des droits, elle a cependant contribué à un certain progrès du contrôle juridictionnel, amplifié d'ailleurs par la concurrence de la Cour de cassation qui, dans certains domaines, a incité le Conseil d'Etat à améliorer son contrôle³. Comme Landon et Grégoire Bigot, d'autres auteurs, tels que André Georjin⁴, Pierre Sandevor⁵, Gustave Peiser⁶ ou François Burdeau⁷, ont noté l'apport du contexte politique du Second Empire à l'évolution du recours pour excès de pouvoir.

346. D'un point de vue général, le dynamisme du contentieux administratif du Second Empire dans son ensemble est rendu possible par la restauration de la puissance du Conseil d'Etat au sein des institutions. Alors que le prestige et le rôle de la Haute Assemblée s'étaient nettement amoindris

¹ Grégoire Bigot, « Le Conseil d'Etat, juge gouvernemental », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Frédéric Bluche (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 171-188, p 171. Voir aussi Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, p 158 et s.

² Grégoire Bigot, « Le Conseil d'Etat, juge gouvernemental », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Frédéric Bluche (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 171-188, p 183.

³ Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition, 1800-1872*, BSA, LGDJ, 1999, p 435 et s.

⁴ André Georjin, *La violation de la loi, cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, Rousseau, 1915, p 211 et s.

⁵ Pierre Sandevor, *Etudes sur le recours de pleine juridiction. L'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, LGDJ, 1964, p 282 et s.

⁶ Gustave Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel*, Thèse, Nancy, 1957.

⁷ François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995, p 175 et s.

dans les régimes qui ont succédé au Premier Empire, l'avènement de Napoléon III replace le grand corps au centre des institutions. Outre ses compétences contentieuses, qui sont confirmées, la Constitution du 14 janvier 1852 lui accorde d'importantes attributions en matière législative. En ce sens, l'article 50 dispose que « *Le Conseil d'Etat est chargé, sous la direction du Président de la République, de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière d'administration* ». De plus, selon l'article 51, seuls les conseillers d'Etat, intervenant en qualité de commissaires du gouvernement, peuvent défendre les projets de loi devant la Chambre au nom du gouvernement. Par ailleurs, selon l'article 40, le Conseil d'Etat est obligatoirement saisi des amendements proposés par les députés lors de la discussion des projets de loi, un avis défavorable empêchant les députés de soutenir l'amendement devant la Chambre. Il examine en outre toutes les pétitions adressées à l'Empereur, sur lesquelles il donne un avis. En dépit de ces importantes compétences, l'influence concrète du Conseil d'Etat en matière législative n'a jamais été à la hauteur de la solennité des formules du texte constitutionnel. Subissant l'hostilité et l'esprit de manœuvre des ministres qui ont su affirmer leur puissance à son encontre, et la méfiance de la Chambre des députés, le grand corps n'a pas pu s'imposer comme un rouage essentiel du processus législatif¹.

347. Aussi, le Conseil d'Etat s'est concentré sur l'activité contentieuse et le contrôle de l'administration pour maintenir son prestige et développer son influence². Dans cette perspective, la valorisation du recours pour excès de pouvoir est le fruit d'une volonté explicite, chez une partie de l'élite administrative du régime de Napoléon III, de faire de l'excès de pouvoir un rouage stratégique du système constitutionnel de l'Empire. Ce dessein s'est manifesté par un travail doctrinal qui se développe surtout à partir des années 1860, pendant la seconde partie du régime, dite de l'Empire libéral. L'effort de réflexion provient de la doctrine interne à la juridiction administrative. L'auteur emblématique à cet égard est bien sûr Léon Aucoc. C'est lui qui inaugure véritablement la théorie du recours pour excès de pouvoir, qui affirme son importance et précise sa signification politique dans le cadre de la théorie de l'Etat du Second Empire. Dans les années 1860, les conceptions d'Aucoc sont relayées et complétées par ses collègues commissaires du gouvernement.

¹ Voir Vincent Wright, *Le Conseil d'Etat sous le Second Empire*, FNSP, 1972

² Voir Vincent Wright, *Le Conseil d'Etat sous le Second Empire*, FNSP, 1972, p 159 : « *Rudoyés par les ministres, mal vus par les parlementaires, trahis par leurs premiers présidents et par leurs collègues hors section, les conseillers ne pouvaient que souhaiter renoncer à un rôle qui ne leur avait guère apporté que du désenchantement et des désillusions. Ils se rendirent compte qu'une façon plus efficace existait pour mieux contrôler le pouvoir exécutif et l'administration ; ce contrôle pouvait se faire, non dans le domaine législatif, mais dans le domaine du contentieux.* »

En revanche, il est frappant de constater que la doctrine universitaire demeure largement indifférente au recours pour excès de pouvoir, entretenant ainsi une forte continuité par rapport au début du XIXe siècle. En 1862, Rodolphe Dareste reproduit par exemple la classique analogie entre l'excès de pouvoir contre les actes de pure administration et la cassation, et ne donne aucune précision sur le sens et les fondements du recours¹. Quant à Anselme Batbie, il ne consacre au contentieux qu'une part marginale de son copieux *Traité de droit public et administratif* principalement construit sur la description des autorités administratives et des différents modes de réglementation par l'Etat des droits civils. Parmi les développements qu'il consacre au contentieux, il est très laconique sur l'excès de pouvoir, qu'il distingue à peine comme voie de droit autonome². Même Serrigny, nous le verrons, ne propose pas une doctrine de l'excès de pouvoir aussi charpentée que celle d'Aucoc et de ses collègues. Le maintien d'une certaine indifférence de la doctrine universitaire à l'égard du recours pour excès de pouvoir souligne le caractère essentiellement politique des objectifs poursuivis par les premiers théoriciens de l'excès de pouvoir : puisque le recours est investi d'un sens et d'une mission particulière par le pouvoir impérial, il n'est pas surprenant que l'effort de réflexion provienne du Conseil d'Etat, rouage essentiel des institutions impériales et juridiction suprême du contentieux administratif.

348. Le rôle décisif du Second Empire dans l'attribution de fonctions politiques au recours pour excès de pouvoir est d'abord établi par la comparaison avec la première moitié du XIXe siècle, au cours de laquelle l'excès de pouvoir est une voie de droit marginale à laquelle la doctrine accorde peu d'attention (§ 1.). Ensuite, il faudra analyser la construction des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir à partir des années 1860 (§ 2.).

§ 1. – L'absence de fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir dans la première moitié du XIXe siècle.

349. La première moitié du XIXe siècle révèle l'importance du Second Empire dans l'histoire du recours pour excès de pouvoir. Durant cette période des origines, en effet, le recours n'est qu'une branche peu différenciée du recours général devant le Conseil d'Etat qui naît sous le Premier Empire. Et si le régime de l'excès de pouvoir connaît un mouvement d'individualisation à partir de

¹ Rodolphe Dareste, *La justice administrative en France*, Paris, 1862, p 220 et s.

² Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome VII, Cotillon, 1868, p 418 et s. Sur la perspective doctrinale et la méthode de Batbie et de la doctrine du XIXe siècle, voir Roger Vidal, « Batbie et les débuts de l'organisation scientifique du droit administratif », *R.D.P.*, 1950, p 804- 819 ; Achille Mestre, « L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 à 1919 », *B.S.L.C.*, 1922, p 19-34.

la Restauration, il n'est pas possible de considérer que cette voie de droit est véritablement autonome avant le Second Empire. Aussi, la première moitié du XIXe siècle se caractérise par la faible distinction des voies de droit devant le Conseil d'Etat (A.). L'absence d'identité marquée s'accompagne d'une quasi absence de réflexion théorique sur la portée de l'excès de pouvoir et sur l'existence de fonctions politiques. C'est dire qu'il y a un réel désintérêt doctrinal à l'égard du recours pour excès de pouvoir (B.).

A. – La faible distinction des voies de droit devant le Conseil d'Etat.

350. Le contentieux administratif n'est pas né, au début du XIXe siècle, comme un ensemble de recours bien coordonnés, aux régimes distincts et précisément déterminés. Au contraire, les origines napoléoniennes se caractérisent par la confusion des voies de droit au sein d'un recours général devant le Conseil d'Etat (I.). A compter de la Restauration, le recours pour excès de pouvoir se différencie peu à peu de cet ensemble, mais le phénomène demeure relatif et inachevé (II.).

I. – Le poids des origines napoléoniennes du contentieux administratif.

351. Les grands textes napoléoniens qui ont posé les bases de la justice administrative n'en ont qu'imparfaitement précisé la structure. Aux termes de l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII, le Conseil d'Etat dispose d'abord d'une compétence contentieuse très large et vaguement définie, exercée au nom de l'Empereur dans le cadre d'un régime de justice retenue : « *Sous la direction des Consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative.* ». A peine plus précis, l'article 11 du règlement du 5 nivôse an VIII sur l'organisation du Conseil d'Etat charge le grand corps de se prononcer sur « *les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres* ». Au sein de ce contentieux administratif, le législateur n'a dégagé aucun système de voies de droit autonomes, avec des procédures et des régimes distincts et spécifiques. Du reste, cette indétermination originelle n'est réduite ni par le décret du 11 juin 1806, sur l'organisation et les attributions du Conseil d'Etat, qui améliore cependant la séparation entre la fonction administrative et la fonction de juger par la création d'une commission du contentieux¹, ni

¹ A l'origine, cette commission n'est qu'un organe d'instruction et de préparation des avis contentieux, ces derniers étant adoptés par l'assemblée générale du Conseil d'Etat. Voir Gustave Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel*, Thèse, Nancy, 1957 ; François Burdeau, *Histoire du*

par le décret du 22 juillet 1806 fixant la procédure d'instruction des requêtes devant le Conseil d'Etat¹.

Outre cette compétence générale, le Conseil d'Etat dispose de titres de compétence ponctuels attribués par une multitude de lois spéciales. Il connaît par exemple des demandes d'autorisation de poursuite des fonctionnaires² ; il est juge d'appel des décisions des conseils de préfecture³ et juge de cassation des arrêts de la Cour des comptes⁴ ; il connaît des recours contre les décisions du conseil des prises maritimes⁵, du conseil d'université⁶, ou encore de la commission des monnaies⁷ ; le Conseil d'Etat est aussi juge du contentieux de la Banque de France⁸. En marge de ses activités strictement contentieuses, il exerce une compétence en matière de recours pour abus⁹, résout certaines difficultés d'interprétation de la loi survenant au sein de l'ordre judiciaire¹⁰, et tranche les conflits de compétence entre l'administration et les tribunaux judiciaires¹¹.

352. Dans cet ensemble disparate du contentieux administratif des origines, l'excès de pouvoir ne désigne pas une voie de droit autonome. Il ne s'agit pas d'un type de recours, mais d'une « épithète », selon la formule de Pierre Landon¹², plus concrètement d'un type de moyen ou de grief. Dans l'écrasante majorité des cas, l'excès de pouvoir recouvre l'incompétence d'une autorité administrative, administrateur actif ou juridiction. L'autorité administrative peut être sanctionnée pour avoir empiété sur le domaine du juge judiciaire, du législateur, d'une autre autorité administrative, ou pour avoir violé la chose jugée¹³.

droit administratif, PUF, coll. Thémis, 1995, p 65 et s ; Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, p 50 et s.

¹ Sur les textes napoléoniens, voir Bernard Pacteau, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, PUF, coll. Léviathan, 2003.

² Article 75 de la constitution du 22 frimaire an VIII.

³ Loi du 28 pluviôse an VIII, *concernant la division du territoire de la République et l'administration*.

⁴ Article 17 de la loi du 16 septembre 1807, *relative à l'organisation de la Cour des comptes*, qui prévoit un recours pour « violation des formes et de la loi ».

⁵ Article 14 du décret du 11 juin 1806, *sur l'organisation et les attributions du Conseil d'Etat*.

⁶ Décret du 15 novembre 1811, *concernant le régime de l'Université*.

⁷ Arrêté du 5 germinal an XII.

⁸ Article 21 de la loi du 22 avril 1806, *relative à la Banque de France*.

⁹ Articles 6 et 7 de la loi du 18 germinal an X, *relative à l'organisation des cultes*.

¹⁰ Article 1^{er} de la loi du 16 septembre 1807, *qui détermine les cas où deux arrêts de la Cour de cassation peuvent donner lieu à l'interprétation de la loi*. Ce mécanisme poursuit l'institution du référé législatif, mais confie le pouvoir d'interprétation au chef de l'Etat, qui statue par un règlement d'administration publique, donc après avis du Conseil d'Etat. La Cour de cassation obtient finalement un pouvoir exclusif d'interprétation de la loi par la loi du 1^{er} avril 1837 qui établit l'obligation pour la troisième juridiction de renvoi de se conformer à la décision de la Cour de cassation. Voir Bernard Pacteau, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, PUF, coll. Léviathan, 2003, p 37 et s.

¹¹ Article 11 du règlement du 5 nivôse an VIII, *sur l'organisation du Conseil d'Etat*.

¹² Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942, p 13.

¹³ Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942, p 14.

Avant les années 1850, le grief d'excès de pouvoir n'est pas clairement organisé selon différents *cas d'ouverture* bien déterminés. Comme l'explique Pierre Landon, pendant la première moitié du XIXe siècle, « *l'incompétence exprime en entier la notion de l'excès de pouvoir* »¹. Cependant, par un mouvement implicite, non formulé par le juge et non théorisé par la doctrine, l'excès de pouvoir en vient à déborder le strict cadre de l'incompétence ; plutôt, c'est le sens de la notion d'incompétence qui s'élargit et devient de plus en plus compréhensif. Ainsi, au cours des années 1840, la violation des formes substantielles est peu à peu assimilée à l'incompétence². De même, si le contrôle de la violation de la loi est en principe exclu, sauf lorsque la loi le prévoit comme en matière de recours contre les arrêts de la Cour des comptes par exemple, la pratique du Conseil d'Etat a varié au cours de la première moitié du XIXe siècle. D'abord, sous le Premier Empire, le Conseil d'Etat a pu s'appuyer sur son prestige et sur sa puissance institutionnelle pour juger certaines hypothèses de violation de la loi ou des droits, comme le retrait de décisions ayant créé des droits acquis³. Ensuite, à partir des années 1840, le juge de l'excès de pouvoir en vient, sous couvert d'incompétence, à sanctionner des violations graves et flagrantes de la loi par des actes discrétionnaires ; de même, à l'égard de certains actes administratifs devenus contentieux parce qu'ils limitent un droit privé, le juge de l'excès de pouvoir peut, dans le cadre de quelques rares législations, vérifier le respect au fond des droits garantis par la loi⁴. Relativisons toutefois cette distinction tranchée des différents vices constitutifs de l'excès de pouvoir dans la jurisprudence antérieure aux années 1850. Si l'œil du juriste moderne peut organiser *a posteriori* le matériau jurisprudentiel en fonction des catégories actuelles, il est douteux que le juge ou la doctrine aient disposé du bagage de notions permettant de se représenter clairement la portée des évolutions de l'excès de pouvoir.

353. Ainsi caractérisé, l'excès de pouvoir peut venir à l'appui d'un recours fondé sur le titre général de compétence de l'article 52 de la Constitution impériale et dirigé contre la décision d'un *administrateur actif* (maire, préfet, ministre par exemple) ou d'une *juridiction* administrative. Il est aussi invocable dans le cadre d'un recours prévu par une loi spéciale (par exemple, recours contre les arrêts de la Cour des comptes ou contre un arrêté de conseil de préfecture). L'excès de pouvoir

¹ Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942, p 34.

² Cyril Laroche rapporte qu'au cours du Premier Empire, le Conseil d'Etat sanctionnait parfois le vice de formes. Voir Cyril Laroche, *Les actes non susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat au XIXe siècle*, Thèse, Paris V, 2005, p 39.

³ Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942, p 41 et s ; E. Artur, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *R.D.P.*, 1900, p 214, p 470, *R.D.P.*, 1902, p 78, p 234, p 439, *R.D.P.*, 1903, p 34, p 236, p 415, p 436.

⁴ François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995, p 171 et s.

de l'administrateur et celui du juge sont donc assimilés. Cela résulte d'une conception matérielle de la fonction juridictionnelle – toute autorité qui statue sur une contestation relative à des droits est dans la position d'un juge –, et d'une confusion des notions de juridiction et l'administration¹. De ce point de vue, l'effort de distinction entre les deux notions consacré par le décret du 11 juin 1806 ne porte pas tous ses fruits car, bien vite, la pratique tend à confier des attributions contentieuses à des administrateurs actifs.

Aussi, sous l'Empire et la Restauration, la nature de l'autorité à laquelle est reprochée un excès de pouvoir a moins d'importance que la nature de la décision elle-même. La recevabilité du recours direct au Conseil d'Etat est alors guidée par la distinction matérielle entre les *actes contentieux* et les *actes de pure administration* qui, au début du XIXe siècle, a pour vocation de distinguer les fonctions de juger et d'administrer au sein des missions de l'administration. Les actes contentieux relèvent de la fonction de juger ; ce sont ceux par lesquels l'administrateur se prononce sur une contestation relative à des droits privés. Au contraire, les actes de pure administration sont ceux par lesquels la puissance publique ne peut violer aucun droit privé et peut tout au plus froisser de simples intérêts, à l'égard desquels l'administration dispose d'un large pouvoir discrétionnaire se traduisant par la fermeture de tout recours juridictionnel.

Jusqu'à la Restauration, un recours au Conseil d'Etat doit nécessairement porter sur un acte contentieux, y compris lorsqu'il est attaqué pour excès de pouvoir².

354. L'excès de pouvoir ne se caractérise par aucune spécificité procédurale et par aucun régime distinct. La procédure suit le modèle classique de l'action en justice. L'excès de pouvoir étant un moyen invocable dans le cadre du recours général en annulation, c'est le délai de droit commun qui s'y applique. De même, n'ayant aucune autonomie procédurale, l'invocation de l'excès de pouvoir ne peut se voir opposer d'exception de recours parallèle. Plus significatif, l'excès de pouvoir peut être invoqué non seulement contre les actes unilatéraux individuels et, à partir de la Monarchie de Juillet, contre certains actes réglementaires, mais aussi contre les contrats. Par ailleurs, la procédure est conçue comme une instance entre parties, le défendeur étant l'autorité auteur de la décision attaquée. En outre, l'excès de pouvoir ne se distingue pas encore par l'effet de l'annulation puisque la décision du Conseil d'Etat n'est revêtue que de l'autorité relative de la chose jugée³. Enfin, le juge

¹ Jacques Chevallier, « Réflexions sur l'arrêt Cadot », *Droits*, n°9, 1989, p 79-91.

² Pierre Lampué, « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *R.I.S.A.*, 1954, p 359-392 ; François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995 ; Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, p 74 et s.

³ Sur la soumission de l'excès de pouvoir aux règles classiques de l'action en justice, voir Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942, p 81 et s.

ne se limite pas au pouvoir d'annulation, puisqu'il prononce parfois des injonctions, réforme des décisions administratives et reconnaît l'existence de droits subjectifs.

D'un point de vue quantitatif, l'excès de pouvoir est loin d'être au centre du contentieux administratif. A partir du *Compte général des travaux du Conseil d'Etat*, qui se borne à recenser les recours pour excès de pouvoir contre les décisions des juridictions statuant en dernier ressort, Marc Bouvet a déterminé qu'au cours de la Monarchie de Juillet, le Conseil d'Etat n'est saisi que de 158 requêtes représentant 1,4% de l'ensemble de l'activité contentieuse de la Haute Assemblée¹. En moyenne, le Conseil ne rend chaque année qu'entre un et vingt arrêts pendant cette période². Etendant le décompte aux recours contre les actes des administrateurs actifs, Landon estime pour sa part que sur la période 1815-1851, la proportion des recours pour excès de pouvoir au sein de l'activité du Conseil d'Etat passe de 1/20 à 1/10 à la fin des années 1840³. Même si ces chiffres ne fournissent que des ordres de grandeur, il n'est pas contestable qu'ils établissent la position marginale de l'excès de pouvoir dans le contentieux administratif du début du XIXe siècle⁴. Cette position évolue quelque peu à partir de la Restauration.

II. – Les facteurs de la relative différenciation de l'excès de pouvoir à partir de la Restauration.

355. A partir de la fin de l'Empire et du début de la Restauration, l'excès de pouvoir commence à se différencier au sein du contentieux, à acquérir un régime procédural spécifique. Trois facteurs favorisent ce phénomène.

D'abord, la systématisation de la théorie du ministre-juge distingue le grief d'excès de pouvoir par sa recevabilité directe devant le Conseil d'Etat. Sous le Premier Empire, le Conseil d'Etat peut être directement saisi de tout litige administratif, sous réserve des compétences dévolues aux conseils de préfecture et aux diverses autorités désignées par des lois spéciales. Aussi, à cette époque, le Conseil d'Etat peut être directement saisi de décisions d'autorités administratives inférieures qui n'ont pas été déférées au supérieur hiérarchique, le préfet ou le ministre la plupart du temps. Mais, peu à peu, le Conseil d'Etat impose au requérant de saisir le ministre de la décision d'une autorité inférieure avant de s'adresser à lui. Sous réserve des attributions du conseil de

¹ Marc Bouvet, *Le Conseil d'Etat sous la Monarchie de Juillet*, BSA, LGDJ, 2001, p 292.

² Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942

³ Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942. voir aussi *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, éd du CNRS, 1974.

⁴ Voir aussi, pour la seconde moitié du XIXe siècle, les décomptes effectués par Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome I, 6^{ème} éd, 1881, 239 et s ; et *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, éd du CNRS, 1974.

préfecture, il tend ainsi à instituer le ministre en juge de droit commun et de premier degré du contentieux administratif, le Conseil d'Etat devenant juge d'appel. Or, cette évolution ne concerne pas le grief d'excès de pouvoir, qui demeure recevable directement – *omissio medio* – contre les décisions de toute autorité administrative. Il y a là un facteur évident d'individualisation, dont la datation est d'ailleurs controversée.

La doctrine la plus récente fait remonter la théorie du ministre-juge au début de la Restauration. Si François Burdeau¹ et Grégoire Bigot² admettent qu'il existe dès la fin de l'Empire une jurisprudence qui reconnaît à certaines décisions des ministres les mêmes effets qu'un jugement et déclare certaines requêtes irrecevables en l'absence de saisine préalable du ministre, ils font remarquer que cette jurisprudence ne transforme pas pour autant le ministre en juge à part entière. Sous l'Empire, le renvoi au ministre serait principalement une conséquence du respect manifesté par le Conseil d'Etat pour la hiérarchie interne à l'administration, qui doit être épuisée avant de saisir le juge. Ce n'est que sous la Restauration que l'analogie entre les jugements et certaines décisions des ministres est systématisée par la doctrine³, cette dernière construisant alors une théorie explicite du ministre, juge de droit commun et de premier ressort du contentieux administratif. De plus, soulignent François Burdeau et Grégoire Bigot, le contexte constitutionnel de la Restauration explique seul l'apparition du ministre-juge. Sous ce régime, la position institutionnelle du Conseil d'Etat s'est grandement affaiblie ; il n'est plus question que le juge administratif s'écarte, comme sous le Premier Empire, de ses pouvoirs de juridiction pour empiéter sur l'administration active. Aussi, pour perpétuer son contrôle en le présentant comme strictement limité à la sphère de la juridiction, le grand corps a artificiellement accordé des fonctions contentieuses aux ministres⁴. Cette interprétation historique rompt avec la présentation classique, héritée d'Hauriou⁵ et de Pierre Landon⁶, faisant valoir qu'un courant jurisprudentiel débutant en 1812-1813 consacre la naissance

¹ François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995, p 86 et s.

² Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002 ; Grégoire Bigot, « La théorie du ministre-juge : endoscopie d'une fiction juridique », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Grégoire Bigot et Marc Bouvet (dir), Litec, 2006, p 229 et s.

³ Quelques indices formels sont régulièrement invoqués par la doctrine : l'application aux décisions ministérielles des dispositions des avis du Conseil d'Etat des 25 thermidor an XII et 24 mars 1812 sur la contrainte, c'est-à-dire : notification des décisions par huissier, caractère exécutoire, possibilité d'avoir recours à l'opposition. Voir Grégoire Bigot, « La théorie du ministre-juge : endoscopie d'une fiction juridique », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Grégoire Bigot et Marc Bouvet (dir), Litec, 2006, p 229 et s.

⁴ François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995, p 86 et s ; Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002.

⁵ Maurice Hauriou, « Les éléments du contentieux », *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, tome I, p 1-98 ; *Recueil de législation de Toulouse*, 1907, p 149-191.

⁶ Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942 ; voir aussi Jean-Jacques Bienvenu, « Justice administrative », in *Dictionnaire Napoléon*, Jean Tulard (dir), Fayard, p 999.

de la théorie du ministre-juge. Cette lecture a été reprise récemment par Cyril Laroche¹ qui a proposé une nouvelle approche du phénomène, estimant que la théorie du ministre-juge relève moins d'une stratégie d'enracinement du contrôle juridictionnel dans le contexte de la Restauration que de la confusion fondamentale des notions d'administration et de juridiction au début du XIXe siècle, et de la volonté du juge de conforter l'action administrative. Quoiqu'il en soit de l'époque exacte de sa naissance, il n'est pas contestable que l'existence de la théorie du ministre-juge est certaine sous la Restauration, période décisive pour ce qui concerne l'individualisation du recours pour excès de pouvoir.

356. A ce moment, les effets de la théorie du ministre-juge se combinent avec une évolution jurisprudentielle admettant la recevabilité de recours pour excès de pouvoir contre certains actes de pure administration. D'ailleurs, la distinction contentieux/pure administration change de sens au cours de la Restauration. Alors qu'elle s'appliquait aux organes, pour marquer la séparation des fonctions d'administrer et de juger au sein de l'administration² (séparation qui n'a du reste jamais été parfaite, puisque les préfets et les ministres ont très vite exercé des attributions contentieuses), elle s'applique peu à peu aux actes administratifs, pour déterminer la recevabilité des recours. L'acte contentieux est alors celui contre lequel un requérant peut opposer la méconnaissance d'un droit privé. Si un acte ne touche qu'un simple intérêt, il est purement administratif et à ce titre insusceptible de recours.

Quelque part au cours de la Restauration, le recours pour excès de pouvoir devient recevable directement contre certains actes de pure administration, mettant fin à leur immunité juridictionnelle. Il est bien difficile de dater précisément ce bouleversement, surtout si l'on recherche un arrêt de principe³. Longtemps, la doctrine s'est laissée impressionner par un considérant très explicite de l'arrêt *Egret-Thomassin* du 18 novembre 1818⁴, cité du reste par Laferrière dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*⁵, y voyant la naissance du recours pour excès de pouvoir moderne. Certains auteurs, dont Pierre Sandevor, ont critiqué cette origine en montrant

¹ Cyril Laroche, *Les actes non susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat au XIXe siècle*, Thèse, Paris V, 2005.

² François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995 ; Grégoire Bigot, « La théorie du ministre-juge : endoscopie d'une fiction juridique », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Grégoire Bigot et Marc Bouvet (dir), Litec, 2006, p 229 et s.

³ Sur ce débat, voir Cyril Laroche, *Les actes non susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat au XIXe siècle*, Thèse, Paris V, 2005, p 22 et s.

⁴ CE, 18 novembre 1818, *Egret-Thomassin, Rec.*, tome II, p 404 : « C'est devant nous et notre Conseil d'Etat que doivent être déférés les actes administratifs attaqués pour incompétence et excès de pouvoir. ».

⁵ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 377.

que l'arrêt *Egret-Thomassin* sanctionne l'incompétence du juge et non celle de l'administrateur¹. Mais la question était-elle vraiment là, compte tenu de la grande imbrication des notions d'administration et de juridiction dans la première moitié du XIXe siècle ? Pour la doctrine la plus récente, le problème essentiel relatif à l'émergence du recours pour excès de pouvoir porte sur la question de la recevabilité contre les actes de pure administration. Et à cet égard, aucune date ne fait l'unanimité. La majorité des auteurs retient l'arrêt *Landrin* du 4 mai 1826 comme décision inaugurale². Dans cette affaire, le Conseil d'Etat annule en effet un arrêté préfectoral en matière d'alignement individuel – une matière de pure administration – pour avoir empiété sur les attributions d'un maire. Mais Jean-Louis Mestre a fortement relativisé la portée révolutionnaire de cette décision en montrant que la doctrine de l'époque, à commencer par Macarel qui commente l'arrêt, ne lui a prêté aucune vertu novatrice et que d'autres décisions antérieures, dans les années 1820, s'aventurent déjà dans le domaine de la pure administration³. Quoi qu'il en soit du moment précis de l'admission de l'excès de pouvoir en matière de pure administration, il faut retenir que cette nouveauté a favorisé l'individualisation du recours pour excès de pouvoir dans la mesure où il s'agit du seul moyen de mettre en cause cette catégorie de décisions.

357. L'excès de pouvoir se singularise un peu plus sous la Monarchie de Juillet avec l'apparition du visa de la loi des 7-14 octobre 1790⁴. A partir de 1832, le Conseil d'Etat vise ce texte pour admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les décisions de certaines commissions et de certaines juridictions pour lesquelles aucun recours n'a été prévu, ou qui ont été qualifiées par la loi de définitives. Ainsi, le juge administratif admet, au visa de la loi de 1790, un pourvoi contre une décision de la commission de liquidation de l'indemnité de Saint-Domingue, pour laquelle la loi du 30 avril 1826 n'a prévu aucune voie de recours⁵. Ensuite, sur le même fondement, il déclare recevable un recours pour excès de pouvoir contre une décision d'un jury de révision de la garde nationale alors que la loi du 22 mars 1831 a exclu la possibilité d'un recours⁶. En 1833, le Conseil

¹ Pierre Sandevor, *Etude sur le recours de pleine juridiction. L'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, Thèse, Lille, LGDJ, 1964.

² Pierre Sandevor, *Etude sur le recours de pleine juridiction. L'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, Thèse, Lille, LGDJ, 1964 ; François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995 ; Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002 ; Frédéric Blancpain, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Thèse, Paris II, 1979.

³ Jean-Louis Mestre, « L'arrêt Landrin, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir ? », *R.F.D.A.*, 2003, p 211-217.

⁴ Jean-Louis Mestre, « La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 », *E.D.C.E.*, n°43, 1991, p 281-298 ; Pierre Sandevor, *Etudes sur le recours de pleine juridiction. L'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, LGDJ, 1964, p 101 et s.

⁵ CE, 24 août 1832, *Thévenard c/ Ministre des finances*, *Rec.*, p 513.

⁶ CE, 28 décembre 1832, *Garde nationale de Paris*, *Rec.*, p 736.

d'Etat vise la loi des 7-14 octobre 1790 pour admettre un recours contre l'acte de pure administration d'un administrateur actif¹.

Pour certains auteurs modernes, le Conseil d'Etat a décidé de prendre appui sur la loi de 1790 à partir des années 1830 pour asseoir son contrôle de l'excès de pouvoir lorsqu'il n'était pas développé ou paraissait illégitime en raison de la volonté implicite ou explicite du législateur d'exclure la possibilité d'un recours. Il a été montré cependant qu'il est bien difficile de trouver une cohérence à la pratique du Conseil d'Etat. D'abord, dès 1829, celui-ci a admis un recours pour excès de pouvoir contre une décision qualifiée de définitive par la loi, sans ressentir le besoin de viser la loi des 7-14 octobre 1790². Ensuite, le visa est trop irrégulier pour qu'il soit possible d'en déduire une politique jurisprudentielle claire³. Toujours est-il que le fondement tiré de la loi de 1790, qui se généralise après les années 1830, contribue à singulariser l'excès de pouvoir au sein du contentieux administratif.

358. En dépit d'une individualisation certaine, il ne faudrait pas conclure des quelques explications qui précèdent que le recours pour excès de pouvoir est devenu, sous la Monarchie de Juillet, une voie de droit autonome, bien identifiée, avec son régime propre. En effet, l'imparfaite distinction entre l'administration et la juridiction⁴ maintient la confusion entre l'excès de pouvoir administratif et la cassation. De plus, dans les années 1830-1850, une bonne partie de la doctrine n'accorde pas d'importance particulière à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes de pure administration. Ni Cotelle⁵, ni Macarel⁶, ni Firmin Laferrière⁷, ni Vivien⁸, ni Dufour⁹ ne précisent

¹ CE, 22 mars 1833, *Dailly et consorts*, *Rec.*, p 175.

² CE, 21 janvier 1829, *Brière*, *Rec.*, p 14, à propos d'une décision d'un conseil de révision de l'armée, institution régie par la loi du 10 mars 1818.

³ Voir les éléments analysés par Marc Bouvet, *Le Conseil d'Etat sous la Monarchie de Juillet*, BSA, LGDJ, 2001, p 294 et s. Voir aussi François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995, p 169.

⁴ Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Thèse, Paris, LGDJ, 1970, p 176 et s ; Frédéric Blancpain, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Thèse, Paris II, 1979, p 75 et s ; Gustave Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel*, Thèse, Nancy, 1957. Pour ce dernier auteur, la période 1830-1851 est celle de la confusion de l'excès de pouvoir et de la cassation. Peiser montre en outre qu'il n'est pas pertinent de se demander si l'excès de pouvoir est issu de la cassation ou l'inverse, car ces deux branches du contentieux administratif résultent toutes les deux d'un unique recours direct en annulation devant le Conseil d'Etat né au début du XIXe siècle. Sur ce débat ancien, voir Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942.

⁵ A-T. Cotelle, « Du droit de contrôle du Conseil d'Etat sur les décisions de la section du contentieux et les actes administratifs sujets à annulation pour excès de pouvoir et dans l'intérêt de la loi », *R.C.L.J.*, 1851, tome I, p 373-384.

⁶ L-A. Macarel, *Cours d'administration et de droit administratif*, tome II, 2^{ème} éd, Paris, 1852, p 593 et s.

⁷ Firmin Laferrière, *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, tome II, 3^{ème} éd, Cotillon, 1850.

⁸ Auguste Vivien de Goubert, *Etudes administratives*, tome I, 3^{ème} éd, 1852, rééd Cujas, 1974.

⁹ Gabriel Dufour, *Traité général de droit administratif appliqué*, tome II, 2^{ème} éd, Cotillon, 1854. Dufour propose une distinction ambiguë entre l'administrateur et le juge, dont il est difficile, compte tenu de son caractère elliptique, de déduire une claire séparation entre les actes contentieux et les actes de pure administration.

que le recours pour excès de pouvoir est recevable contre certains actes de pure administration¹. Seuls quelques auteurs, comme Foucart² ou Chauveau³, relèvent cette particularité. Une des spécificités majeures de l'excès de pouvoir n'est donc pas aperçue par la plupart des juristes du temps. Par ailleurs, il est frappant de constater qu'à certains égards le développement de l'excès de pouvoir ne résulte pas, au début du XIXe siècle, d'un processus parfaitement conscient et volontariste par lequel le Conseil d'Etat aurait promu le recours en lui-même et pour lui-même. Au contraire, l'individualisation de l'excès de pouvoir est en partie un effet indirect de la systématisation de la théorie du ministre-juge, cette dernière jouant un rôle de « révélateur » en distinguant l'excès de pouvoir par sa recevabilité directe devant le Conseil d'Etat. Pour autant, le développement de la pratique du ministre-juge répond à des logiques juridico-politiques sans rapport avec la question du recours pour excès de pouvoir. D'une manière quelque peu schématique, il est donc possible d'affirmer qu'en matière d'excès de pouvoir, la première moitié du XIXe siècle pose les jalons d'une institution dont toutes les virtualités ne seront véritablement exploitées qu'à partir du Second Empire. Avant cette époque, le recours pour excès de pouvoir n'a qu'une existence marginale. A cet égard, l'attitude de Pierre Landon est très révélatrice. Alors qu'en 1942 il consacre à la période 1815-1852 la moitié de sa thèse sur *le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, il change son approche dans un ouvrage de 1962, dans lequel il explique qu'il n'est pas vraiment possible d'identifier un ancêtre du recours pour excès de pouvoir moderne avant les années 1850⁴.

Dès lors qu'au début du XIXe siècle le recours pour excès de pouvoir n'a pas d'identité bien dessinée et qu'il n'occupe qu'une place marginale au sein du contentieux administratif, c'est sans surprise que l'on constate l'indigence de la réflexion doctrinale sur l'excès de pouvoir au cours de la même période.

¹ Sur ce point, les explications de Gustave Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel*, Thèse, Nancy, 1957, p 70 et s.

² E.-V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, 3^{ème} éd, tome III, Paris, 1843.

³ Adolphe Chauveau, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, tome III, Paris, 1844, p 984 : « L'incompétence et l'excès de pouvoir autorisent le recours direct au Conseil d'Etat contre tous arrêtés émanés soit des préfets, des conseils de préfecture ou des ministres soit de toute autre autorité administrative, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les matières gracieuses et contentieuses. ».

⁴ Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942 ; Pierre Landon, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, BDP, n°51, LGDJ, 1962.

B. – Le désintéret doctrinal pour le recours pour excès de pouvoir.

359. Dans la première moitié du XIXe siècle, la réflexion doctrinale sur la question de la juridiction administrative est loin d'être totalement absente. Une doctrine politique se développe bel et bien, mais elle demeure générale et porte sur la justice administrative dans son ensemble, spécialement sur la question de la légitimité de son existence (I.).

Quant au recours pour excès de pouvoir, il ne bénéficie pas de la même attention. Sous le Premier Empire, le recours est rarement mentionné par la doctrine, qui n'évoque bien souvent qu'un recours direct et général devant le Conseil d'Etat¹. L'évocation devient systématique à partir de la Restauration, mais les auteurs restent très laconiques et allusifs. De plus, la majorité des auteurs ne développe aucun discours théorique ou politique attribuant à l'excès de pouvoir des fonctions liées à la nature et à l'esprit des monarchies constitutionnelles. L'approche de la doctrine reste strictement classificatoire et très variable, témoignant de la faiblesses des bases théoriques relatives à l'excès de pouvoir (II.).

I. – L'existence d'une doctrine politique de la justice administrative dans son ensemble.

360. Plusieurs juristes de la première moitié du XIXe siècle consacrent une intense activité à la formulation des justifications de la justice administrative et à l'élaboration d'arguments politiques susceptibles d'en asseoir la place au sein des monarchies constitutionnelles. En fait, l'effort de théorisation qui aurait pu se porter sur l'excès de pouvoir pendant cette période a été principalement consacré à la justification de l'existence de la juridiction administrative dans son ensemble. Les causes de ce mouvement doctrinal sont bien connues. Alors que le Conseil d'Etat, comme organe consultatif, législatif et juridictionnel, occupait une place centrale et décisive dans le système constitutionnel du Premier Empire², jouissant à ce titre d'un grand prestige, sa puissance, ses compétences et son influence déclinent fortement à partir de la Restauration, dans une monarchie constitutionnelle où les institutions héritées de Napoléon sont vues d'un mauvais œil³. Les

¹ François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995, p 65 et s ; Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, p 74 et s ; Christophe Auzanneau, « La justice administrative vue par la doctrine de Locré à Aucoc », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Grégoire Bigot et Marc Bouvet (dir), Litec, 2006, p 105.

² Voir Charles Durand, « Conseil d'Etat », in *Dictionnaire Napoléon*, Jean Tulard (dir), Fayard, 1999 ; Christophe Auzanneau, « La justice administrative vue par la doctrine de Locré à Aucoc », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Grégoire Bigot et Marc Bouvet (dir), Litec, 2006, p 105.

³ Voir par exemple François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995 ; et Bernard Pacteau, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, PUF, coll. Léviathan, 2003.

défenseurs du Conseil d'Etat comme conseil et comme juridiction ont donc construit un faisceau d'arguments susceptibles de conforter son existence sous une monarchie constitutionnelle¹. Ce travail s'imposait d'autant plus que des critiques doctrinales de la juridiction administrative étaient développées à la fois dans le camp monarchiste, hostile à Napoléon et à ses œuvres, et par certains libéraux et républicains, farouches critiques du caractère exorbitant et des lacunes de la juridiction administrative².

361. Tous les auteurs favorables à la justice administrative ne sont pas partisans du *statu quo* en matière d'organisation juridictionnelle, certains préconisant des réformes de la juridiction administrative, notamment par la création d'un tribunal administratif séparé du Conseil d'Etat³. En revanche presque tous défendent l'institution d'une juridiction administrative séparée à la fois de l'ordre judiciaire et de l'administration active.

Les défenseurs du Conseil d'Etat ont dû développer une défense sur deux fronts. D'abord, contre les partisans du droit commun désirant confier le contentieux administratif au juge judiciaire ; ensuite, contre les tenants d'un traitement intégralement gouvernemental de la justice administrative qui conduirait à la suppression de tout organe de juridiction, fut-il rattaché à l'exécutif du fait du régime de la justice retenue.

A l'argument de l'unité de juridiction, la doctrine oppose le principe de la séparation des fonctions administrative et judiciaire posé par la loi des 16-24 août 1790 pour fonder l'existence d'une juridiction administrative, en contradiction d'ailleurs avec son sens historique⁴. La doctrine théorise en outre le caractère gouvernemental de la justice administrative. Jean-Baptiste Sirey avance ainsi que le Conseil d'Etat est le seul interprète pertinent de la raison d'Etat et de la pensée

¹ Guy Raïssac, *Les controverses relatives à la juridiction administrative de 1789 à la Deuxième République*, Thèse, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1937.

² Voir François Burdeau, « Les crises du principe de dualité de juridictions », *R.F.D.A.*, 1990, p 724-733 ; Bernard Pacteau, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, PUF, coll. Léviathan, 2003 ; Yan Laidié, « Les libéraux et la justice administrative au XIXe siècle : un mariage de raison ? », *R.A.*, 2001, p 5-11.

³ Christophe Auzanneau, « La justice administrative vue par la doctrine de Locré à Aucoc », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Grégoire Bigot et Marc Bouvet (dir), Litec, 2006, p 105 ; Guy Raïssac, *Les controverses relatives à la juridiction administrative de 1789 à la Deuxième République*, Thèse, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1937 ; Auguste Vivien de Goubert, « Le Conseil d'Etat », *R.D.M.*, 15 octobre 1841, p 161-196 ; *R.D.M.*, 1841, p 601-633.

⁴ Voir l'exemple de Firmin Laferrrière qui justifie l'existence d'une juridiction administrative distincte par le principe de séparation : Firmin Laferrrière, *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, tome II, 3^{ème} éd, Cotillon, 1850, p 667. Voir aussi Georges Vedel, « La loi des 16-24 Août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *R.F.D.A.*, 1990, p 698-711 ; Jacques Chevallier, « Du principe de séparation au principe de dualité », *R.F.D.A.*, 1990, p 712-723 ; Serge Velley, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *R.D.P.*, 1989, p 767-783.

gouvernementale¹, tandis que Macarel fait valoir que le juge administratif peut seul comprendre les motifs qui auront fait agir l'administrateur et, au besoin, faire prévaloir « *l'intérêt social* » sur l'intérêt privé². C'est dire que les litiges impliquant l'Etat sont d'une nature spéciale, irréductible aux conflits entre particuliers en raison de la présence du responsable tutélaire de l'intérêt général, et nécessitent un traitement spécifique. Par ailleurs, s'il faut un juge administratif, c'est pour répondre au besoin de traitement rapide qu'appelle ce type de contentieux.

L'œuvre de Foucart fournit l'exemple d'une théorie politique mettant en relation l'existence de la justice administrative et la logique de la responsabilité politique propre à la monarchie constitutionnelle³. La responsabilité qui pèse sur l'exécutif implique que celui-ci dispose d'une large liberté d'action, estime Foucart. Or, cette liberté serait anéantie si le moindre des actes de l'administration pouvait être discuté devant les juges judiciaires. Il faut donc, pour préserver la responsabilité politique, tout en réglant le contentieux administratif, une juridiction qui provient du gouvernement, qui en adopte l'esprit et en connaît les rouages ; pour Foucart, le Conseil d'Etat est cette juridiction. En faisant découler la nécessité d'une juridiction administrative de la logique même de la monarchie constitutionnelle, l'auteur investit cette dernière d'une forte signification politique qui a pour but de l'enraciner dans les institutions.

Vivien lie aussi la justice administrative et la monarchie constitutionnelle mais ne poursuit pas les mêmes objectifs que Foucart. Alors que ce dernier entend contrer la thèse du traitement judiciaire du contentieux de l'administration, Vivien combat la thèse d'un traitement purement gouvernemental du contentieux, qui découlerait, selon certains publicistes, de la nécessaire liberté d'action que comporte la responsabilité ministérielle. Mais Vivien montre que la logique de la responsabilité politique est étrangère, et ne peut être conciliée, avec la logique juridique qui préside au traitement du contentieux administratif⁴. La responsabilité ministérielle est le domaine de l'appréciation morale, de l'opportunité, toujours variable en fonction des situations politiques, alors que l'activité juridictionnelle relève de méthodes de raisonnement rigoureuses qui permettent des déductions à partir de la loi ou des contrats⁵. Il n'est donc pas possible de reprocher à un ministre le résultat d'un raisonnement logique, conséquences nécessaires de la loi. Dans le jugement du contentieux, il manque la latitude d'action et de décision qui peut seule déclencher une responsabilité. Dès lors, Vivien en conclut que le contentieux administratif doit être exclu du

¹ Voir les passages cités par Grégoire Bigot, « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875. Définir le droit administratif », *R.F.D.A.*, 2003, p 218-224.

² L. A. Macarel, *Eléments de droit politique*, Paris, 1833, p 404.

³ E-V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, tome III, 3^{ème} éd, Paris, 1843, p 250 et s.

⁴ Auguste Vivien de Goubert, *Etudes administratives*, tome I, 3^{ème} éd, 1852, rééd Cujas, 1974, p 133 et s.

⁵ Sur les conceptions de la responsabilité politique des ministres sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, voir Alain Laquière, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, PUF, coll. Léviathan, 2002, qui montre l'inachèvement de la théorie de la responsabilité politique et les incertitudes sur son contenu exact.

domaine de la responsabilité politique. En conséquence, le contentieux de l'administration relève d'une juridiction spécialisée qui en connaît les besoins et est imprégnée des nécessités de l'intérêt général, mais demeure distincte de l'administration active. Ce qui ne veut pas dire que toutes les contestations soulevées par l'administration peuvent donner lieu à un recours ; Vivien exclut ainsi du champ du contentieux, au nom de la liberté qui doit accompagner la responsabilité, les actes de gouvernement et plus largement les actes de pure administration (mesures réglementaires, mesures de police par exemple). Du reste, le discours constitutionnel de Vivien ne se limite pas à la justice administrative, puisqu'il invoque aussi les mécanismes du régime parlementaire pour justifier l'existence du Conseil d'Etat dans son entier. En 1841, il défend le rôle consultatif de la Haute Assemblée qui permet de fournir aux ministres l'expertise, la délibération et l'appui indispensables à un exercice éclairé et serein de la responsabilité gouvernementale : « *Un tel conseil sera dans toute l'action administrative le point d'appui du pouvoir exécutif ; aidé par lui, les ministres craindront moins de faillir à cette partie de leur tâche. Sans doute, tous les obstacles se seront pas aplanis, toutes les oppositions vaincues ; mais il donnera de la consistance et de l'autorité à l'administration, de l'assurance et du courage, si j'ose le dire, à ses délégués de tous les rangs. Toujours maîtres de leurs résolutions, les ministres conserveront la liberté, sans laquelle ils ne pourraient pas demeurer responsables, mais ils s'estimeront heureux de pouvoir se rendre le plus souvent aux suggestions consciencieuses d'un corps qui, n'ayant d'autre autorité que celle de la raison, ne peut être tenté d'abuser de sa situation.* »¹. Il fait ainsi écho aux arguments développés par Macarel quelques années auparavant².

L'effort d'élaboration des justifications politiques et théoriques de la juridiction administrative dans son ensemble qui marque le début du XIXe siècle ne s'étend pas aux différents éléments particuliers du contentieux administratif ; dès lors, l'excès de pouvoir reste appréhendé sous un angle strictement classificatoire, sans véritable intention théorique.

II. – Marginalité doctrinale et approche classificatoire de l'excès de pouvoir.

362. S'agissant de l'excès de pouvoir, les premières tentatives de classification datent de la Restauration. A compter de cette époque, le recours en incompétence et excès de pouvoir est rangé parmi les attributions contentieuses du Conseil d'Etat³ et est présenté comme indifféremment

¹ Auguste Vivien de Goubert, « Le Conseil d'Etat », *R.D.M.*, 15 octobre 1841, p 161-196, p 168.

² L. A. Macarel, *Eléments de droit politique*, Paris, 1833, p 393 et s.

³ Jusqu'à la fin du XIXe siècle, le caractère contentieux du recours pour excès de pouvoir ne fait pas débat dans la doctrine (s'il n'y a pas de débat, certains auteurs s'écartent cependant de la logique contentieuse, comme Vivien qui rattache l'excès de pouvoir au pouvoir hiérarchique). L'absence de débat résulte d'une part de la

recevable contre des jugements rendus en premier ressort, en dernier ressort et contre les actes contentieux des administrateurs actifs.

Par ailleurs, nous avons vu que la doctrine ne perçoit pas toujours l'innovation, inaugurée sous la Restauration, de la recevabilité du recours contre certains actes de pure administration ; aucun sort particulier n'est réservé à l'excès de pouvoir de l'administration pure¹. La plupart du temps, les explications doctrinales sont très sommaires, la classification du recours au sein des catégories encore floues du contentieux administratif restant très variable selon les auteurs. Schématiquement, durant la première moitié du XIXe siècle, l'excès de pouvoir est rattaché tantôt à l'appel, tantôt à la cassation, tantôt aux conflits de compétence entre l'administration et l'ordre judiciaire. C'est dire que les justifications de l'excès de pouvoir demeurent flottantes et peu consistantes, bien éloignées de la doctrine des fonctions politiques et constitutionnelles qui émerge sous le Second Empire.

363. Tout d'abord, en marge des classifications les plus courantes, certains auteurs proposent des présentations particulières de l'excès de pouvoir. Ainsi, Dufour se contente de reprendre, sans l'expliquer ou la discuter, la division du contentieux administratif proposée par Dalloz dans un projet de loi de 1840². Le recours en incompétence et excès de pouvoir y est présenté comme séparé des conflits d'attribution et de la cassation. Dufour individualise donc l'excès de pouvoir, mais se borne à en décrire le régime, sans développer d'explication théorique ou politique sur ses fonctions³.

Quant à Cotelle, il semble adopter une conception particulièrement extensive de l'excès de pouvoir, puisqu'il y rattache la cassation mais aussi les appels pour abus, les autorisations de poursuite des fonctionnaires et les conflits d'attribution⁴.

364. L'assimilation de l'excès de pouvoir à l'appel est illustrée par Adolphe Chauveau. Dans ses *Principes de compétence et de juridiction administratives* publié sous la Monarchie de Juillet⁵, il

faible autonomie de l'excès de pouvoir, qui est largement confondu dans le recours général devant le Conseil d'Etat, dont la nature juridictionnelle ne fait pas de doute pour les auteurs. Ensuite, la conception matérielle de la juridiction rend la question sans objet. Ce n'est que lorsque les fonctions d'administrer et de juger seront bien distinctes, et que la qualification du recours pour excès de pouvoir deviendra un enjeu, que le débat sur la nature juridictionnelle ou administrative de ce dernier se développera.

¹ Mathieu Touzeil-Divina, *La doctrine publiciste, 1800-1880*, éd La mémoire du Droit, 2009, p 179.

² Guy Raïssac, *Les controverses relatives à la juridiction administrative de 1789 à la Deuxième République*, Thèse, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1937. A. de Vidailan, *De la juridiction directe du Conseil d'État : de ses attributions et de sa composition selon le projet de loi du 1^{er} février 1840 et les amendements de la commission de la Chambre des députés*, Paris, Dufey, 1841.

³ Gabriel Dufour, *Traité général de droit administratif appliqué*, 2^{ème} éd, tome II, Paris, 1854, p 279 et s.

⁴ A-T. Cotelle, « Du droit de contrôle du Conseil d'Etat sur les décisions de la section du contentieux et les actes administratifs sujets à annulation pour excès de pouvoir et dans l'intérêt de la loi », *R.C.L.J.*, 1851, tome I, p 373-384.

⁵ Adolphe Chauveau, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, tome III, Paris, 1844, p 985 et s.

distingue, parmi les attributions contentieuses du Conseil d'Etat, le contentieux administratif proprement dit et la *juridiction mixte*.

La juridiction mixte recouvre les autorisations de plaider, les autorisations de poursuite des fonctionnaires (article 75 de la constitution de l'an VIII), les recours pour abus et les prises maritimes. Ceci dit, ces matières ne sont pas réunies pour quelque raison de principe tirée, par exemple, de leur caractère politique et gouvernemental, mais pour un simple motif formel, ces contentieux étant examinés en la forme administrative, sans audience ni plaidoiries.

Quant au contentieux administratif proprement dit, il est essentiellement composé d'une compétence d'appel, que Chauveau fait découler du « *principe constitutionnel que le pouvoir exécutif supérieur doit être appelé à modifier, infirmer ou confirmer les décisions de ses agents inférieurs* »¹ ; le recours pour excès de pouvoir contre les jugements et contre les actes de pure administration en fait partie. Chauveau rend compte d'une manière assez fidèle des grands traits du régime de l'excès de pouvoir pendant la Monarchie de Juillet, en évoquant le fondement textuel de la loi des 7-14 octobre 1790, la recevabilité *omissio medio* et la possibilité d'attaquer un acte de pure administration, ou « *acte gracieux* » selon sa terminologie. Malgré cette relative précision, l'auteur ne développe aucune théorie propre de l'excès de pouvoir, ne lui attribue aucune fonction spécifique par rapport à l'appel. Chauveau en reste donc au degré zéro de la théorie vis-à-vis du recours pour excès de pouvoir, comme d'ailleurs la plupart des juristes du temps.

365. Si Chauveau assimile l'excès de pouvoir à l'appel, un grand nombre de publicistes le rattachent à la compétence de cassation du Conseil d'Etat. Outre Dalloz², Trolley³ ou encore De Pistoye⁴, un auteur comme Firmin Laferrière développe une analogie explicite entre l'excès de pouvoir et la cassation civile⁵. Dans une optique proche de celle de Chauveau, Laferrière sépare la « *juridiction imparfaite du Conseil d'Etat* » par laquelle la Haute Assemblée participe à la puissance gouvernementale (prises maritimes, recours pour abus, autorisation de poursuite des fonctionnaires, changements de nom, autorisation des sociétés anonymes), de la juridiction ordinaire qui sanctionne les atteintes portées par l'administration aux droits privés. Au sein de la juridiction ordinaire, le Conseil d'Etat est à la fois juge d'appel, contre les décisions des conseils de préfecture par exemple, et juge de cassation lorsqu'il sanctionne l'incompétence ou l'excès de pouvoir des administrateurs

¹ Adolphe Chauveau, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, tome I, Paris, 1841, p 439.

² « Conseil d'Etat », in *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, doctrine et jurisprudence*, tome XII, Désirée Dalloz et Armand Dalloz (dir), Paris, 1851.

³ Alfred Trolley, *Traité de la hiérarchie administrative*, Paris, 1854.

⁴ De Pistoye, *Du Conseil d'Etat et de son organisation, de son autorité, de ses attributions*, Paris, 1845.

⁵ Firmin Laferrière, *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, tome II, 3^{ème} éd, Cotillon, 1850, p 666 et s.

ou des juridictions. Pour expliquer cette compétence, Laferrière se borne à évoquer un vague « *pouvoir régulateur* »¹ exercé par le Conseil d'Etat sur « *l'administration entière de la France* », en comparant cette fonction à la mission de la Cour de cassation dans l'ordre judiciaire. L'auteur ne développe donc aucune doctrine approfondie de l'excès de pouvoir et passe sous silence certains aspects importants de son régime, comme la recevabilité contre les actes de pure administration.

Ce désintérêt doctrinal est aussi patent chez Macarel, qui se contente de mentionner le recours pour excès de pouvoir en le rapprochant de la compétence de cassation du Conseil d'Etat².

366. Chez certains auteurs enfin, l'excès de pouvoir relève de la logique des conflits d'attribution. Cormenin est l'exemple le plus connu de ce courant. Par quelques formules fortes, il a contribué à enraciner l'idée que l'excès de pouvoir remplit une fonction de régulation des compétences entre les administrateurs actifs, les juridictions administratives et le juge judiciaire. En 1822, il parle du Conseil d'Etat comme d'un « *vengeur des juridictions violées* », intervenant pour le « *suprême règlement des compétences* »³. Si l'expression est frappante, elle est loin cependant de constituer une théorie complète et satisfaisante de l'excès de pouvoir. En 1826, l'auteur distingue l'excès de pouvoir des conflits proprement dits, mais le recours reste dans l'orbite du règlement des compétences, puisqu'il est rattaché à une énigmatique attribution de « *haute juridiction administrative* » : « *Cour l'appel, il [le Conseil d'Etat] prononce en dernier ressort et définitivement sur le fond des matières ; Cour de souverain, il maintient, par le règlement des conflits, la division fondamentale des pouvoirs administratifs et judiciaires ; Cour de haute juridiction administrative, il balance et fixe les compétences entre les préfets, les conseils de préfecture et les ministres ; Cour de cassation, il casse, soit les arrêts de la Cour des comptes pour vice de forme et violation de la loi, soit les arrêtés des conseils de préfecture, dans le même intérêt et sur la dénonciation des ministres ; Cour politique, il accorde ou refuse l'autorisation de mettre en jugement les agents du gouvernement ; Cour d'équité, il use, avec une certaine latitude, de la faculté discrétionnaire de remettre ou modérer les amendes encourues* »⁴. Encore une fois, la classification ne s'accompagne d'aucun travail de conceptualisation. René de Lacharrière a d'ailleurs montré que Cormenin est embarrassé par les développements du recours pour excès de pouvoir auxquels il ne parvient pas à trouver une explication satisfaisante⁵.

¹ Firmin Laferrière, *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, tome II, 3^{ème} éd, Cotillon, 1850, p 686.

² L-A Macarel, *Cours d'administration et de droit administratif*, tome II, 2^{ème} éd, Paris, 1852, p 593 et s.

³ L-M. Lahaye De Cormenin, *Questions de droit administratif*, Paris, Giraudet, 1822.

⁴ L-M. Lahaye De Cormenin, *Questions de droit administratif*, tome I, 2^{ème} éd, Paris p 199.

⁵ René de Lacharrière, *Cormenin, Politique, pamphlétaire et fondateur du droit administratif*, LGDJ, 1941.

Dans l'œuvre de Vivien, la présentation de l'excès de pouvoir change entre 1841 et 1852. Dans un article publié en 1841 dans la *Revue des deux mondes*¹, il place l'excès de pouvoir en marge du contentieux administratif. Classiquement, ce dernier est défini comme la confrontation des droits privés et de l'action administrative. Toutefois, certaines matières dans lesquelles des droits privés sont en jeu ne peuvent être classées dans le contentieux administratif à part entière, en raison de leur caractère politique et gouvernemental. Dans ces matières, c'est le gouvernement qui détient la compétence directe. Sont concernés les conflits, les recours en cassation, les prises maritimes, les recours pour abus et le recours pour excès de pouvoir, ce dernier représentant selon Vivien une manifestation du principe hiérarchique². En 1852³, l'auteur semble avoir abandonné cette distinction et divise les compétences contentieuses du Conseil d'Etat en trois branches – conflits, appel et cassation – rattachant l'excès de pouvoir à la cassation sans d'ailleurs développer la moindre théorie spécifique au recours.

367. Les exemples qui précèdent illustrent de manière éloquente à la fois le défaut de conceptualisation de l'excès de pouvoir pendant la première moitié du XIXe siècle, et la conception doctrinale purement technique de cette voie de droit, dépourvue de signification politique.

Il faut cependant nuancer cette conclusion car à cette époque, Foucart propose une conception théorique de l'excès de pouvoir. Classiquement, Foucart assimile d'abord le recours à une mission non définie de régulation des compétences⁴. L'excès de pouvoir côtoie ainsi la cassation, l'appel et la compétence de premier et dernier ressort du Conseil d'Etat. Mais alors que ses collègues publicistes limitent à cet aspect classificatoire l'explication de l'excès de pouvoir, Foucart apporte des éléments supplémentaires pour rendre compte notamment de la recevabilité du recours contre les actes de pure administration. Cet aspect brouille en effet la définition universellement reçue du contentieux administratif. Comme tous les juristes de son temps, Foucart estime que le contentieux administratif se limite à la réparation de la violation des droits privés par l'administration. Si de simples intérêts sont invoqués à l'encontre de cette dernière, il s'agit d'administration discrétionnaire qui n'est susceptible que d'un recours gracieux⁵. L'évolution de la jurisprudence doit donc conduire, si l'on veut conserver la même définition du contentieux administratif, soit à exclure le recours pour excès de pouvoir, soit à découvrir un type de droits dont les administrés

¹ Auguste Vivien de Goubert, « Le Conseil d'Etat », *R.D.M.*, 15 octobre 1841, p 161-196 ; *R.D.M.*, 1841, p 601-633.

² Auguste Vivien de Goubert, « Le Conseil d'Etat », *R.D.M.*, 15 octobre 1841, p 161-196 ; *R.D.M.*, 1841, p 601-633.

³ Auguste Vivien de Goubert, *Etudes administratives*, tome I, 3^{ème} éd, 1852, rééd Cujas, 1974, p 157 et s.

⁴ E-V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, tome III, 3^{ème} éd, Paris, 1843, p 383 et s.

⁵ E-V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, tome III, 3^{ème} éd, Paris, 1843, p 269 et s.

peuvent se prévaloir à l'occasion du recours contre les actes de pure administration. C'est la voie choisie par Foucart, qui formule l'idée d'un droit à la compétence : « *la compétence de tous les organes de l'autorité et les limites de leur pouvoir sont déterminées par des lois ; s'ils sortent de ces limites, ils violent la loi ; quand on attaque un de leurs actes pour ce motif, on s'appuie sur un droit qui a été violé ; il y a donc contentieux.* »¹.

Par cette proposition, l'auteur est le premier à esquisser une justification théorique spécifique au recours pour excès de pouvoir contre les actes de pure administration, qui peut être regardée comme les prémices de la théorie du droit public subjectif à la légalité inaugurée par Serrigny² et développée par Joseph Barthélémy³. Il se distingue en cela d'autres publicistes, tels Vivien⁴ ou Trolley⁵, dont certaines formules peuvent évoquer la thématique des droits publics subjectifs, mais qui ne s'appliquent pas spécifiquement au recours pour excès de pouvoir et concernent la juridiction administrative dans son ensemble.

Il faut toutefois se garder d'accorder une trop grande portée aux brèves formulations de Foucart. En effet, l'auteur consacre peu de développements à la question et reste très laconique. Il y a donc un monde entre les notations de Foucart et l'œuvre d'un Barthélémy par exemple. C'est d'autant plus vrai que les intentions de Foucart sont probablement toutes circonstanciées : il s'agit pour lui de trouver un biais juridique pour maintenir le recours pour excès de pouvoir contre les actes de pure administration dans le cadre de la définition classique du contentieux.

Si l'œuvre de Foucart dans son ensemble a une portée théorique notoire au sein de la doctrine publiciste du XIXe siècle, son apport sur la question du recours pour excès de pouvoir demeure

¹ E.-V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, tome III, 3^{ème} éd, Paris, 1843, p 272.

² Denis Serrigny, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, tome I, 2^{ème} éd, Durand, 1865, p 312 et s.

³ Joseph Barthélémy, *Essai d'une théorie des droits publics subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Thèse, Toulouse, 1899.

⁴ Un passage du principal ouvrage de Vivien est parfois présenté comme une formulation du droit à la compétence et aux formes ; Auguste Vivien de Goubert, *Etudes administratives*, tome I, 3^{ème} éd, 1852, rééd Cujas, 1974, p 127 : « *Ainsi, le contentieux administratif se compose de toutes les réclamations fondées sur la violation des obligations imposées à l'administration par les lois et les règlements qui la régissent ou par les contrats qu'elle souscrit ; ainsi, toute loi qui établit une compétence, qui trace une forme d'instruction ou qui pose une règle de décision, peut donner ouverture à un débat contentieux, s'il est allégué que la compétence soit intervertie, la forme inobservée ou la règle enfreinte.* ». Mais par cette formulation, Vivien n'entend pas poser un droit général à la compétence et aux formes dès qu'une loi définit une attribution ou fixe une procédure. A la suite de ce passage, l'auteur explique ainsi qu'il faut trier, parmi les lois administratives, celles qui créent effectivement des droits subjectifs au profit des particuliers : « *Il a souvent été question de dresser la nomenclature des affaires contentieuses, mais ce travail serait impossible. Il faudrait prendre une à une toutes les lois administratives, pour rechercher dans chacune les dispositions qui confèrent des droits aux citoyens.* ». Outre que les développements de Vivien ne concernent pas le recours pour excès de pouvoir en particulier, il est donc difficile d'en faire une manifestation incontestable du droit à la compétence et aux formes qui sera théorisé quelques années plus tard. Sur la naissance de la théorie du droit à la légalité, voir Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003, p 574 et s.

⁵ Alfred Trolley, *Traité de la hiérarchie administrative*, Paris, 1854.

donc modeste, et ne peut être présenté comme une théorie aboutie ; en revanche, les propositions de Foucart peuvent être considérées comme une préfiguration des constructions du début du XXe siècle¹.

Ainsi donc, même avec Foucart, le recours pour excès de pouvoir n'acquiert pas de véritable théorie propre dans la première moitié du XIXe siècle. Ce n'est qu'avec le Second Empire que la réflexion sur la nature et le sens du recours pour excès de pouvoir sort de l'ornière.

§ 2. – *La formulation des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir au cours de l'Empire libéral.*

368. A partir de 1860 environ, pendant la période de l'Empire libéral, les membres de la juridiction administrative, principalement des commissaires du gouvernement, fournissent un effort doctrinal pour formuler une théorie politique du recours pour excès de pouvoir. Deux fonctions interdépendantes sont dégagées : la protection des droits privés d'une part, la gestion administrative de la responsabilité politique de l'Empereur d'autre part (B.). Cette entreprise doctrinale est étroitement liée au dessein politique qui domine la période de l'Empire libéral, c'est-à-dire la volonté ambiguë de Napoléon III et de son élite administrative d'amender les institutions issues de la Constitution du 14 janvier 1852 dans un sens parlementaire et favorable aux libertés publiques². Ainsi donc, la signification de la théorie politique du recours pour excès de pouvoir ne peut être entièrement cernée qu'en considérant les caractères de la théorie de l'Etat du Second Empire (A.).

A. – La théorie de l'Etat du Second Empire.

Le Second Empire peut être qualifié de démocratie césarienne (I.). C'est dans ce contexte institutionnel et intellectuel que Napoléon III et l'élite administrative de l'Empire ont marqué leur intérêt à l'égard du recours pour excès de pouvoir, afin d'en faire un outil contribuant à la gestion par l'Empereur de sa puissance et de sa responsabilité devant le peuple (II.).

¹ Comme l'a montré Mathieu Touzeil-Divina, l'œuvre de Foucart manifeste une vaste richesse théorique au sein de la doctrine publiciste du XIXe siècle. Voir Mathieu Touzeil-Divina, *Le Doyen Foucart (1799-1860), un père du droit administratif moderne*, 3 vol, Thèse, Paris II, 2007 ; et Mathieu Touzeil-Divina, *La doctrine publiciste, 1800-1880*, éd La mémoire du Droit, 2009, p 195 et s.

² Alain Plessis, *De la fête impériale au mur des fédérés*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 1979 ; P. Milza, *Napoléon III*, Perrin, 2006 ; J-C. Yon, *Le Second Empire. Politique, société, culture*, Armand Colin, 2004 ; L. Girard, *Napoléon III*, Fayard, Pluriel, 1986.

I. – Une « démocratie césarienne ».

369. Influencée par les critiques républicaines souvent brillantes¹, l'historiographie traditionnelle a longtemps présenté le Second Empire comme une banale dictature autoritaire et autocratique, dont l'idéologie se résume à la glorification du pouvoir personnel du neveu de Napoléon Bonaparte et à la mise en avant d'interprétations populistes des mécanismes de démocratie directe². Pourtant, les fondements intellectuels du régime sont bien plus subtils et profonds comme l'a montré Pierre Rosanvallon³. Souvent implicites et peu théorisés avant la fin des années 1860, les fondements idéologiques du Second Empire n'en existent pas moins. Le Second Empire plonge ainsi une partie importante de ses racines dans l'idée démocratique. Dès ses écrits de jeunesse⁴ et au cours de l'Empire, Napoléon III manifeste la volonté constante de *concilier l'ordre et la démocratie*, d'organiser et de canaliser la souveraineté du peuple dans des institutions viables et efficaces. De son élection au suffrage universel direct comme président de la République en 1850, au plébiscite de 1870, l'onction populaire et élective est au cœur de la légitimité de Napoléon III. Aux yeux de l'Empereur, nul doute que la souveraineté populaire, dans sa version révolutionnaire, est un principe fondamental des institutions impériales. Mais sa vision de la démocratie est très spécifique et se distingue nettement des doctrines libérales et républicaines.

370. Napoléon III rejette le parlementarisme et les mécanismes de la démocratie représentative car il considère qu'ils sont inefficaces et produisent l'impuissance du pouvoir. Plus grave, le parlementarisme est moralement néfaste car il est fondé sur le clientélisme et le compromis politicien. Bref, le système représentatif ne permet pas de dégager une volonté politique claire et vigoureuse, il déforme la volonté populaire. Pour faire émerger un pouvoir fort et démocratiquement légitime, il faut concentrer la représentation sur *une seule personne*, et non sur une assemblée anonyme. Il faut créer un lien direct entre le peuple et le pouvoir. Cela ne signifie pas que le Second Empire soit fondé sur le mythe de l'homme providentiel que des qualités extraordinaires désignent

¹ Voir par exemple la critique de l'Empire par Victor Hugo, dans notamment : *Napoléon le petit, Histoire d'un crime, Choses vues, Les Châtiments* (Victor Hugo, Œuvres complètes, 5 volumes, Robert Laffont, coll. Bouquins, 2002. Voir aussi Stéphane Mouré, « L'idée impériale », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Frédéric Bluche (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 228-242 ; Pierre Milza, *Napoléon III*, Perrin, 2006

² Voir Alain Plessis, *De la fête impériale au mur des fédérés*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 1979.

³ Pierre Rosanvallon, *La démocratie inachevée*, Gallimard, coll. Folio-Histoire, 2000. D'une manière générale, sur le renouvellement de l'historiographie, voir Eric Anceau, « Nouvelles voies de l'historiographie politique du Second Empire », *Parlement(s)*, 2008, n°4, Hors-série, p 10-26.

⁴ Voir Louis Girard, *Napoléon III*, Pluriel, Fayard, 1986 ; voir aussi Julien Boudon, « Louis-Napoléon Bonaparte : du jacobinisme au socialisme ? », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Frédéric Bluche (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 189-206.

naturellement pour guider la nation¹. La vision du pouvoir personnel de Napoléon III est plus originale. Elle comprend bien sûr un élément charismatique, qui se manifeste par l'entretien du souvenir de Napoléon Bonaparte et du Premier Empire² ; mais c'est surtout la désignation populaire, l'onction du suffrage, qui confère à l'Empereur sa légitimité incontestable. Aussi, la forme de démocratie propre au Second Empire privilégie une représentation par incarnation³. Le grand homme est celui qui a été désigné par la majorité de ses concitoyens ; il exerce seul le pouvoir et représente la nation à la faveur d'un contact direct avec le peuple. A l'idée d'un *pouvoir personnel*, s'ajoute donc la nécessité d'une *expression directe de la souveraineté du peuple*, sans intermédiaires⁴.

C'est pourquoi le plébiscite est le rouage essentiel de l'expression démocratique sous le Second Empire⁵. Selon la formule de Pierre Rosanvallon, « *la démocratie plébiscitaire se présente essentiellement comme une alternative aux formes classiques du gouvernement représentatif* »⁶. Contrairement aux autres formes de représentation qui déforment la volonté réelle du pays, le plébiscite a l'insigne vertu de produire une expression directe de la volonté du peuple, sans filtre ou étapes intermédiaires qui pourraient en trahir le sens. De plus, le plébiscite simplifie, dramatise et personnifie les enjeux du vote, car il porte sur un homme et sur une question simple formulant des choix politiques essentiels pour la nation⁷. Napoléon III se veut donc en « *homme-peuple* », selon l'expression imagée de Persigny⁸ : il est le seul titulaire de la légitimité politique, le seul représentant de la nation, son incarnation plus précisément ; mais il est aussi le seul gouvernant responsable devant le peuple. En ce sens, l'article 5 de la Constitution de 1852 énonce que « *Le président de la République est responsable devant le peuple français, auquel il a toujours le droit de faire appel* », et l'article 13 prévoit que les ministres sont responsables exclusivement devant

¹ Voir Marcel Prélot, « La signification constitutionnelle du Second Empire », *Revue française de science politique*, n°1, 1953, p 31-56.

² Voir Pierre Rosanvallon, *La démocratie inachevée*, Gallimard, coll. Folio-Histoire, 2000, p 209 et s ; Pierre Milza, *Napoléon III*, Perrin, 2006 ; S. Hazareesingh, « La légende napoléonienne sous le Second Empire : les médaillés de Sainte-Hélène et la fête du 15 août », *Revue historique*, n°3, 2003, p 543-566.

³ Pierre Rosanvallon, *La démocratie inachevée*, Gallimard, coll. Folio-Histoire, 2000, p 218 et s.

⁴ Jean-Paul Andrieux, « Le prince, le peuple et la nation », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Frédéric Bluche (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 207-221 ; Stéphane Mouré, « L'idée impériale », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Frédéric Bluche (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 228-242.

⁵ Xavier Derrien, « Démocratie directe et plébiscite sous le Second Empire », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Frédéric Bluche (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 243-254.

⁶ Pierre Rosanvallon, *La démocratie inachevée*, Gallimard, coll. Folio-Histoire, 2000, p 201.

⁷ Ainsi, le plébiscite du 20-21 décembre 1851 vise directement à valider le coup d'Etat du 2 décembre, et à légitimer Louis-Napoléon Bonaparte par l'onction populaire. La consultation des 21 et 22 novembre 1852 permet d'entériner le changement de régime et la nouvelle Constitution. Enfin, le vote du 8 mai 1870 ravive la légitimité de Napoléon III, quelques mois avant sa chute, et valide les réformes libérales entreprises depuis les années 1860. Voir Jean-Claude Yon, *Le Second Empire. Politique, société, culture*, Armand-Colin, 2004.

⁸ Pierre Rosanvallon, *La démocratie inachevée*, Gallimard, coll. Folio-Histoire, 2000, p 210.

l'Empereur. De même, la théorie de l'Etat du Second Empire ne conçoit pas les élections législatives comme un aspect de l'expression de la souveraineté du peuple mais plutôt comme une confirmation régulière de la confiance accordée à l'Empereur au moment des plébiscites. D'où la subordination de la Chambre des députés par rapport à l'Empereur consacrée par l'article 3 de la Constitution, qui prévoit que la Chambre, de même que le Sénat, le Conseil d'Etat et les ministres ne sont que des auxiliaires de l'Empereur, celui-ci disposant seul de l'initiative du gouvernement¹. D'où aussi la pratique des candidatures officielles : puisque les élections législatives ont pour vocation de faire approuver la politique du gouvernement, celui-ci désigne naturellement aux électeurs les candidats qui ont sa faveur. Dans ce système, la personnalité du candidat passe au second plan car le député est surtout un vecteur par lequel le pouvoir entend faire approuver sa politique².

L'obsession d'une politique sans intermédiaires et la hantise de la déformation de la souveraineté populaire sont aussi illustrées par le refus de toute mise en forme préalable de la volonté du peuple par des partis ou par la presse. Dans la vision impériale de la démocratie, seule la spontanéité de l'expression de la volonté populaire est susceptible d'en assurer l'authenticité. Cultivant une conception unanimiste de la politique, le régime s'adresse moins à *l'individu-citoyen* et à sa raison susceptible d'être éclairée par la discussion et l'information, qu'au peuple considéré comme une *masse uniforme*. Tous les corps intermédiaires classiques d'un régime démocratique et républicain sont donc exclus de la vie publique³.

Dès lors, les partis politiques sont proscrits et la presse est fortement corsetée par un régime préventif et répressif rigoureux, institué notamment par le décret du 17 février 1852⁴, et qui ne sera libéralisé partiellement qu'à partir de 1868. Les règles organisant les rapports entre la presse et le Corps législatif sont particulièrement illustratives de l'esprit du régime. Ainsi, l'article 42 de la Constitution prescrit qu'aucun compte rendu des débats parlementaires ne pourra être publié en

¹ Constitution du 14 janvier 1852, article 3 : « *Le président de la République [l'empereur à compter du décret du 2 décembre 1852] gouverne au moyen des ministres, du Conseil d'Etat, du sénat et du corps législatif.* » ; voir aussi article 4 : « *La puissance législative s'exerce collectivement par président de la république, le sénat et le corps législatif.* »

² Jean-Claude Yon, *Le Second Empire. Politique, société, culture*, Armand-Colin, 2004.

³ En ce sens, le contrôle de constitutionnalité des lois, dont l'article l'article 26 de la Constitution du 14 janvier 1852 confie la charge au Sénat (« *Le Sénat s'oppose à la promulgation : 1° des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte à la Constitution, à la religion, à la morale, à la liberté des cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi, à l'inviolabilité de la propriété et au principe d'immovibilité de la magistrature ; 2° à celles qui pourraient compromettre la défense du territoire.* »), n'a presque aucune efficacité pratique en raison de la timidité des sénateurs qui se bornent à accompagner l'action de l'Empereur plus qu'à la contrôler. Sur ce point, voir Antoinette Ashworth, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire », *R.D.P.*, 1994, p 45-102.

⁴ Sur le régime de la presse, voir Anselme Batbie, *Précis du cours de droit public et administratif*, 3^{ème} éd, Cotillon, 1869, p 12 et s

dehors du compte rendu analytique officiel établi sous l'autorité du président de la République¹ ; de plus, le corps législatif doit autoriser l'impression d'un discours prononcé en séance ; enfin, le commentaire des débats dans la presse est dissuadé par une pratique tatillonne des pouvoirs de contrôle que le gouvernement tire du décret du 17 février 1852². Ce système est progressivement libéralisé à partir de 1861, sans que tous ses aspects restrictifs ne soient totalement supprimés.

Dans le même sens, l'enseignement du droit constitutionnel apparaît inutile voire nuisible aux doctrinaires du Second Empire. En effet, un savoir spécifique portant sur les institutions n'est pas nécessaire car seul compte le rapport direct et immédiat entre le peuple et l'Empereur. Par la tendance à la discussion et à la controverse qu'il suscite, le développement du droit constitutionnel est même à éviter. C'est pourquoi dès 1852, un décret du 8 décembre supprime la chaire de droit constitutionnel de la faculté de droit de Paris³. Au droit constitutionnel, est préféré le droit administratif, pour sa technicité et son utilité pratique⁴.

371. Pour désigner l'original mélange de démocratie, de pouvoir personnel et d'autoritarisme propre au Second Empire, Pierre Rosanvallon propose le terme de « *démocratie illibérale* ». Il entend ainsi marquer le fait que le régime n'est pas en marge du courant démocratique, mais qu'il en constitue plutôt une déviation ou une pathologie car la limitation des libertés politiques et la focalisation de la vie démocratique sur la personne de l'Empereur sont justifiées, dans l'idéologie impériale, au nom de l'idée même de démocratie.

Dès la fin du régime et surtout après sa chute, Emile Ollivier est un des rares à avoir synthétisé les différents traits de la théorie impériale de l'Etat dans une doctrine cohérente et complète sur l'exercice du pouvoir sous le Second Empire. Républicain rallié à l'Empire à la fin des années 1860, Ollivier est ministre de Napoléon III en 1870. Essentiellement élaborée *a posteriori*, après la chute de l'Empire, la doctrine d'Ollivier a pour objectif de prendre en compte dans un discours cohérent les réformes libérales entreprises à partir du début des années 1860⁵.

¹ Bernard Gaudillère rapporte d'ailleurs que la fidélité des comptes rendus analytiques est sujette à caution pendant une bonne partie de l'Empire ; notamment, les rédacteurs des comptes rendus ont tendance à édulcorer les quelques manifestations d'opposition qui surviennent parfois lors des débats (Bernard Gaudillère, « La publicité des débats parlementaires (1852-1870) », *Parlement(s)*, 2008, n°4, Hors-série, p 27-49).

² Bernard Gaudillère, « La publicité des débats parlementaires (1852-1870) », *Parlement(s)*, 2008, n°4, Hors-série, p 27-49.

³ Sur cette question, voir Marlène Pétrouff, « L'éclipse du droit constitutionnel », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Frédéric Bluche (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 161-170.

⁴ Marlène Pétrouff, « L'éclipse du droit constitutionnel », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Frédéric Bluche (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 161-170. Sous le Second Empire, le droit constitutionnel est classiquement relégué dans les introductions des manuels et traités de droit administratif.

⁵ Sur le découpage classique de l'histoire politique du régime, voir Jean-Claude Yon, *Le Second Empire. Politique, société, culture*, Armand-Colin, 2004 ; Louis Girard, *Napoléon III*, Pluriel, Fayard, 1986 ; et François Furet, *La Révolution, II, 1814-1880*, Hachette, coll. Pluriel, 1998.

Il est vrai que la seconde moitié du régime, souvent qualifiée d'Empire libéral, est marquée par une relative libéralisation des institutions, ouvrant la voie à une entrée des mécanismes du parlementarisme¹. Un décret du 24 novembre 1860 accorde ainsi aux Chambres le droit de discuter et de voter une adresse en réponse au discours du trône, et institue des ministres sans portefeuille chargés des relations entre les Chambres et le gouvernement. Le Sénatus-consulte du 2 février 1861 améliore aussi la publicité des débats à la Chambre, tandis que le Sénatus-consulte du 18 juillet 1866 élargit le droit d'amendement, en permettant leur discussion nonobstant l'avis défavorable du Conseil d'Etat ; le même Sénatus-consulte allonge les sessions du corps législatif, l'Empereur étant toutefois maître d'en déterminer la durée précise. Les articles 1^{er} et 2 du texte de 1866 révèlent cependant les limites de la libéralisation, en interdisant aux pouvoirs publics les discussions sur la Constitution et en pénalisant la critique de la Constitution par voie de presse, d'affichage ou d'écrits non périodiques. Par la suite, un Sénatus-consulte du 14 mars 1867 renforce le rôle du Sénat dans la procédure législative en attribuant à cette assemblée la capacité de renvoyer une loi votée par le Corps législatif pour une nouvelle délibération. Plus tard, le décret du 19 janvier 1869 supprime le droit d'adresse et le remplace par un droit général d'interpellation accordé aux députés. Enfin, le Sénatus-consulte du 8 septembre 1869 instaure la responsabilité des ministres devant le Corps législatif (article 2) ; de plus, les Chambres peuvent voter des ordres du jour et obtiennent de voter le budget par chapitre et article, ce qui favorise un contrôle budgétaire plus serré sur l'action du gouvernement. Symboliquement, l'article 1^{er} énonce même que le Corps législatif dispose de l'initiative des lois concurremment avec l'Empereur. Pour couronner et synthétiser ce long processus de réforme, le Sénatus-consulte du 21 mai 1870, approuvé par plébiscite, fixe une nouvelle rédaction de la Constitution reprenant les réformes entreprises depuis 1860.

Parallèlement à ces évolutions strictement institutionnelles, le pouvoir accorde de nouvelles libertés en matière économique et sociale pour favoriser le développement économique de la France auquel l'Empereur est attaché². Ainsi, la suppression du délit de coalition en 1864, par la modification des articles 414 et 415 du Code pénal, marque la tolérance de l'Empire pour les syndicats. De même, les sociétés de secours mutuels sont autorisées et le régime des sociétés commerciales anonymes est organisé. En revanche, le régime perpétue la stricte limitation des libertés publiques. Le gouvernement ne desserre que bien modestement l'étoupe qui pèse sur la presse

¹ Voir Francis Choisel, « La procédure de révision constitutionnelle (1852-1870) », *Parlement(s)*, 2008, n°4, hors-série, p 50-68.

² Sur les idées économiques et sociales de Napoléon III, voir Julien Boudon, « Louis-Napoléon Bonaparte : du jacobinisme au socialisme ? », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Frédéric Bluche (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 189-206. Voir aussi Pierre Milza, *Napoléon III*, Perrin, 2006.

(loi du 11 mai 1868) et accorde la liberté de réunion en excluant explicitement les rassemblements politiques et religieux (loi du 6 juin 1868)¹.

L'Empire ainsi rénové est qualifié par Emile Ollivier de *démocratie césarienne*². Cette dernière est fondée sur la souveraineté du peuple et distingue nettement les *libertés civiles* et les *libertés publiques et politiques*. Les premières, c'est-à-dire principalement le droit de propriété et les libertés qui permettent le développement de corps intermédiaires dans la vie économique et sociale, sont valorisées et garanties par l'Etat. En revanche, l'importance des libertés publiques est relativisée et leur exercice encadré car elles causent bien souvent le désordre et viennent court-circuiter la logique institutionnelle du Second Empire³. En effet, celui-ci est avant tout un gouvernement personnel, créant un lien direct entre le peuple et l'Empereur. « *Tout pouvoir gouvernemental, fût-il limité, explique Ollivier, doit, tant qu'il dure, être personnel, c'est-à-dire, responsable et libre de prendre des initiatives* »⁴. Dans ce cadre, nul besoin de libertés publiques pour que la volonté populaire s'exprime pleinement : « *La véritable liberté ou plutôt le fond, l'essentiel, la substance de toute la liberté, c'est la liberté civile ou sociale, c'est-à-dire celle de gérer ses affaires comme on l'entend, sans gênes inutiles et sans immixtions oppressives, sans autre surveillance que celle de la justice ; celle d'être le législateur de sa famille, vivant, par l'éducation, mort, par le testament, de pratiquer librement sa religion ou sa philosophie, de s'associer pour la charité, pour la prière, pour la défense de son travail, pour l'exercice en commun de tous les actes qui se rattachent à la vie privée ou à la vie sociale [...] La liberté politique, celle qui consiste à faire des journaux, des clubs, des élections, si elle n'est pas la simple garantie d'une liberté sociale existante, n'est plus qu'un privilège dangereux, une machine de bouleversement et d'exploitation au service des politiciens d'en haut et d'en bas, qui peuvent devenir députés ou créer des journaux. La*

¹ Sur les évolutions de la législation sur la presse et les réunions à la fin du XIXe siècle, voir Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome II, 6^{ème} éd, Paris, 1881. Bien que son application soit vite suspendue après quelques mois, la loi de sûreté générale du 27 février 1858, consécutive à l'attentat d'Orsini contre l'Empereur, illustre la propension du Second Empire à faire peu de cas des libertés publiques, particulièrement ici la sûreté et la liberté individuelle. Sur la loi de sûreté générale et son application vigoureuse, voir Vincent Wright, « La loi de sûreté générale de 1858 », *R.H.M.C.*, 1969, p 414-430.

² Emile Ollivier, *Démocratie et liberté (1861-1867)*, Paris, 1867, p 381 et s.

³ Voir les explications d'Edouard Laferrière sur ce point : « *Je sais bien que certains hommes d'Etat ont élevé la prétention singulière de modifier les termes de la Déclaration ; il ont effacé de leur propre autorité les textes qui fondaient la liberté politique, et ils n'ont reconnu force de loi qu'aux maximes d'égalité civile ou de liberté religieuse ; disant, pour expliquer cette mutilation, que les articles consacrés aux libertés politiques étaient étroitement liées à la Constitution de 1791, et qu'ils avaient dû disparaître avec elle.[...] Cette distinction ne peut être acceptée [...] Il n'y a donc pas d'équivoque possible : les principes de 1789 ne se confondent pas avec la Constitution de 1791 ; ils forment une charte spéciale, composée de dix-sept articles, et il n'est pas permis d'éliminer arbitrairement un seul de ces articles, alors que le plébiscite de 1851 et la Constitution de 1852 ont ratifié en termes généraux les principes de 1789, c'est-à-dire les dix-sept articles de la Déclaration des droits de l'homme.* » (Edouard Laferrière, *La censure et le régime correctionnel*, 2^{ème} éd, Paris, Armand le Chevalier, 1868, p 263 et s).

⁴ Emile Ollivier, *L'Empire libéral*, tome V, Paris, 1900, p 102.

plus grande extension de la liberté politique, a dit Malouet, un des plus solides Constituants, est infiniment moins précieuse et moins utile aux hommes que la sûreté et la libre disposition de leurs personnes et de leurs propriétés. »¹.

Par ailleurs, il faut organiser la responsabilité de l'Empereur ; et, aux yeux d'Emile Ollivier, c'est le mérite de l'Empire libéral que d'avoir fixé et diversifié les différentes voies d'exercice de cette responsabilité. Au plébiscite, institution centrale, « *forme légale de la responsabilité du chef de l'Etat* »², s'ajoute une dose de contrôle parlementaire, mais aussi les pétitions devant le Sénat ou l'Empereur. La question du recours pour excès de pouvoir s'insère dans ce système de gestion de la responsabilité de l'Empereur mis en avant par la théorie de l'Etat du Second Empire. C'est pourquoi Napoléon III et son élite administrative manifestent leur intérêt pour le recours.

II. – L'intérêt de l'Empire pour le recours pour excès de pouvoir.

372. Le contrôle de l'action administrative par l'administration est un souci ancien et constant pour Napoléon III. Celui-ci est conscient qu'en raison de la concentration du pouvoir sur sa personne, les errements et les dysfonctionnements des services finissent par lui être imputés. Dans la proclamation précédant la Constitution du 14 janvier 1852, Louis-Napoléon, alors président de la République, déclare ainsi : « *Dans notre pays, monarchique depuis huit cent ans, le pouvoir central a toujours été en s'augmentant. La royauté a détruit les grands vassaux ; les révolutions elles-mêmes ont fait disparaître les obstacles qui s'opposaient à l'exercice rapide et uniforme de l'autorité. Dans ce pays de centralisation, l'opinion publique a sans cesse tout rapporté au chef du gouvernement, le bien comme le mal. Aussi, écrire en tête d'une charte que ce chef est irresponsable, c'est mentir au sentiment public* »³. Compte tenu de sa conception de la responsabilité du chef de l'Etat, Napoléon III entend donc, dès les premières années du régime, assurer un usage modéré et régulier de la puissance publique, spécialement à l'échelon local.

En ce sens, Vincent Wright rapporte que par trois décrets des 2 février, 5 mars et 8 avril 1853, l'Empereur a créé deux missions d'inspection de l'administration départementale, confiées à des conseillers d'Etat. Ces derniers étaient chargés de visiter les préfetures dans le but de relever les éventuels dysfonctionnements et de proposer les améliorations à apporter ; ils devaient transmettre

¹ Emile Ollivier, *L'Empire libéral*, tome V, Paris, 1900, p 99 et s.

² Emile Ollivier, *L'Empire libéral*, tome V, Paris, 1900, p 107.

³ Proclamation reproduite in Jacques Godechot, *Les constitutions de la France depuis 1789*, Garnier-Flammarion, 1995.

leur rapport directement à l'Empereur une fois leur mission accomplie¹. Mais en raison de la brièveté des séjours des inspecteurs et de l'intérêt parfois relatif des rapports, cette tentative se solde par un échec et les missions d'inspection ne sont pas renouvelées.

373. L'intérêt porté par l'Empereur pour le recours pour excès de pouvoir se situe dans le prolongement de l'initiative pionnière des inspections. Il se manifeste par quelques signes clairs à partir des années 1860. D'abord, le *Moniteur Universel*, organe de la communication officielle de l'Empire, publie les conclusions du commissaire du gouvernement Robert prononcées à l'occasion de l'affaire *Académie des Beaux-Arts* jugée le 21 juillet 1864², dans lesquelles Robert fait du recours pour excès de pouvoir un outil de régulation de sa responsabilité par l'Empereur. Par cette publication, le pouvoir impérial fait sienne l'analyse du commissaire du gouvernement et lui accorde une valeur officielle.

Plus important encore, c'est le décret du 2 novembre 1864, *relatif à la procédure devant le Conseil d'Etat en matière contentieuse et aux règles à suivre par les ministres dans les affaires contentieuses*³, qui marque l'intérêt de l'Empereur pour le recours pour excès de pouvoir et son intention d'en faire un élément de l'exercice de son pouvoir personnel. Quentin-Bauchart rapporte ainsi dans ses souvenirs que l'impulsion du décret de 1864 résulte du vœu de Napoléon III d'accélérer et de faciliter le traitement du contentieux administratif pour améliorer le contrôle de l'administration⁴. Elaboré au sein même du Conseil d'Etat⁵, à l'initiative de Quentin-Bauchart, rapporteur du projet, le texte contient parmi ses huit articles deux dispositions qui concernent l'excès de pouvoir. L'article 1^{er} apporte d'abord la première consécration législative de l'existence du recours et facilite grandement son usage en prévoyant sa gratuité (hormis le droit de timbre) et en dispensant les requérants de l'obligation du ministère d'un avocat aux Conseils⁶. Ensuite, l'article 7 ouvre de nouvelles possibilités de recours en instituant le mécanisme de la décision implicite de rejet, à l'issue d'un délai de quatre mois, lorsque les ministres statuent sur les recours contre les décisions de leurs subordonnés. Comme le relève le commissaire du gouvernement De Belbeuf en

¹ Vincent Wright, *Le Conseil d'Etat sous le Second Empire*, FNSP, 1972, p159 et s.

² Cette publication est rapportée par le *Recueil Lebon* 1864, p 680.

³ Reproduit dans le *Journal du droit administratif*, 1864, tome XII, p 529 et s.

⁴ Texte reproduit in *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, éd du CNRS, 1974.

⁵ *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, éd du CNRS, 1974 ; voir aussi concl. Aucoc sur CE, 11 janvier 1866, *Chabanne, Rec.*, p 21.

⁶ « Seront jugés sans autres frais que les droits de timbre et d'enregistrement : les recours portés devant le Conseil d'Etat, en vertu de la loi des 7-14 octobre 1790, contre les actes des autorités administratives, pour incompétence ou excès de pouvoir ; les recours contre les décisions portant refus de liquidation ou contre les liquidations de pension. Le pourvoi peut être formé sans l'intervention d'un avocat au conseil d'Etat, en se conformant d'ailleurs, aux prescriptions de l'article 1^{er} du décret du 22 juillet 1806. ».

1869¹, le décret marque l'indéniable volonté de favoriser l'usage le plus large du recours pour excès de pouvoir par les administrés.

L'intérêt ainsi manifesté par le pouvoir va se traduire par l'élaboration, au sein de la juridiction administrative, d'une théorie du recours pour excès de pouvoir dotant ce dernier de fonctions politiques précises, liées à la nature de la théorie de l'Etat du Second Empire.

B. – Le recours pour excès de pouvoir, une voie de droit au service du Second Empire.

374. Comme le note Marc Bouvet à l'issue d'une étude sur les commissaires du gouvernement entre 1831 et 1872, les conclusions prononcées devant le Conseil d'Etat « *forment une source doctrinale inestimable pour cerner l'évolution et le sens du droit administratif et de la jurisprudence du Conseil d'Etat au XIXe siècle durant la période peu connue précédant 1872.* »². Cette affirmation est particulièrement pertinente s'agissant du recours pour excès de pouvoir car la formulation des fonctions politiques de ce dernier est avant tout l'œuvre des commissaires du gouvernement.

Deux grandes fonctions interdépendantes du recours pour excès de pouvoir se dégagent de l'effort de théorisation : protéger les droits privés et faciliter la gestion administrative de la responsabilité politique de l'Empereur³ (§1.). Par ailleurs, la théorie politique de l'excès de pouvoir

¹ Concl. De Belbeuf sur CE, 4 février 1869, *Boulangers de Montluçon, Rec.*, p 95.

² Marc Bouvet, « Les commissaires du gouvernement auprès du Conseil d'Etat statuant au contentieux (1831-1872) », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Grégoire Bigot et Marc Bouvet (dir), Litec, 2006, p 129-181, p 156.

³ Grégoire Bigot avance que l'excès de pouvoir, de même que le droit administratif dans son ensemble, n'ont pas pour but de protéger les droits privés, mais relèvent du souci de rationalisation administrative et de préservation de la puissance propre à la conception napoléonienne de l'ordre (Grégoire Bigot, « Le Conseil d'Etat, juge gouvernemental », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Frédéric Bluche (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 171-188, p 188 : « *Le droit administratif moderne, ce droit que le Second Empire lègue aux Républiques à venir, n'a pas pour vocation première de servir les administrés ni de protéger leurs droits, mais de prémunir l'Etat contre leur mécontentement, de contribuer à la rationalisation administrative, et plus largement, au triomphe d'une conception très napoléonienne de l'ordre.* »). Cette appréciation a cependant été nuancée par François Burdeau (François Burdeau, « Quand juger l'application de la loi n'est plus administrer (l'arrêt Bizet) », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Grégoire Bigot et Marc Bouvet (dir), Litec, 2006, p 257-264), et Cyril Laroche (Cyril Laroche, *Les actes insusceptibles de recours devant le Conseil d'Etat au XIXe siècle*, Thèse, Paris V, 2005, p 34 et s). Si la fonction de soupape de sûreté théorisée par Aucoc est très présente dans la jurisprudence, elle n'éclipse pas totalement la fonction de protection des droits, qui se manifeste par exemple nettement dans le contentieux de l'alignement ou celui de la délimitation du domaine public. En ces matières en effet, les propriétaires disposent d'une forme de compensation devant le juge judiciaire qui peut condamner l'administration à des indemnités. Pourtant, le Conseil d'Etat développe le recours pour excès de pouvoir pour assurer l'effectivité de la protection de la propriété (Voir les explications d'Aucoc, *Rec.*, 1862, p 291 ; et de D. Serrigny, « Examen critique de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de fixation des limites des rues, des routes, des rivages de la mer et des rivières navigables », *R.C.L.J.*, 1869, tome 35, p 97-113. Voir aussi A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, 1881, p 523 et s).

s'appuie sur le système de la justice retenue, qui apparaît comme la condition institutionnelle des fonctions politiques de l'excès de pouvoir (§2.).

I. – Les deux fonctions interdépendantes du recours pour excès de pouvoir : protection des droits privés et gestion administrative de la responsabilité politique de l'Empereur.

Au sein du discours théorique et politique développé par les commissaires du gouvernement, il faut isoler la contribution décisive de Léon Aucoc, dont l'ampleur justifie des explications spécifiques (a.). L'apport des autres commissaires du gouvernement sera ensuite examiné (b.).

a. – L'apport de Léon Aucoc.

375. Catholique et républicain en 1848, Aucoc suit les enseignements de l'éphémère école nationale d'administration d'Alfred Blanche créée sous la Deuxième République. Rallié à l'Empire, il entre au Conseil d'Etat en 1852 comme auditeur. Il est commissaire du gouvernement de 1865 à 1869, puis devient conseiller l'Etat. Il démissionne du Conseil en 1879 en réaction à l'épuration réalisée par le gouvernement républicain¹. Qualifié d'élément à la fois « *libéral* » et « *professionnel* »² du Conseil d'Etat du Second Empire, Aucoc a eu le souci constant d'améliorer la qualité de la justice administrative par une meilleure protection des administrés et un perfectionnement de ses règles procédurales, et un souci non moins marqué pour la préservation des prérogatives de l'Etat.

Souvent éclipsé par la figure tutélaire d'Edouard Laferrière, Léon Aucoc mérite d'être classé parmi les fondateurs du droit administratif moderne. A la fois praticien, comme membre du Conseil d'Etat, et théoricien, comme enseignant à l'école des Ponts et chaussées, Aucoc a enrichi le droit administratif sur de nombreux points. On lui doit notamment la première classification formelle des contentieux axée sur les pouvoirs du juge entre « *le contentieux administratif proprement dit* » (la pleine juridiction selon la terminologie actuelle), le recours pour excès de pouvoir et le contentieux de l'interprétation³. On lui doit aussi la première théorie juridique et politique de l'excès de pouvoir.

¹ Frédéric Blancpain, « Léon Aucoc, praticien et théoricien du droit administratif », *R.H.D.F.E.*, 1974, n°4, p 734-741.

² Frédéric Blancpain, « Léon Aucoc, praticien et théoricien du droit administratif », *R.H.D.F.E.*, 1974, n°4, p 734-741 ; Fabrice Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, Thèse, BDP, n°212, LGDJ, 2001.

³ Dans le contentieux administratif proprement dit, le juge peut substituer son appréciation à celle de l'administration. Il peut aussi déclarer l'existence d'une créance contre la puissance publique, ou la condamner à des dommages et intérêts. Dans le contentieux de l'excès de pouvoir en revanche, le Conseil d'Etat se borne à annuler une décision lorsqu'elle est illégale ; il ne peut ni prononcer des injonctions, ni remplacer la décision

Sa théorie de l'excès de pouvoir comporte à la fois le premier exposé approfondi et détaillé du régime du recours, et une doctrine politique spécifique qui attribue à l'excès de pouvoir des fonctions dans le cadre des institutions du Second Empire. L'apport d'Aucoc provient à la fois de son œuvre académique, c'est-à-dire des *Conférences sur l'administration et le droit administratif* et plusieurs articles¹, et de plusieurs conclusions prononcées devant le Conseil d'Etat² dans lesquelles il expose sa conception de l'excès de pouvoir.

376. La formule imagée et frappante de la « *soupage de sûreté* » est souvent évoquée lorsque la doctrine contemporaine analyse la théorie de l'excès de pouvoir d'Aucoc. Il ne faut pourtant pas oublier que dans les réflexions qu'il consacre à la question en qualité de commissaire du gouvernement ou de professeur, il attribue au recours deux fondements d'égale valeur et interdépendants.

Ainsi, le recours pour excès de pouvoir est à la fois « *une précieuse garantie pour les droits des citoyens et une véritable sauvegarde des intérêts les plus essentiels du gouvernement* »³.

administrative par la sienne. Voir Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, tome III, 3^{ème} éd, Paris, 1885, p 471 et s : « *La juridiction administrative peut être saisie dans trois conditions différentes. Tantôt elle est juge du fond des contestations soulevées par un acte de l'administration et elle peut substituer sa décision à celle qui est attaquée devant elle. Ainsi elle fixe le chiffre de l'indemnité due à un particulier qui a souffert d'un préjudice par suite de l'exécution des travaux d'une route ou d'un chemin de fer au devant de sa propriété. Elle prononce la réduction ou la décharge de la cote de contribution foncière imposée au propriétaire, ou de la taxe établie à l'occasion du curage d'un cours d'eau non navigable. Elle règle le décompte d'une entreprise de travaux publics, et elle augmente la somme allouée par l'administration à l'entrepreneur. Ou bien encore, elle reconnaît qu'un fonctionnaire public a droit à une pension de retraite que le ministre lui refusait ; elle décide qu'un officier avait droit, d'après les règles établies par la loi sur l'avancement dans l'armée, à être nommé à la place d'un autre. Il peut arriver que, dans quelques-uns des cas qui viennent d'être indiqués, la décision rendue par la juridiction administrative ne remplace pas absolument la décision attaquée et qu'après avoir reconnu le droit contesté, elle renvoie devant l'autorité administrative pour l'exécution. C'est ce qui se produit souvent pour la liquidation des marchés, c'est ce qui se produit toujours pour celle des pensions et, à plus forte raison, pour la nomination aux grades dans l'armée. Mais il n'en est pas moins exact de dire que, dans tous ces cas, le droit individuel est reconnu par la juridiction administrative. C'est ce qu'on appelle le contentieux administratif proprement dit. Tantôt elle est appelée à se prononcer, à l'occasion d'un procès qu'elle n'aura pas à juger, sur le sens et la portée d'actes administratifs dont les parties intéressées dans ce procès prétendent faire découler des droits à leur profit ; elle donne l'interprétation des actes administratifs. Tantôt, enfin, elle est saisie de recours qui tendent uniquement à faire tomber un acte irrégulier, sans qu'elle puisse, après avoir annulé cet acte, y substituer une décision différente. Elle prononce alors dans les mêmes conditions que la Cour de cassation ; c'est à la juridiction administrative suprême, au Conseil d'Etat, qu'il appartient de statuer sur les recours pour excès de pouvoir.* ». Sur la classification d'Aucoc, voir Raymond Guillien, *L'exception de recours parallèle*, Thèse, Paris, Sirey, 1934 ; et Fabrice Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, Thèse, BDP, n°212, LGDJ, 2001.

¹ Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 1^{ère} éd, Paris, 1869 ; 3^{ème} éd, tome I, Paris, 1885, p 510 et s ; Léon Aucoc, *Des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat*, Paris, 1878

² Principalement : concl. Aucoc sur CE, 13 mars 1867, *Bizet, Rec.*, p 272 ; concl. sur CE, 20 février 1868, *Couder et autres, S.*, 1868, III, p 93.

³ Concl. Aucoc sur CE, 13 mars 1867, *Bizet, Rec.*, p 272. Voir aussi Léon Aucoc, *Des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat*, Paris, 1878 : le recours pour excès de pouvoir répond à la nécessité de « *donner des garanties au droits des citoyens et d'assurer la marche régulière de l'administration* ».

Aucoc s'intéresse tout particulièrement à l'excès de pouvoir des administrateurs actifs ; dans cette perspective, le recours s'impose d'abord comme protecteur des droits privés car l'administration active est susceptible de blesser les droits des citoyens d'une manière beaucoup plus grave et fréquente que les juridictions. C'est que, explique Aucoc, « *les organes de l'administration active, chargés de la satisfaction des intérêts publics, sont souvent dominés par la préoccupation du but qu'ils doivent atteindre. Ils ne statuent pas après un examen contradictoire comme les juges.* »¹. Puisque l'administration n'a pas le respect des droits privés pour objectif principal, il faut que les citoyens puissent s'adresser à des magistrats impartiaux lorsqu'ils ont à se plaindre des effets d'actes discrétionnaires. Dans ce cas, c'est le recours pour excès de pouvoir qui permet la protection des administrés. Aux yeux d'Aucoc, cette institution est d'autant plus nécessaire si on la compare à la situation des juridictions administratives. Alors que les décisions de ces dernières sont structurellement moins menaçantes que les actes des administrateurs actifs à l'encontre des droits privés, compte tenu des garanties organiques prévues par la loi, il existe pourtant un ensemble complet de voies de recours contre les jugements et arrêts. Aussi, l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre les actes des administrateurs actifs permet d'éviter le paradoxe d'une moindre protection des citoyens contre des actes potentiellement plus dangereux pour leurs droits.

Le citoyen n'est pas seul à tirer un bénéfice du recours pour excès de pouvoir. Le gouvernement aussi a un intérêt certain à ce que les plaintes des administrés puissent trouver une voie d'achèvement, et à ce que leurs droits soient protégés par le juge de l'excès de pouvoir. A la fonction purement *protectrice* du recours vient ainsi s'ajouter une fonction *politique*, liée à la nature du Second Empire. Aucoc explique que le recours pour excès de pouvoir est la manifestation d'une *gestion administrative de la responsabilité politique* de l'Empereur. En effet, dans un gouvernement personnel et centralisé comme celui du Second Empire, dans lequel la responsabilité ministérielle devant les Chambres est inconnue, la responsabilité des dysfonctionnements et des erreurs administratifs finit toujours par être imputée à l'Empereur. D'ailleurs, la politique de déconcentration menée depuis 1852 amplifie le phénomène en multipliant à l'échelle locale les décisions administratives qui peuvent être directement imputées au gouvernement². Il faut donc que

¹ Léon Aucoc, *Des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat*, Paris, 1878.

² Le thème de la concentration de la responsabilité développé par Aucoc est classique au XIXe siècle. Il n'est pas spécifiquement rapporté aux institutions du Second Empire, mais à la centralisation en général. Voir Maurice Block, « Centralisation et décentralisation », in *Dictionnaire de l'administration française*, Maurice Block (dir), 3^{ème} éd, Berger-Levrault, 1891, p 405 et s. Maurice Block cite Vivien, qui explique : « *La centralisation a été la source de grands biens, qui pourrait le contester ? Elle a contribué à animer la France d'un seul esprit et d'une même pensée, elle a fondé l'unité et assis sur des bases indestructibles le régime nouveau, mais elle a en même temps créé des maux funestes. Par le régime de la centralisation, l'autorité publique a vu peser sur elle une responsabilité qui, en même temps qu'elle fait remonter jusqu'à elle les bénédictions publiques dans les jours heureux, la livre, aux époques de crise et de malaise, à toutes les plaintes, aux clameurs de ceux que souffrent et*

celui-ci dispose d'un outil pour maintenir une administration *ordonnée* qui exerce sa puissance de façon *modérée* pour être acceptée par les administrés, préservant ainsi son crédit politique et ménageant sa responsabilité : « *Le législateur a donc attaché une grande importance à ce que le gouvernement, dans la personne de son chef de l'Etat lui-même, éclairé par les avis du Conseil d'Etat, pût recevoir les plaintes de tous les citoyens dont les droits auraient été lésés par les actes de ses agents locaux pût ainsi se décharger de la responsabilité qui pèserait sur lui. Il n'y avait plus à distinguer ici entre les petits et les grands intérêts. Les griefs les plus minimes peuvent, en se multipliant, causer de graves inconvénients. Il fallait donc que cette sorte de soupape de sûreté fût toujours ouverte.* »¹.

377. Pour justifier cette théorie politique de l'excès de pouvoir, et l'ampleur du contrôle qu'elle implique, Aucoc évoque les *effets sociaux* de l'excès de pouvoir administratif en les comparant à ceux de l'excès de pouvoir judiciaire. Le juge judiciaire est confronté à des litiges dans lesquels ne s'affrontent que des intérêts privés et sur lesquels il rend des décisions entourées de toutes les garanties procédurales d'une juridiction. Compte tenu de ces caractéristiques, l'excès de pouvoir du juge ne provoque jamais de graves effets sur la société : « *l'erreur du juge ne troublera pas d'une manière essentielle l'ordre de la société. On a pu sans inconvénients appliquer la maxime : De minimis non curat praetor.* »². Ceci explique que devant la Cour de cassation, l'excès de pouvoir ne sanctionne que des vices graves d'empiètement du juge sur d'autres autorités. Cela explique aussi que l'excès de pouvoir judiciaire n'ait pas de sens politique spécifique.

Au contraire, l'excès de pouvoir de l'administrateur peut avoir d'importantes conséquences sur la société car, alors, ce ne sont plus des intérêts privés qui s'affrontent, mais un intérêt privé et la puissance publique, représentante de la collectivité et de l'intérêt général. Le mécontentement et la discorde, limités au domaine inter-personnel dans un cas, peuvent alors s'étendre à l'Etat lui-même, provoquant son discrédit. Pour Aucoc, les fautes des administrateurs sont donc bien des facteurs de trouble pour la puissance publique, et l'on comprend que dans cette conception, « *les griefs les plus minimes peuvent, en se multipliant, causer de graves inconvénients* ». C'est d'ailleurs ce qui justifie la très large ouverture du prétoire du juge administratif, consacrée notamment par le décret du 2

aux attaques de deux qui exploitent ces souffrances au profit de mauvaises passions. » (Auguste Vivien de Goubert, *Etudes administratives*, 3^{ème} éd, Paris, Guillaumin, 1859).

¹ Concl. Aucoc sur CE, 13 mars 1867, *Bizet, Rec.*, p 272 ; Léon Aucoc, *Des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat*, Paris, 1878.

² Concl. Aucoc sur CE, 13 mars 1867, *Bizet, Rec.*, p 272.

novembre 1864 supprimant les droits de timbre pour les recours pour excès de pouvoir et dispensant les requérants du ministère obligatoire d'un avocat¹.

378. Les explications qui précèdent montrent que dans le discours de Léon Aucoc, l'idée de la soupape de sûreté n'est pas le seul fondement du recours pour excès de pouvoir. La fonction de soupape de sûreté est rendue possible en amont par la mission de protection des droits privés que remplit aussi le recours. La dualité des justifications est très nette, et l'importance de l'idée de protection des administrés se manifeste par exemple chez Quentin-Bauchart, ancien président de la section du contentieux, qui, pour défendre l'existence de la juridiction administrative à une époque où elle est menacée, insiste dans un article de 1870 sur la mission de protection des droits du recours pour excès de pouvoir en soulignant qu'il s'agit d'une véritable « *garantie constitutionnelle contre les abus de l'administration* »².

379. Aucoc est le premier, au XIXe siècle, à proposer une description détaillée du régime du recours pour excès de pouvoir et une théorie politique propre à cette voie de droit. Certes, Aucoc a été précédé par quelques précurseurs, tel Foucart, mais son apport représente la première théorie à part entière de l'excès de pouvoir. Toutefois, le nom de Denis Serrigny, un autre juriste du Second Empire, est parfois évoqué pour identifier les origines de la théorie de l'excès de pouvoir³. La contribution de cet auteur doit toutefois être relativisée.

A propos du recours, il avance l'idée d'un droit aux compétences et aux formes au bénéfice des administrés, préfigurant les théories du droit subjectif à la légalité administrative développées à la fin du siècle. Dans son *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil* de 1865, Serrigny explique ainsi : « *Les citoyens ont un droit véritable à ce que les affaires administratives qui les concernent ne soient décidées que par les agents ou les fonctionnaires auxquels la loi attribue ce pouvoir et non par d'autres ; et que dès lors la lésion de ce droit donne ouverture en leur faveur au recours contentieux selon les règles ordinaires.* »⁴. Toutefois, il est très probable qu'à l'instar de Foucart, Serrigny n'ait conçu cette idée que pour expliquer la recevabilité du recours pour excès de

¹ Pour une version du décret de 1864, voir *Journal de droit administratif*, 1864, tome XII, p 529.

² Quentin-Bauchart, « Etude sur la juridiction administrative. Son utilité, son organisation, son avenir », *R.C.L.J.*, 1870, tome 37, p 130-170.

³ Voir les explications de Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003, p 574 et s.

⁴ Denis Serrigny, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, tome I, 2^{ème} éd, Durand, 1865, p 312 et s.

pouvoir contre certains actes de pure administration dans le cadre du critère classique du contentieux administratif, c'est-à-dire la violation d'un droit privé¹.

En effet, contrairement à Aucoc, Serrigny n'affirme pas l'importance de l'excès de pouvoir et n'en fait jamais une voie de droit particulière, dotée d'une signification politique précise. Il s'est même explicitement prononcé contre la conception trop ambitieuse du rôle et des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir. Dans un article de 1869, il critique ainsi la jurisprudence relative aux alignements individuels et à la délimitation des rivages de la mer et des rivières, deux contentieux symboliques des progrès du recours et des fonctions politiques acquises par l'excès de pouvoir sous le Second Empire. Sous prétexte de recours pour excès de pouvoir, explique Serrigny, le Conseil d'Etat s'attribue un rôle de protecteur des droits privés qui revient au juge judiciaire, et étend son contrôle sur les faits alors qu'il devrait s'en tenir à une mission de cassation. Loin de sanctionner les expropriations indirectes qui résultent parfois des alignements et des délimitations, le juge de l'excès de pouvoir usurpe les pouvoirs du juge judiciaire qui est mieux armé pour protéger le droit de propriété². Autant dire que le rôle du recours pour excès de pouvoir n'est pas mis en avant et que toute idée de lui attribuer une fonction politique éminente est rejetée par Serrigny. Dès lors, à la lumière de ces critiques, l'idée de faire de Serrigny un précurseur d'une théorie juridique et politique consistante de l'excès de pouvoir perd de sa force.

Il faut admettre que la théorie de l'excès de pouvoir est née, non pas dans la doctrine universitaire, mais au sein du Conseil d'Etat, chez Aucoc au premier chef, mais aussi chez les autres commissaires du gouvernement, qui n'ont pas peu contribué à diffuser la conception impériale du recours.

¹ En ce sens, Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Thèse, Paris, LGDJ, 1970, p 168. Voir aussi Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003, p 577. Voir aussi Raymond Guillien, *L'exception de recours parallèle*, Paris, Sirey, 1934.

² Denis Serrigny, « Examen critique de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de fixation des limites des rues, des routes, des rivages de la mer et des rivières navigables », *R.C.L.J.*, 1869, tome 35, p 97-113, p 108 : « *Sous la forme du recours pour excès de pouvoirs, le Conseil d'Etat actuel tend à mettre la main sur toutes les affaires. Cette voie ne devrait être qu'un moyen analogue au recours en cassation, qui est exclusif de l'examen des moyens du fond. Le Conseil d'Etat actuel en fait une voie d'appel ; par ce moyen il se rend juge du fond de tous les actes de l'administration active et d'une partie des attributions de la justice judiciaire. Qu'il étende la main sur l'administration active, cela est évident pour ceux qui lisent attentivement les décisions, et il n'est pas besoin de sortir du cercle de notre discussion pour en avoir la preuve. La voie exclusive qu'il laisse aux victimes des envahissements des actes de l'administration qui fixent les limites de la mer et des fleuves, en est un exemple éclatant. Il ne devrait examiner qu'une chose, à savoir si les préfets ont fait ce qu'ils n'avaient pas le droit de faire, et, ne cas d'affirmative, casser leurs arrêtés. Dans le cas contraire, il devrait dire qu'il n'échet, pas lui, de statuer. Ce n'est pas ce qu'il fait, il se constitue juge du fond, absolument comme une Cour d'appel qui se met à la place du tribunal pour dire ce qu'il fallait faire. Voilà ce que j'avais à dire sur l'usurpation des pouvoirs du Conseil d'Etat sous prétexte de statuer sur un excès de pouvoirs des préfets.* ».

b. – L'apport des autres commissaires du gouvernement.

380. En dehors de la contribution substantielle d'Aucoc, les commissaires du gouvernement s'attachent aussi à identifier et à préciser la double fonction du recours dans le cadre des institutions impériales. Aussi l'excès de pouvoir est-il conçu à la fois comme un outil de protection des droits privés, particulièrement du droit de propriété, et comme un substitut juridictionnel à l'absence de responsabilité du gouvernement devant les Chambres, permettant aux mécontentements des administrés de trouver une dérivation et une voie d'expression susceptible d'éviter l'accumulation des griefs sur le gouvernement et l'Empereur, et, partant, de préserver la puissance de l'Etat.

Robert¹ et L'Hôpital² mentionnent clairement et avec insistance la fonction de protection des droits du recours pour excès de pouvoir, notamment, s'agissant de L'Hôpital, pour protéger les administrés des expropriations indirectes résultant des décisions de délimitations de l'embouchure des fleuves. Quant à De Belbeuf, il affirme la nécessité d'une protection juridictionnelle des droits privés contre les actes de l'administration, insistant en outre sur la légitimité du juge administratif pour assurer cette protection³ ; il fait d'ailleurs l'éloge du Conseil d'Etat du Second Empire qui a su exploiter l'héritage du recours pour excès de pouvoir pour en faire un fleuron du contrôle de l'administration apprécié des justiciables⁴.

Il faut préciser que le recours pour excès de pouvoir n'a pas vocation à protéger n'importe quel type de droits privés ; seuls ceux qui sont valorisés par les institutions du Second Empire bénéficient du recours. En ce sens, les commissaires du gouvernement relayent la conception des droits individuels propre au Second Empire, qui consiste à privilégier les droits et libertés économiques, de nature patrimoniale, au détriment des libertés intellectuelles, collectives et politiques. Ainsi, à l'occasion de l'affaire *Académie des Beaux-Arts* de 1864, le commissaire du gouvernement Robert explique que le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que lorsque le requérant peut faire valoir un intérêt personnel, direct et certain⁵. Or, pour Robert, le droit de

¹ Concl. Robert sur CE, 21 juillet 1864, *Académie des Beaux-Arts, Rec.*, p 681.

² Concl. L'Hôpital sur CE, 27 mai 1863, *Drillet de Lannigou, Rec.*, p 471.

³ Concl. De Belbeuf sur CE, 19 décembre 1869, *Ridel, Rec.*, p 1053 ; et concl. De Belbeuf sur CE, 15 mai 1869, *Commune de Petite-Synthe, Rec.*, p 469.

⁴ Concl. De Belbeuf sur CE, 15 mai 1869, *Commune de Petite-Synthe, Rec.*, p 469 ; voir aussi concl. Aucoc sur CE, 20 février 1868, *Couder et autres, S.*, 1868, III, p 93.

⁵ CE, 18 juin 1860, *Compagnie de la Ricamarie, Rec.*, p 485 ; Concl. l'Hôpital sur CE, 30 mai 1861, *Couppé d'Aboville, Rec.*, p 452 : « Mais au moins ce recours ne peut pas être exercé par tous, ne peut pas tomber dans le domaine de tous. Pour être recevable à se plaindre au contentieux, il faut être personnellement, directement, immédiatement lésé par l'acte dont on veut se plaindre ; vous l'avez décidé souvent » ; concl. Robert sur CE, 21 juillet 1864, *Académie des Beaux-Arts, Rec.*, p 680. La jurisprudence demeure fluctuante. Ainsi, le Conseil d'Etat admet la recevabilité de plusieurs aubergistes qui contestent un arrêté modifiant l'emplacement d'un champ de foire et entraînant une diminution de clientèle (CE, 14 août 1865, *Habitants de Richelieu, Rec.*, p 797, concl. Aucoc). Pour un exemple de difficultés de distinction, voir conclusions De Belbeuf sur CE, 17 janvier 1868, *Coget, Rec.*, p 48.

propriété et ses dérivés représentent le modèle et la principale source des droits et intérêts qui ouvrent le prétoire du Conseil d'Etat¹.

De même, à l'occasion d'une affaire *Courrier du Dimanche*² de 1865, le commissaire du gouvernement Faré adopte clairement la vision impériale des libertés intellectuelles et politiques. Dans cette espèce, le Conseil d'Etat est saisi pour excès de pouvoir d'un arrêté ministériel suspendant un journal pour deux mois en application du décret du 17 février 1852 sur la presse. Afin de justifier la légitimité de l'intervention de l'autorité administrative pour suspendre un périodique (compétence du ministre) et surtout pour le supprimer (compétence du chef de l'Etat), Faré revient sur les circonstances de la création de l'Empire et s'approprie la philosophie politique de Napoléon III sur les rapports entre la souveraineté et la presse : « *L'origine, le but, l'explication de ce pouvoir considérable donné à l'autorité administrative, ils sont d'hier, mais déjà ils appartiennent à l'histoire. Un gouvernement venait d'être fondé et plusieurs fois consacré par la volonté du peuple entier. Le législateur se préoccupa d'assurer à l'œuvre nouvelle du suffrage universel, et de sept millions d'électeurs, le seul bien que la France n'ait pas connu depuis 1789 et qu'elle réclamait alors avec le plus d'énergie, la stabilité. C'est dans l'intérêt d'un établissement durable, c'est par des motifs de l'ordre politique et de l'ordre constitutionnel le plus élevé, que la France a permis et que le décret a établi que, dans toute lutte directe engagée entre le pouvoir et la presse emportée au delà des limites de la constitution, le dernier mot, sous la sauvegarde et le contrôle de l'opinion publique, chez le peuple assurément le plus jaloux de son honneur qui fût jamais, le dernier mot appartint à l'élu de la nation.* »³. Dans ces propos, la liberté de la presse est implicitement écartée en tant qu'élément primordial d'un régime démocratique et condition de la formation de la volonté générale ; en revanche, elle est vue comme une source potentielle de désordre et de conflit avec les institutions, conformément à la conception unanimiste de la souveraineté du peuple propre au Second Empire. Paradoxalement du reste, cette vision peu libérale de la liberté de la presse ne débouche pas sur une pratique autoritaire et minimaliste du contrôle juridictionnel. Pour Faré, en effet, l'inspiration politique du décret de 1852 justifie bien l'immunité juridictionnelle pour les décrets de suppression pris par l'Empereur, car, dans ce cas, aucune condition de forme ou de fond n'encadre l'action du chef de l'Etat ; il s'agit d'une « *mesure de sûreté générale* ». En revanche, les arrêtés de suspension du ministre sont de simples actes administratifs, des « *mesures de police et*

¹ Concl. Robert sur CE, 21 juillet 1864, *Académie des Beaux-Arts, Rec.*, p 680. Robert rattache au droit de propriété les grades ou le droit d'enseigner. Il va même jusqu'à considérer que la qualité d'électeur confère un droit privatif suffisant pour contester une élection.

² CE, 14 août 1865, *Courrier du Dimanche, Rec.*, p 823, concl. Faré.

³ Concl. Faré sur CE, 14 août 1865, *Courrier du Dimanche, Rec.*, p 823.

d'ordre public », soumises à des conditions de forme et de délai dont le respect doit être naturellement contrôlé par le Conseil d'Etat¹.

381. Chez les commissaires du gouvernement, la mission de protection des droits privés est liée à la haute fonction politique du recours pour excès de pouvoir. A cet égard, dès le début des années 1860, les commissaires développent implicitement le thème de la soupape de sûreté qui sera explicitement formulé et systématisé par Léon Aucoc à partir de 1867². En 1864, Robert explique ainsi l'essor du recours pour excès de pouvoir en établissant un parallèle entre les conditions de la responsabilité politique sous les monarchies constitutionnelles et sous le Second Empire. Le recours pour excès de pouvoir est nécessaire sous l'Empire, avance-t-il, car toute la responsabilité politique est polarisée sur l'Empereur ; celui-ci doit donc disposer des moyens juridiques pour annuler les actes administratifs qui méconnaissent des droits privés, pour éviter que les mécontentements se concentrent sur sa personne et mettent en danger la puissance de l'Etat : « *On comprend que sous le régime parlementaire, alors que tous les actes de l'administration, c'est-à-dire du ministère, étaient placés sous le contrôle des Chambres, il n'ait paru ni opportun, ni utile, de donner au recours pour excès de pouvoirs toute l'extension qu'il comporte ; mais il nous semble que, à présent, la portée de la loi de 1790 se manifeste chaque jour davantage. Cette loi, ou plutôt son principe développé et rajeuni, est appelée à prendre une place de plus en plus importante dans l'économie des institutions impériales. Notre Constitution déclare l'Empereur responsable devant le pays. Quoi de plus naturel et de plus logique que de lui donner le moyen de redresser lui-même, avec l'aide de son conseil, les actes qui lui sont signalés comme lésant des droits acquis.* »³. Compte tenu de cette fonction politique essentielle, Robert préconise en outre l'ouverture la plus large du prétoire du juge de l'excès de pouvoir en plaidant pour la gratuité du recours. Ce point de vue interne à la juridiction administrative est d'ailleurs partagé par le gouvernement, puisque quelques mois plus tard, le décret du 2 novembre 1864 satisfait les vœux formulés par le commissaire du gouvernement.

En 1869, à l'occasion de l'affaire *Boulangers de Montluçon*, De Belbeuf précise que la fonction politique du recours pour excès de pouvoir, ce « *pouvoir régulateur et tutélaire* » exercé par l'Empereur, est d'autant plus nécessaire que les décrets de décentralisation ont multiplié les occasions de dysfonctionnements et de méconnaissance des droits privés : « *Plus les représentants de l'administration locale ont vu s'élargir le cercle de leurs attributions, par suite des décrets du 25*

¹ Pour quelques précédents où le Conseil d'Etat accepte de connaître de décisions prises en matière de presse, voir CE, 22 mai 1862, *Bonnet, Rec.*, p 416 ; CE, 8 février 1864, *Journal le Globe, Rec.*, p 105, concl. L'Hôpital.

² Pour une affirmation très implicite dès 1863, voir concl. L'Hôpital sur CE, 9 février 1865, *D'Andigné de Resteau, Rec.*, p 171.

³ Concl. Robert sur CE, 21 juillet 1864, *Académie des Beaux-Arts, Rec.*, p 681.

mars 1852 et 23 avril 1861 et des autres actes législatifs et réglementaires qui, sous le rapport de la décentralisation, se sont succédés presque chaque année depuis le rétablissement de l'Empire, plus est nécessaire le contrôle du Souverain sur les dépositaires de son autorité ; plus faciles doivent être les conditions, plus nombreux doivent être les cas, dans lesquels peut s'exercer, dans le commun intérêt des particuliers et du gouvernement, le recours pour excès de pouvoir. »¹. Et De Belbeuf d'insister pour finir sur l'importance du décret du 2 novembre 1864 qui représente une incitation politique forte au développement du recours².

Enfin, l'idée d'une fonction politique du recours pour excès de pouvoir trouve une expression originale chez le commissaire du gouvernement Robert par un rapprochement entre le droit de pétition exercé devant le Sénat et le recours devant le Conseil d'Etat. L'analogie est inaugurée en 1863 à l'occasion de l'affaire *Ville de Ham*³ et développée l'année suivante dans l'affaire *Académie des Beaux-Arts*. Pour Robert, l'excès de pouvoir et le droit de pétition poursuivent un objectif commun, celui de permettre aux citoyens de mettre en cause les actes du gouvernement et de l'administration. Mais au sein de cette fonction commune, il existe un partage des tâches, en fonction du caractère *général* ou *individuel* de l'acte administratif. Pour Robert en effet, « *tout citoyen peut être affecté de deux manières par les actes du gouvernement ou des autorités administratives : il peut être atteint directement dans ses intérêts privés ou ressentir seulement pour sa part, comme membre du corps social, l'effet d'une mesure générale.* »⁴.

Dans ce cadre, le droit de pétition permet au citoyen de réclamer contre les mesures générales (réglementaires dirions-nous) qui réalisent l'intérêt général de l'Etat, « *soit pour demander l'annulation d'un acte quelconque du gouvernement qui lui semblerait inconstitutionnel ou illégal dans l'ordre politique, soit simplement pour soumettre au premier corps de l'Etat ses vues, ses projets et ses idées.* »⁵. L'administré est alors une sorte de défenseur de la légalité abstraite, exerçant une mission d'intérêt commun. Au contraire, le recours pour excès de pouvoir est dédié à la protection de « *l'intérêt individuel et privé* », « *spécial à chaque citoyen, chaque foyer, chaque famille* ».

Le rapprochement et le partage des tâches défini par Robert illustre parfaitement l'esprit de la théorie politique de l'excès de pouvoir : si ce dernier permet de sanctionner l'illégalité des actes administratifs, il ne peut être question d'en faire un outil de défense de la légalité abstraite, en elle-

¹ Concl. De Belbeuf sur CE, 4 février 1869, *Boulangers de Montluçon, Rec.*, p 95.

² Concl. De Belbeuf sur CE, 4 février 1869, *Boulangers de Montluçon, Rec.*, p 95 : « *Telle est la raison d'être du décret du 2 novembre 1864 qui, mettant en pratique le vieil adage : Si le roi le savait ! permet, sans ministère d'avocat, sans autres frais que ceux du timbre et d'enregistrement, à quiconque se sent atteint dans son droit ou dans son intérêt, de venir demander au chef de l'Etat réparation et justice.* ».

³ Concl. Robert sur CE, 16 décembre 1863, *Ville de Ham, Rec.*, p 807.

⁴ Concl. Robert sur CE, 21 juillet 1864, *Académie des Beaux-Arts, Rec.*, p 681.

⁵ Concl. Robert sur CE, 21 juillet 1864, *Académie des Beaux-Arts, Rec.*, p 681.

même et pour elle-même, contre des mesures générales qui sont présumées être prises dans l'intérêt général. Autrement dit, un administré ne peut prétendre *faire de la politique* sous prétexte de recours pour excès de pouvoir. Dans la doctrine impériale, le *bénéfice politique* du recours pour excès de pouvoir ne concerne donc que les gouvernants. Pour ce qui concerne les citoyens, le recours n'a d'autre portée que de protéger des intérêts et des droits privés, car il a pour mission essentielle de canaliser les mécontentements individuels dont l'agrégation pourrait contrarier la bonne marche de l'administration et mettre à mal l'autorité de l'Empereur¹.

Ainsi donc, si le recours pour excès de pouvoir remplit deux fonctions interdépendantes, son rôle dans la gestion de la responsabilité de l'empereur est prépondérant.

II. – La justice retenue, condition des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir.

382. Si Léon Aucoc détermine les fonctions du recours pour excès de pouvoir, il dégage aussi les conditions institutionnelles qui ont rendu possible leur développement. La justice retenue est alors au centre de l'argumentation, car c'est « *la fiction constitutionnelle d'une justice exercée par le souverain qui a permis au Conseil d'Etat de créer le recours pour excès de pouvoir* »². En effet, si le juge administratif peut sanctionner les actes administratifs, y compris les actes discrétionnaires, c'est parce qu'il aide l'Empereur à exercer son pouvoir hiérarchique sur tous les agents de l'administration. De plus, le contrôle s'est fait de plus en plus précis et complet car la justice administrative étant réputée rendue par l'Empereur, le Conseil d'Etat jouit d'une forte légitimité et ne rencontre pas de résistance au sein de l'administration ; il peut donc faire preuve de « *hardiesse* »

¹ Dans sa thèse (*Essai sur la structure du contentieux administratif français*, BDP, n°212, LGDJ, 2001, p 366 et s), Fabrice Melleray propose une interprétation de la théorie politique de l'excès de pouvoir sous le Second Empire fondée sur sa distinction entre les recours holistes (aux fins essentiellement collectives et l'intérêt général) et les recours individualistes (dédiés à la protection des droits individuels). Pour Melleray, la théorie de l'excès de pouvoir est née, sous l'Empire libéral, d'une confusion entre les registres holistes et individualistes. Cette qualification décrit bien les positions d'Aucoc et des commissaires du gouvernement, mais l'auteur donne un contenu trop général au modèle holiste. En effet, c'est moins la collectivité nationale qui bénéficie du recours pour excès de pouvoir que la puissance publique elle-même, et, *in fine*, le prestige de l'Empereur. Par ailleurs, l'auteur semble séparer trop radicalement les deux fondements holistes et individualistes, en les présentant, chez les auteurs du Second Empire, comme deux fondements parallèles et autonomes du recours pour excès de pouvoir. En fait, les deux fondements sont intimement liés : c'est parce que le recours pour excès de pouvoir apporte une certaine satisfaction aux droits privés qu'il est possible de lui attribuer un rôle et un sens politique – ou holiste – au service de l'Empire. Aussi, la distinction entre les modèles holistes et individualistes n'est sans doute pas parfaitement appropriée pour rendre compte du sens historique authentique de la doctrine politique de l'excès de pouvoir du Second Empire. En revanche, son existence est parfaitement justifiée par l'objectif poursuivi par Fabrice Melleray, c'est-à-dire le reclassement rationnel des voies de droit ouvertes devant les juridictions administratives.

² Léon Aucoc, *Des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat*, Paris, 1878, p 17.

en approfondissant la protection des citoyens¹. Aucoc établit donc un lien étroit entre la justice retenue et le recours pour excès de pouvoir. Ce faisant, l'auteur nuance implicitement sa présentation relativement libérale de cette voie de droit. Si l'excès de pouvoir permet la protection des droits privés, il n'en reste pas moins que cette protection ne relève pas du modèle de la justice judiciaire, mais résulte du pouvoir tutélaire du souverain sur son administration. Aucoc établit ainsi le fondement hiérarchique du recours et accrédite l'idée que le recours pour excès de pouvoir est avant tout un outil au service de l'administration, pour assurer l'ordre en son sein et un usage modéré de sa puissance. Pour autant, le fondement tiré de la justice retenue et du pouvoir hiérarchique n'est pas jugé incompatible avec l'appartenance du recours pour excès de pouvoir au contentieux administratif. Il n'y a pas encore, dans la doctrine du Second Empire, d'opposition tranchée sur la nature administrative ou juridictionnelle du recours, telle qu'elle s'exprime à partir des années 1880².

Par ailleurs, tout en imputant le succès du recours pour excès de pouvoir à la fiction d'une justice exercée par l'Empereur, Aucoc souligne aussi l'apport propre du Conseil d'Etat, en inscrivant le développement du recours dans la continuité de l'histoire de la justice administrative. Ainsi, il ne manque pas de rappeler que le recours est *l'œuvre personnelle* du Conseil d'Etat³. Les progrès des années 1860 ont été rendus possibles d'abord par les lentes avancées du XIXe siècle, et ensuite par les initiatives d'une jeune génération de membres du Conseil, active à partir des années 1850, et qu'il évoque dans ses conclusions sur l'arrêt *Bizet*⁴. L'éloge du recours pour excès de pouvoir, c'est donc aussi l'éloge du Conseil d'Etat. Si l'auteur sert le Second Empire par sa réflexion juridique, il n'y a pas chez lui de zèle bonapartiste qui le conduirait à faire de l'Empereur l'origine absolue du recours.

383. D'une manière générale, les autres commissaires du gouvernement rejoignent Aucoc. Au cours des années 1860, ils reprennent et déclinent la nouvelle conception de l'excès de pouvoir au fil des conclusions. Le fondement du recours pour excès de pouvoir est clairement et régulièrement identifié dans les pouvoirs de l'Empereur comme supérieur hiérarchique de l'administration. De Belbeuf explique ainsi que la compétence du Conseil d'Etat pour annuler les actes de l'administration découle notamment « *du droit qui appartient à l'Empereur, comme chef suprême*

¹ Léon Aucoc, *Des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat*, Paris, 1878, p 17. Voir aussi Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 1^{ère} éd, Paris, 1869.

² Voir *infra*, n°392 et s.

³ Concl. Aucoc sur CE, 13 mars 1867, *Bizet, Rec.*, p 272 ; Léon Aucoc, *Des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat*, Paris, 1878, p 17 ; Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, tome I, 3^{ème} éd, Paris, 1885, p 511 et s.

⁴ Concl. Aucoc sur CE, 13 mars 1867, *Bizet, Rec.*, p 272.

de l'administration, de surveiller les agents placés sous ses ordres et de réprimer, au besoin, ceux de leurs actes qui auraient été faits en dehors de leurs attributions »¹. A l'occasion de l'affaire *Commune de Petite-Synthe*, il affirme que le recours est fondé sur un *pouvoir* de l'Empereur ; en effet, « en cas d'illégalité de la mesure attaquée, le chef de l'Etat puise dans la plénitude de son autorité souveraine une faculté incontestable de réformation. »². Le rattachement de l'excès de pouvoir à la *puissance de l'Empereur* est encore rappelé par l'Hôpital à l'occasion des affaires *Drillet de Lannigou*³ et *D'Andigné de Resteau*⁴.

384. En insistant sur la solidarité entre la justice retenue et le recours pour excès de pouvoir, Aucoc et ses collègues inscrivent le recours dans la vision césarienne d'une démocratie d'incarnation sans intermédiaires : puisque c'est l'Empereur qui se prononce à travers le Conseil d'Etat jugeant concrètement les requêtes, le recours pour excès de pouvoir rend possible un contact direct entre le peuple – à travers la figure du requérant – et l'Empereur. A cet égard, ce n'est pas un hasard si l'excès de pouvoir est comparé au droit de pétition par Robert⁵. Cette vieille pratique permet aux citoyens d'adresser à tout moment une plainte, une demande gracieuse au pouvoir politique, que ce soit aux assemblées parlementaires ou au pouvoir exécutif⁶. Dans la philosophie politique de Napoléon III, la pétition est interprétée comme un outil du dialogue direct et constant que l'Empereur souhaite entretenir avec le peuple. Cette fonction est très clairement décrite par Edouard Laboulaye dans un texte de 1861 qui définit l'esprit général du droit de pétition sous le Second Empire : « il y aura toujours des citoyens qui, à tort ou à raison, voudront élever la voix pour se plaindre et réclamer l'exécution ou la réforme des lois. Comprimer ces plaintes particulières, c'est à la fois commettre une injustice et réunir dans une opposition toujours plus dangereuse des hommes qui n'ont en commun que de souffrir. Au contraire, accueillez toutes les réclamations, soyez justes pour celles qui sont fondées, indulgents pour celles qui ont tout au moins un prétexte légitime, non-seulement vous dissipez les mécontentements particuliers, mais vous habituez le citoyen à compter sur la justice de l'Etat, vous lui faites aimer un pouvoir qui l'écoute, vous l'attachez aux institutions qui le protègent. »⁷. Comme le droit de pétition tel que l'analyse

¹ Concl. De Belbeuf sur CE, 19 décembre 1869, *Ridel, Rec.*, p 1053.

² Concl. De Belbeuf sur CE, 15 mai 1869, *Commune de Petite-Synthe, Rec.*, p 469.

³ Concl. L'Hôpital sur CE, 27 mai 1863, *Drillet de Lannigou, Rec.*, p 471.

⁴ Concl. L'Hôpital sur CE, 9 février 1865, *D'Andigné de Resteau, Rec.*, p 171.

⁵ Concl. Robert sur CE, 21 juillet 1864, *Académie des Beaux-Arts, Rec.*, p 681.

⁶ Sur le droit de pétition, voir Anselme Batbie, *Traité de droit public et administratif*, tome II, Cotillon, 1864, p 294 et s ; Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome I, 6^{ème} éd, Paris, 1881, p 602 et s ; Marcel Richard, *Le droit de pétition. Etude de droit public interne et de droit international public*, Thèse, Aix-en-Provence, 1932 ; Pierre Rosanvallon, *La démocratie inachevée*, Gallimard, coll. Folio-Histoire, 2000, p 344 et s.

⁷ Edouard Laboulaye, *L'Etat et des limites, suivi d'essais politiques*, 3^{ème} éd, Paris, 1865, p 230.

Laboulaye, le recours pour excès de pouvoir a pour fonction politique de désarmer les mécontentements et d'assurer un minimum d'attachement populaire au pouvoir. Cette convergence des fondements favorise l'inscription de l'excès dans la théorie de l'Etat du Second Empire, complétant ainsi le dispositif institutionnel par lequel Napoléon III entend centrer la vie politique autour de sa personne.

Section II. – La difficile gestion de l'héritage du Second Empire au début de la IIIe République : l'exemple du débat Aucoc/Laferrière.

385. Le recours pour excès de pouvoir a tiré son dynamisme et sa légitimité de ses liens étroits avec la théorie de l'Etat du Second Empire. Après la chute de Napoléon III, le recours perd ses assises politiques, ce qui ouvre une période de crise de fondement.

Pour bien saisir la nature de cette crise, l'étude du débat doctrinal qu'entreprennent Léon Aucoc et Edouard Laferrière dans les années 1870-1880 fournit un angle d'approche éclairant. L'opposition est exemplaire par son caractère tranché et par la personnalité des protagonistes. Le premier est le représentant le plus emblématique et le plus respecté du droit administratif impérial, tandis que le second est l'artisan de la construction du Conseil d'Etat républicain à la fin du XIXe siècle. A Léon Aucoc, qui plaide la pérennité, sous le régime républicain, des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir définies sous le Second Empire (§ 1.), s'oppose Laferrière, qui n'est certes pas partisan de la disparition du recours pour excès de pouvoir, mais qui souhaite rompre radicalement avec la théorie politique propre au Second Empire et avec ses conséquences sur le régime du recours, qu'il juge incompatibles avec l'esprit des institutions républicaines. Edouard Laferrière considère que le recours pour excès de pouvoir républicain doit être pleinement et exclusivement juridictionnel, ce caractère étant à ses yeux radicalement incompatible avec la notion de fondement ou de fonction politique (§ 2.). Au sein de la juridiction administrative, c'est Laferrière qui emporte cette confrontation intellectuelle, ce qui, nous le verrons, a eu des conséquences sur l'évolution de la jurisprudence.

§ 1. – La position d'Aucoc : la pérennité des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir définies sous le Second Empire.

Léon Aucoc développe ses arguments en faveur de la pérennité, dans le cadre des institutions républicaines, des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir propres au Second Empire (A.), et bénéficie du soutien d'une partie de la doctrine (B.).

A. – *Les arguments de Léon Aucoc.*

386. Pour Léon Aucoc, l'avènement de la République ne disqualifie pas les motifs politiques qui ont concouru au développement du recours pour excès de pouvoir sous le règne de Napoléon III. Pourtant, la théorie politique qu'il défend subit des modifications sur deux points par rapport à celle des années 1860.

D'abord, Aucoc s'emploie à distendre le lien entre le Second Empire et les fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir dégagées dans les années 1860. Il avance que l'idée de soupape de sûreté est adaptée à tous les régimes politiques – monarchie, empire ou république – car, quelle que soit la nature des institutions, le gouvernement a intérêt à ce que les griefs résultant des fautes administratives ne s'accumulent pas sur sa tête. En 1878, puis en 1885 dans la troisième édition de ses *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Aucoc précise ainsi discrètement que le recours pour excès de pouvoir est bénéfique au pouvoir, « *quel que soit le régime politique* »¹. En 1888, répondant aux critiques développées par Laferrière dans le second tome du *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, l'éminent publiciste explicite sa défense de la théorie politique de l'excès de pouvoir : « *le souci de la responsabilité que font peser sur le gouvernement les fautes de ses agents nous a paru toujours et nous paraît encore applicable à toutes les formes du gouvernement. Nous croyons qu'à toute époque les représentants du gouvernement ont été portés à abuser de leurs pouvoirs et à commettre des excès de zèle et les gouvernements, quelle que soit leur forme, ont intérêt à ce qu'une juridiction suprême puisse recevoir facilement et sans frais les réclamations des citoyens, auxquelles la liberté de la presse et celle de la tribune n'assurent jamais une satisfaction complète.* »².

Et Aucoc achève de relativiser le lien entre l'idée de soupape de sûreté et le Second Empire en expliquant les audaces du juge de l'excès de pouvoir pendant cette période, non par l'effet de la théorie politique de l'excès de pouvoir, mais par des raisons toutes circonstancielles, c'est-à-dire le développement de la décentralisation : « *Si le Conseil d'Etat du Second Empire a donné plus d'extension à ce recours que les Conseils d'Etat des régimes précédents, c'est parce que le décret dit de décentralisation administrative du 25 mars 1852 et d'autres mesures prises à la même époque avaient augmenté considérablement les pouvoirs des préfets en les chargeant de statuer sur un grand nombre d'affaires qui antérieurement, étaient réglées par les décrets rendus sur l'avis du*

¹ Léon Aucoc, *Des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat*, Paris, 1878 ; Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, tome I, 3^{ème} éd, Paris, 1885, p 526.

² Léon Aucoc, « Compte rendu du Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux d'Edouard Laferrière », *R.C.L.J.*, 1888, p 690-701 ; sur le tome I, voir *R.C.L.J.*, 1887, p 57-64.

Conseil d'Etat. L'extension du recours pour excès de pouvoirs substituait, pour les questions de légalité, le contrôle répressif au contrôle préventif. »¹.

387. Par ailleurs, l'installation du régime républicain incite Léon Aucoc à déplacer le centre de gravité de sa doctrine du recours pour excès de pouvoir dans un sens qui correspond mieux aux valeurs des nouvelles institutions. Aussi, la fonction de soupape de sûreté est placée au second plan et celle de protection des droits privés est mise en avant. Par exemple, dans un article de 1898, Aucoc cite le recours pour excès de pouvoir pour insister exclusivement sur la garantie des droits privés et le libéralisme du juge administratif : « *La juridiction administrative se défendait autrefois exclusivement par le principe de la séparation des pouvoirs, par les services qu'elle rendait ainsi à l'administration, chargée de pourvoir aux besoins de l'intérêt public, en la protégeant contre les entraves ou les usurpations de l'autorité judiciaire. Une longue expérience permet aujourd'hui de la défendre au nom des services qu'elle rend aux intérêts privés en les protégeant contre l'administration de la manière la plus efficace.* »².

388. Tout en se posant en gardien des doctrines forgées sous le Second Empire, Léon Aucoc doit donc corriger la théorie impériale de l'excès de pouvoir pour la rendre acceptable dans le cadre de la République, au prix d'ailleurs d'en travestir la portée réelle. En effet, la relativisation du lien entre l'idée de soupape de sûreté et la théorie de l'Etat du Second Empire méconnaît le sens des propres constructions d'Aucoc, notamment dans ses conclusions sur l'arrêt *Bizet*, ou les arguments du commissaire du gouvernement Robert dans ses conclusions sur l'arrêt *Académie des Beaux-Arts*, qui établissent clairement un lien entre l'esprit des institutions de l'Empire et les fonctions du recours pour excès de pouvoir³.

B. – Le soutien d'une partie de la doctrine.

389. Le conservatisme théorique d'Aucoc est partagé par une partie de la doctrine universitaire. Saint-Girons se borne par exemple à évoquer les deux fonctions dégagées par Aucoc – la protection

¹ Léon Aucoc, « Commentaire du Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux de M. E. Laferrière », *R.C.L.J.*, 1888, p 690-701, p 698.

² Léon Aucoc, « La justice administrative en France », *Annales de l'école libre des sciences politiques*, 1898, tome XIII, p 667-679.

³ Voir *supra*, n°381 et s.

des droits privés et la soupape de sûreté – lorsqu’il présente les fondements et l’utilité du recours pour excès de pouvoir¹.

Les réflexions de Paul Collet marquent aussi l’adhésion de certains auteurs à l’idée de soupape de sûreté, même après la chute de l’Empire. Dans un article consacré à la critique de l’exception de recours parallèle, Collet cite ainsi Léon Aucoc et s’appuie sur les fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir formulées sous le Second Empire pour justifier la large ouverture du recours. Le gouvernement a besoin d’un outil lui permettant de canaliser les mécontentements résultant du fonctionnement de l’administration qui ne manquent pas de se fixer sur le pouvoir central : *« c’est au pouvoir central que l’on est disposé à faire remonter la responsabilité de l’arbitraire, s’il n’existe pas pour les citoyens lésés un moyen simple, facile, accessible à tous, pour se défendre contre les excès de pouvoir. »*². Dès lors : *« A raison même du principe qui lui sert de base, ce recours est, par sa nature, destiné plutôt à protéger le gouvernement contre les conséquences des fautes de ses agents qu’à donner satisfaction à l’intérêt privé »*³.

Cette défense de la théorie impériale de l’excès de pouvoir n’est d’ailleurs pas le produit de simples habitudes doctrinales reconduites sans réexamen, car Collet soutient – contre Laferrière principalement – que les fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir définies sous le règne de Napoléon III gardent leur validité dans le cadre des institutions républicaines : *« Sous la Constitution actuelle, comme sous la Constitution impériale, le principe de nos institutions est le principe de la souveraineté nationale. – La délégation faite à l’empereur, chef du pouvoir exécutif, était plus étendue ; cela est incontestable. Il nommait et révoquait les fonctionnaires administratifs, il jugeait en dernier ressort le contentieux administratif et il exerçait tout à la fois un pouvoir de discipline sur les personnes et un pouvoir de contrôle sur les actes des fonctionnaires. La délégation faite au Président de la République est assurément moins complète, et si le pouvoir exécutif comprend encore le droit de nommer et de révoquer les fonctionnaires, il ne comprend plus ni le droit de juger le contentieux, ni le droit d’annuler les actes administratifs entachés d’incompétence ou d’excès de pouvoirs. – Cette double attribution a été l’objet d’une délégation distincte, faite au profit du Conseil d’Etat par la loi du 24 mai 1872. Mais où trouve-t-on la preuve que la loi nouvelle, en chargeant le Conseil d’Etat de statuer sur les recours pour excès de pouvoirs, ait entendu restreindre et limiter cette mission ? Le pouvoir de contrôle, que le chef de l’Etat exerçait comme administrateur,*

¹ A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l’ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, 1881, p 526 et s.

² Paul Collet, « Examen doctrinal de la jurisprudence du Conseil d’Etat », *R.C.L.J.*, 1876, tome V, p 225-240.

³ Paul Collet, « Examen doctrinal de la jurisprudence du Conseil d’Etat », *R.C.L.J.*, 1876, tome V, p 225-240, p 225.

est exercé par le Conseil d'Etat, statuant comme juge, mais ce pouvoir n'en conserve pas moins toute l'étendue qu'il doit avoir pour être efficace, pour remplir le but d'intérêt public en vue duquel il a été créé. »¹. Ainsi, aux yeux de Paul Collet, ni la consécration d'institutions démocratiques et parlementaires, ni la limitation des pouvoirs du chef de l'Etat, ni l'instauration de la justice déléguée ne sont susceptibles d'invalider les fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir et d'amoindrir le contrôle du juge.

A la fin du siècle encore, Jacquelin propose de rompre avec la conception juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir pour en revenir à la conception administrative et hiérarchique propre au régime de la justice retenue. Pour l'auteur, en effet, le contrôle du juge de l'excès de pouvoir n'est jamais aussi étendu et approfondi que lorsqu'il bénéficie de l'appui du chef de l'Etat².

§ 2. – La position de Laferrière : la disqualification de l'idée de fonction politique du recours pour excès de pouvoir, conséquence de l'avènement d'une justice administrative républicaine.

390. Edouard Laferrière réfute radicalement l'entreprise de sauvetage conduite par Aucoc et certains auteurs. Sa critique de la doctrine impériale s'organise en plusieurs temps. D'abord, dès 1876³, il dresse son diagnostic sur les origines politiques et intellectuelles du recours pour excès de pouvoir en soulignant l'existence d'un lien puissant entre les développements du recours sous le Second Empire et les particularités de ce régime autoritaire (A.). Ensuite, il affirme la nécessité de rompre avec les conceptions impériales en faisant du recours pour excès de pouvoir une voie de droit pleinement juridictionnelle, exercée devant un juge administratif souverain et indépendant (B.). En raison du prestige et de l'influence de son auteur, la position de Laferrière devient dominante au sein de la juridiction administrative (C.), ce qui ne manquera pas d'avoir des conséquences sur l'évolution de la jurisprudence.

¹ Paul Collet, « Examen doctrinal de la jurisprudence du Conseil d'Etat », *R.C.L.J.*, 1876, tome V, p 225-240, p 236.

² René Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Giard et E. Brière, 1899, p 258 et s.

³ Edouard Laferrière, « Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir », *R.C.L.J.*, 1876, p 303-327.

A. – *Le postulat du lien de causalité entre la théorie de l'Etat du Second Empire et le développement du recours pour excès de pouvoir.*

391. Il ne fait pas de doute pour Laferrière que l'essor du recours pour excès de pouvoir résulte de l'attribution à ce dernier de fonctions politiques solidaires du régime de Napoléon III. Dans son article de 1876, il évoque ainsi l'idée de soupape de sûreté, sans citer directement Léon Aucoc, pour illustrer le fait que la doctrine de l'excès de pouvoir élaborée à cette époque au sein du Conseil d'Etat est une conséquence des idiosyncrasies de la théorie de l'Etat du Second Empire¹. Le développement du recours pour excès de pouvoir est apparu nécessaire aux hommes du Second Empire en raison de l'extrême centralisation du pouvoir entre les mains de l'Empereur, et de l'absence des mécanismes classiques du parlementarisme permettant l'expression du pays : « *Des esprits judicieux reconnurent que le pouvoir central était le premier intéressé à ce que les personnes lésées par un acte administratif illégal pussent obtenir satisfaction par les voies régulières. L'Etat politique du pays ne permettait pas que ces satisfactions fussent obtenues par l'action de ministres responsables, d'un Parlement indépendant, d'une presse libre ; le droit de pétition était relégué au Sénat. Il était à craindre que le pouvoir central ne subît le contrecoup de tous les froissements qu'une administration aussi agissante que la nôtre est exposée à provoquer ; que le chef de l'Etat n'endossât la responsabilité de toutes les erreurs et de toutes les fautes commises par ses agents dans les affaires administratives les plus étrangères à la politique. On pensa qu'il serait plus sage de ménager une issue aux mécontentements, une réparation aux griefs légitimes, une solution quasi judiciaire à des différends qui risquaient de s'exaspérer faute de juges.* »².

Selon Laferrière, cette vision des choses est immanquablement solidaire d'une conception hiérarchique du recours pour excès de pouvoir, elle-même liée au régime de la justice retenue dans lequel la compétence pour sanctionner les excès de pouvoir est *in fine* imputée au chef de l'Etat. Pour l'éminent juriste, si cet aspect peut conduire, par l'appui de l'autorité de l'Empereur, à une jurisprudence favorable aux droits privés, il est aussi un puissant facteur d'affaiblissement de la rigueur juridique. En bref, sous le Second Empire, le recours pour excès de pouvoir apparaît de moins en moins comme une forme de contrôle *juridique*, et de plus en plus comme une institution *gracieuse et politique* : « *A force de faire intervenir les pouvoirs propres du chef de l'Etat et sa responsabilité personnelle, on en était arrivé à un certain relâchement de la doctrine juridique. Des appréciations d'équité, d'opportunité politique – qui presque toujours il est vrai, étaient profitables*

¹ Edouard Laferrière, « Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir », *R.C.L.J.*, 1876, p 303-327.

² Edouard Laferrière, « Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir », *R.C.L.J.*, 1876, p 303-327.

aux justiciables – tenaient quelquefois lieu de règle, même dans des questions de recevabilité, de procédure, de délais, qui exigent des solutions fixes et concordantes. »¹.

B. – L’antinomie entre la fonction juridictionnelle et l’idée de fonction politique du recours pour excès de pouvoir.

392. Or cette doctrine gracieuse et politique, où règne l’équité au détriment de la rigueur du droit, n’est pas adaptée au nouveau régime républicain. Une justice administrative démocratique doit être souveraine, ce qui suppose un régime de justice déléguée, accordée par la loi du 24 mai 1872 ; les juges doivent être indépendants et impartiaux, ce qui nécessite des garanties statutaires et procédurales et une séparation de la juridiction administrative et de l’administration active ; enfin, le contrôle du juge doit être authentiquement *juridique*² et pas simplement *politico-administratif*. En 1876, Laferrière affirme ainsi clairement : « *Ni les assemblées politiques ni les agents de l’administration active ne sont aptes à l’œuvre du juge : l’horizon des unes est trop vaste, celui des autres trop restreint. Un corps spécial et permanent peut seul résoudre avec esprit de suite les nombreuses difficultés que soulève l’application des lois administratives, les conflits qui peuvent naître entre les autorités rivales et entre elles et les citoyens. Il importe aussi que ce corps soit assez éclairé pour dire le droit avec compétence, et assez haut placé pour le dire avec indépendance. Enfin, le corps établi juge de la légalité administrative doit pouvoir préparer la décision par une instruction contradictoire et par une libre discussion des griefs. »³.*

393. Compte tenu de ces exigences de bonne justice, le recours pour excès de pouvoir républicain est et doit être un recours juridictionnel, appartenant pleinement au contentieux administratif : « *Nous avons déjà fait remarquer combien il est peu conforme à une bonne classification juridique d’opposer, comme on l’a fait si souvent, les recours pour excès de pouvoir au recours contentieux. Le recours pour excès de pouvoir est en effet, par son essence même, un recours contentieux ; il s’exerce, d’après une procédure déterminée, devant le Conseil d’Etat constitué en tribunal, il*

¹ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 382.

² Sur la conception de la juridiction administrative républicaine de Laferrière et son appréciation des progrès accomplis, voir Pascale Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, BDP, n°190, LGDJ, 1997, p 68 et s. Voir aussi, sur la classification des contentieux de Laferrière : Fabrice Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, BDP, n°212, LGDJ, 2001.

³ Edouard Laferrière, « Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir », *R.C.L.J.*, 1876, p 303-327.

provoque une décision qui est un acte de juridiction. »¹. Cette nature juridictionnelle doit d'ailleurs conduire à précisément distinguer le recours pour excès de pouvoir des multiples formes de recours administratifs en annulation qui relèvent de la compétence du Conseil d'Etat, mais que ce dernier exerce comme auxiliaire du gouvernement et non au titre de son pouvoir propre de juridiction ; et Laferrière de citer par exemple le recours pour abus ou le recours du préfet prévu par la loi du 10 août 1871, tendant à l'annulation des délibérations des conseils généraux².

394. La position de Laferrière s'inscrit de plus dans le cadre d'une conception renouvelée de la fonction juridictionnelle, fondée sur une claire distinction entre la notion de *contentieux* et la notion de *juridiction* qui sont traditionnellement confondues dans la doctrine du XIXe siècle³. Selon cette dernière, les termes de contentieux et de juridiction désignent tous deux les contestations sur des droits que peut générer l'action administrative. Or ces contestations peuvent être tranchées indifféremment par des organes juridictionnels ou administratifs. En confondant la juridiction et le contentieux, la doctrine du XIXe siècle permet ainsi de justifier l'attribution de fonctions juridictionnelles à des administrateurs actifs, tels que les ministres. Pour Laferrière au contraire, l'idée de contentieux n'est pas déterminante pour définir la fonction juridictionnelle. Selon le juriste républicain, ce sont les *critères organiques et formels* qui sont décisifs, c'est-à-dire le statut de la juridiction, les garanties de tous ordres qui permettent d'assurer un examen indépendant, impartial et équitable des affaires soumises à la juridiction.

395. Alors que sous le Second Empire, les membres du Conseil d'Etat admettent implicitement le caractère juridictionnel du recours pour excès de pouvoir, tout en mettant en avant les fondements politiques et hiérarchiques de ce dernier, Laferrière oppose strictement le juridictionnel et le hiérarchique. L'affirmation de la nature juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir exclut radicalement la théorie politique de l'excès de pouvoir du Second Empire. La thèse de Laferrière a pour conséquence d'inaugurer un débat doctrinal nourri sur la nature juridictionnelle ou administrative du recours pour excès de pouvoir, dont la signification dépasse la pure technique

¹ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 383. Voir aussi Edouard Laferrière, « Excès de pouvoir », in *Dictionnaire de l'administration française*, Maurice Block (dir), 3^{ème} éd, Berger-Levrault, 1891, p 1084 et s.

² Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 383.

³ Sur cet aspect de l'apport de Laferrière, voir Pascale Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, BDP, tome 190, LGDJ, 1997, p 68 et s ; Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Thèse, Paris, LGDJ, 1970, p 231 et s ; Jacques Chevallier, « Réflexions sur l'arrêt Cadot », *Droits*, n°9, 1989, p 79-91.

juridique, car il est dominé en toile de fond par la question de la gestion de l'héritage du Second Empire.

En effet, c'est moins l'aspect hiérarchique en lui-même du recours pour excès de pouvoir impérial que Laferrière met en cause, que les fonctions politiques qui lui ont été attribuées à cette époque. C'est pourquoi la promotion d'un recours pour excès de pouvoir pleinement juridictionnel révèle un enjeu politique : il s'agit de rompre avec les doctrines du Second Empire et de construire un recours pour excès de pouvoir républicain. Chez Laferrière, cette opération passe par un recentrage du recours sur les aspects strictement juridiques de la fonction juridictionnelle ; l'adaptation aux institutions républicaines conduit donc à limiter la portée du recours à sa dimension technique. En ce sens, dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, mais aussi dans l'article qu'il rédige dans le *Dictionnaire de l'administration française* de Maurice Block, Laferrière se garde d'avancer des justifications politiques et constitutionnelles abstraites, mais s'en tient à l'affirmation du caractère juridictionnel du recours pour excès de pouvoir, et se limite à le comparer avec la cassation¹.

Pour l'éminent juriste républicain, l'essentiel n'est pas de construire une théorie politique alternative qui viendrait se substituer à celle du Second Empire, mais de mettre de l'ordre dans l'organisation technique du contentieux, en clarifiant notamment les différentes branches du contentieux administratif². Cet objectif suppose une plus grande rigueur juridique dans la définition du régime du recours et une certaine retenue du juge vis-vis de l'administration. C'est pourquoi Laferrière s'attache à clarifier les conditions de recevabilité du recours, à réaffirmer l'impossibilité pour le juge d'empiéter sur l'administration active, et à disqualifier les jurisprudences qui, en ouvrant généreusement l'accès au prétoire, s'avèrent trop liées à la théorie impériale de l'excès de pouvoir. Dans la logique de la doctrine de Laferrière, la République n'implique pas, comme on pourrait s'y attendre, un élargissement de l'accès au juge et un approfondissement des garanties des citoyens et de l'Etat de droit par le renforcement du contrôle ; elle est synonyme au contraire d'une certaine limitation de l'accès au juge de l'excès de pouvoir. Ce n'est d'ailleurs pas le moindre des paradoxes que les doctrines impériales, destinées à servir et légitimer un régime autoritaire et césariste, soient, à la fin du XIXe siècle, plus favorables que les doctrines républicaines à un large accès au juge et à un contrôle parfois audacieux de l'action administrative.

¹ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 449 ; Edouard Laferrière, « Excès de pouvoir », in *Dictionnaire de l'administration française*, Maurice Block (dir), 3^{ème} éd, Berger-Levrault, 1891, p 1084 et s

² Cet effort de classification est du reste très fécond, puisqu'il fonde la représentation moderne du contentieux administratif. Sur cette classification, voir Raymond Guillien, *L'exception de recours parallèle*, Paris, Sirey, 1934 ; Pascale Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, BDP, n°190, LGDJ, 1997, p 68 et s ; et Fabrice Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, BDP, n°212, LGDJ, 2001.

396. Les réflexions de Laferrière se prolongent par un débat doctrinal sur la nature administrative ou juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir, qui s'étend de la fin du XIXe siècle (on peut retenir comme point de départ la thèse de René Jacquelin soutenue en 1891¹) à l'année 1905 environ, au cours de laquelle les discussions sur la nature du recours pour excès de pouvoir se déplacent sur le terrain de la distinction recours objectifs/recours subjectifs². La structure du débat doctrinal combine des enjeux politiques et des données de technique juridique. Du point de vue politique, c'est la problématique posée par Edouard Laferrière qui domine, c'est-à-dire la question de l'adaptation de la juridiction administrative aux institutions républicaines. Dans cette perspective, la qualification du recours pour excès de pouvoir comme un recours juridictionnel s'impose avec force. Maurice Hauriou note ainsi qu'en « *droit administratif, c'est avant tout la question de savoir si le contentieux de l'annulation est aussi normal que celui de la pleine juridiction* »³ qui se pose. Si la portée politique de la qualification du recours pour excès de pouvoir est un facteur important de la controverse, la technique juridique est loin d'être absente. En ce sens, la conception classique et civiliste de l'action en justice et de la fonction juridictionnelle joue un rôle déterminant dans la construction de l'argumentation de la majorité des auteurs. A la fin du XIXe siècle, la doctrine civiliste définit l'action en justice comme une sanction des droits subjectifs violés ou contestés⁴, essentiellement d'ailleurs les droits réels et personnels⁵. Dans ce cadre, le recours pour excès de pouvoir pose problème car son régime ne répond qu'imparfaitement aux conceptions classiques. Il existe bien le cas d'ouverture de la violation de la loi et des droits acquis, mais il n'épuise pas toute la notion d'excès de pouvoir et sa place est marginale car, la plupart du temps, particulièrement à l'égard des actes de puissance publique généraux et impersonnels, les individus ne peuvent détenir de droit subjectifs contre l'administration⁶ ; par ailleurs, le recours pour excès de pouvoir n'aboutit qu'à la simple annulation de l'acte administratif, ce qui est souvent insuffisant pour réparer la violation d'un droit subjectif.

¹ René Jacquelin, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, Thèse, Paris, 1891.

² La thèse de Jean Tournyol du Clos est ici le principal repère (Jean Tournyol du Clos, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Bordeaux, 1905).

³ Maurice Hauriou, « Les éléments du contentieux », *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, tome I, p 1-98 ; *Recueil de législation de Toulouse*, 1907, p 149-191.

⁴ René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, rééd La Mémoire du Droit, 2001 ; Pierre Lampué, « La notion d'acte juridictionnel », *R.D.P.*, 1946, p 5-59. Jean Dabin, *Le droit subjectif*, 1952, rééd Dalloz, 2008.

⁵ Sur ce débat, voir Marie-Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions doctrinales de la Doctrine Publiciste Française (1879-1914)*, Thèse, Economica/PUAM, 1992, p 187 et s ; et Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Thèse, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003, p 295 et s.

⁶ Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Thèse, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003, p 203 et s.

Entre ces arguments juridiques et les enjeux politiques posés par Laferrière, deux groupes d'auteurs se forment, l'un partisan du caractère juridictionnel du recours pour excès de pouvoir, l'autre affirmant son caractère administratif. Cependant, il n'existe aucune homogénéité au sein de chaque groupe, chaque auteur résolvant selon son génie propre les difficultés juridiques et politiques du problème.

397. Un premier groupe d'auteurs rejoint Laferrière en affirmant le caractère juridictionnel du recours pour excès de pouvoir. Mais les doctrines sont diverses. Ainsi, Joseph Barthélémy se place dans le cadre de la définition classique de la fonction juridictionnelle comme sanction des droits subjectifs. Pour faire admettre la nature juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir en dépit des particularités du régime de ce dernier, il lui faut trouver un droit subjectif dont le recours assurerait la protection. Il propose donc de faire du recours pour excès de pouvoir la sanction juridictionnelle d'un *droit public subjectif à la légalité* dont jouissent les administrés, approfondissant ainsi les intuitions de Foucart et Serrigny¹. Mais, comme l'indique Norbert Foulquier, ce droit à la légalité n'est pas général est abstrait ; chez Barthélémy, il est toujours l'accessoire des droits subjectifs particuliers reconnus aux individus par la législation².

398. Quant à Artur, il défend la nature juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir selon deux axes. D'abord, il met en avant le principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active consacré avec force par la loi du 24 mai 1872. Puisque le Conseil d'Etat est organisé comme une juridiction séparée de l'administration, alors tous les recours qui relèvent de la compétence du Conseil d'Etat, comme l'excès de pouvoir, sont juridictionnels. Ensuite, Artur s'appuie sur le lien classiquement établi entre la fonction de juger et la notion de droit subjectif. Mais au lieu d'élaborer une construction théorique pour rendre compte du caractère juridictionnel du recours pour excès de pouvoir, il avance des arguments historiques puisés dans la jurisprudence administrative de la première moitié du XIXe siècle, pour faire admettre que, de tout temps, le juge de l'excès de pouvoir a sanctionné la violation de droits subjectifs, quels que soient les cas d'ouverture³. L'entreprise est cependant peu convaincante. L'écueil principal réside dans l'inexistence d'un véritable recours pour excès de pouvoir autonome dans les premières décennies

¹ Joseph Barthélémy, *Essai sur les droits publics subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Thèse, Toulouse, 1899.

² Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Thèse, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003, p 584 et s.

³ E. Artur, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *R.D.P.*, 1903, p 415-502. Pour les autres articles de sa longue étude, voir E. Artur, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *R.D.P.*, 1900, p 214, p 470 ; *R.D.P.*, 1902, p 78, p 234, p 439 ; *R.D.P.*, 1903, p 34, p 236.

du XIXe siècle. Aussi bien, les arrêts invoqués par Artur pour illustrer la sanction de la violation de droits subjectifs sont très certainement rendus dans le cadre du recours général devant le Conseil d'Etat, plus que dans le cadre de l'excès de pouvoir en tant que tel¹ ; leur pouvoir démonstratif est donc très faible s'agissant du recours pour excès de pouvoir. De plus, si la thèse d'Artur peut se concevoir pour l'époque où le grief d'excès de pouvoir n'était recevable que contre les actes contentieux de l'administration qui supposaient la méconnaissance d'un droit acquis, elle devient difficilement soutenable à partir du moment où, sous la Restauration, l'excès de pouvoir a pu être invoqué contre les actes discrétionnaires. La tentative d'Artur est donc peu fructueuse mais révèle le souci d'intégrer l'excès de pouvoir dans la catégorie des recours juridictionnels.

399. Autour de 1900, Maurice Hauriou participe aussi au débat. Dans la 4^{ème} édition du *Précis de droit administratif et de droit public général*, Hauriou s'en tient d'abord à un critère purement formel et organique pour affirmer le caractère juridictionnel du recours pour excès de pouvoir : c'est parce que l'autorité saisie est la section du contentieux du Conseil d'Etat et que les décisions rendues par ce dernier sont juridictionnelles que le recours pour excès de pouvoir est lui-même juridictionnel². Puis en 1905, Hauriou étoffe son argumentation dans *Les éléments du contentieux*³. Sa stratégie consiste à contourner la problématique des droits subjectifs contenue dans la définition civiliste de l'action en justice. Pour ce faire, il élabore une conception sociologique du contentieux. « *Au point de vue social, énonce Hauriou, un contentieux est une contestation que les parties ont accepté de soumettre à un juge public, afin que celui-ci y trouve une solution pacifique.* »⁴. Trois éléments sont donc déterminants : la contestation, l'acceptation de la contestation – ou acceptation de l'instance selon les termes d'Hauriou –, et la compétence d'un juge public pour trancher la contestation. Le contournement des droits subjectifs opéré par Hauriou est principalement perceptible dans la définition de la contestation. Envisagée comme un fait social, la contestation ne désigne pas un litige sur les prérogatives juridiques d'un sujet de droit, mais fait référence à toute confrontation, à toute opposition susceptible de troubler la paix publique. Ainsi, Hauriou explique : « *Ce qui domine en cette matière [le contentieux], c'est la préoccupation d'assurer la paix, de la rétablir lorsqu'elle est troublée par une querelle, d'éviter que la querelle ne dégénère en une lutte à main armée, en une voie de fait, en une guerre. Ce qui préside à l'organisation des juridictions, ce*

¹ Voir *supra*, n°351 et s.

² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 290 et s ; Maurice Hauriou, *La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif*, Paris, 1899.

³ Maurice Hauriou, « Les éléments du contentieux », *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, tome I, p 1-98 ; 1907, p 149-191.

⁴ Maurice Hauriou, « Les éléments du contentieux », *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, tome I, p 1-98, p 13.

n'est donc point la grande figure de la justice ou celle du droit, c'est celle de la paix. »¹. Dès lors, la définition de la fonction juridictionnelle n'est plus logiquement liée à la notion de droit subjectif. La contestation dont la survenance peut déclencher l'intervention du juge peut porter sur des droits, mais aussi sur la violation de la légalité objective par l'administration, si cette violation est susceptible de troubler la paix à moins d'une intervention du juge. Fort de cette définition, Hauriou en conclut sans difficulté que le recours pour excès de pouvoir est amené à trancher des contestations ; le premier critère du contentieux est donc rempli. Les deux autres le sont aussi. En effet, l'acceptation de l'instance intervient bien dans le cadre du recours pour excès de pouvoir par le biais de la règle de la décision préalable qui permet à l'administration de prendre acte de la contestation soulevée par l'administré et de fixer les termes du litige. Enfin, l'intervention d'un juge public est assurée par la compétence de la section du contentieux du Conseil d'Etat. Hauriou parvient donc à affirmer la nature juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir en développant une conception sociologique de la fonction juridictionnelle qui déborde la stricte technique juridique.

400. Léon Marie² défend le caractère juridictionnel du recours pour excès de pouvoir sans passer par le détour sociologique emprunté par Hauriou. Son objectif, proche des préoccupations de Laferrière, consiste à moderniser le contrôle juridictionnel et à adapter le recours pour excès de pouvoir aux institutions républicaines. En conséquence, le caractère juridictionnel du recours découle essentiellement de la nécessité de parfaire la soumission de l'administration au droit en attribuant l'appréciation de la légalité des actes de la puissance publique à un organe indépendant, entouré de toutes les garanties procurées par un débat contradictoire et par le prestige du juge³. Les écrits de Léon Marie sont particulièrement significatifs de l'articulation entre les considérations politiques et les exigences de la technique juridique.

Ainsi, des considérations politiques forment le point de départ de son raisonnement sur la nature du recours pour excès de pouvoir. Si celui-ci est nécessairement juridictionnel, c'est en raison de l'évolution des idées sur la marge de liberté qu'il est légitime de laisser à l'administration par rapport aux règles de droit. Si, au début du XIXe siècle, le souci de la légalité n'était pas primordial, il en est autrement au début du XXe. Désormais, explique Marie, le respect du droit par

¹ Maurice Hauriou, « Les éléments du contentieux », *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, tome I, p 1-98, p 14.

² Léon Marie, « L'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative », *R.D.P.*, 1901, p 266-296 ; p 476-524 ; Léon Marie, *Le droit positif et la juridiction administrative. Etude critique de législation et de jurisprudence*, Paris, Maresq aîné, 1903.

³ Léon Marie, « L'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative », *R.D.P.*, 1901, p 266-296 ; p 476-524.

l'administration est un principe fondamental, et seul un organe juridictionnel est à même de le garantir. C'est donc un raisonnement finaliste qui justifie la nature juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir : *« Il est du reste facile de comprendre sous l'influence de quelles idées s'est dégagé et affirmé ce caractère contentieux du recours pour excès de pouvoir. Il s'est affirmé sous l'influence de ces deux idées de plus en plus dominantes ; d'une part, que l'administration dans l'accomplissement de sa tâche doit se conformer aux règles de droit édictées en vue de déterminer les limites de ses pouvoirs et la manière dont elle doit en user ; et d'autre part, que l'observation de ces règles ne peut être assurée d'une manière efficace que par l'intervention d'une autorité investie d'un pouvoir juridictionnel. Par suite de la défiance dont les recours contentieux en matière administrative avaient été l'objet pendant la période révolutionnaire que caractérise l'époque du Consulat, le domaine du recours contentieux ordinaire avait été enfermé dans des limites trop étroites ; trop d'actes administratifs étaient considérés comme échappant à tout recours contentieux ; le recours pour excès de pouvoir est venu combler une lacune trop réelle. ¹ »*. De plus, Marie réfute l'argument selon lequel l'exercice du pouvoir d'annulation des actes administratifs par le juge de l'excès de pouvoir est contraire à l'indépendance de l'administration. A cette fin, il invoque le principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active : puisqu'il existe deux fonctions distinctes et indépendantes, l'exercice de la fonction de juger par le juge de l'excès de pouvoir n'est pas de nature à transformer le Conseil d'Etat en supérieur hiérarchique de l'administration et du chef de l'Etat ; le juge n'exerce qu'un pur et simple contrôle juridictionnel de légalité : *« si en annulant ces actes le Conseil d'Etat remplit une fonction administrative proprement dite, il faut reconnaître qu'il est, administrativement parlant, le supérieur hiérarchique du chef de l'Etat, puisqu'il peut annuler les actes de ce dernier, et celui-ci n'est plus dès lors le chef suprême de l'administration, solution qui ne saurait être acceptée. L'intervention du Conseil d'Etat statuant comme juridiction et annulant en cette qualité un acte du chef de l'Etat se conçoit fort bien au contraire. Le législateur a confié à ce tribunal suprême la fonction juridictionnelle en matière administrative ; il exerce naturellement cette fonction même à l'égard des actes de cet administrateur supérieur qui est le chef de l'Etat ; étant donné la différence de fonction exercée par l'un et par l'autre, il n'y a*

¹ Léon Marie, « L'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative », *R.D.P.*, 1901, p 266-296 ; p 476-524. Voir aussi la ferme affirmation par l'auteur de la supériorité, du point de vue de l'Etat de droit, du procédé juridictionnel : *« il est inutile d'insister sur la supériorité du recours contentieux sur le recours gracieux ; le premier seul évidemment répond à cette idée que les règles du droit positif sont faites pour être observées et ne sont pas destinées à rester à l'état de règles purement théoriques ; il répond à cette idée que l'observation des règles de droit doit être assurée par un procédé plus efficace que celui qui consiste à faire appel à la bonne volonté ou aux lumières de la personne tenue d'observer ces règles, c'est-à-dire par l'intervention d'une autorité ayant pour fonction spéciale d'assurer le respect du droit pour lui-même. »*

pas de contradiction à faire intervenir ainsi le Conseil d'Etat à observer les lois qui déterminent la marche à suivre par l'administration. »¹. Léon Marie évite donc la question embarrassante des droits subjectifs dans la définition de l'action en justice, en adoptant un raisonnement finaliste fondé sur une exigence politique de soumission de l'administration au droit.

Marie rejoint cependant les conceptions classiques héritées du droit civil lorsqu'il évoque l'efficacité et l'avenir du recours pour excès de pouvoir. Reprenant les doctrines classiques, Marie considère que les pouvoirs du juge ne peuvent se limiter à l'annulation des actes administratifs ; pour que la sanction des violations du droit soit efficace, il faut que le juge puisse « rétablir le droit », en prononçant des injonctions, en réformant les actes illégaux ou en condamnant à indemnité : « *Dans notre organisation juridictionnelle, qu'il s'agisse des tribunaux de l'ordre judiciaire ou des tribunaux de l'ordre administratif, le juge est en effet investi d'une double mission : d'une part, il est chargé de juger, de dire le droit, jus dicere ; d'autre part, il est chargé de rétablir le droit, jus restituere, d'ordonner les réparations nécessaires, de prononcer les sanctions prévues par la loi, de condamner.* »². Dans cette logique, les pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir sont insuffisants. C'est pourquoi Léon Marie souhaite la fusion du recours pour excès de pouvoir et de la pleine juridiction pour faire bénéficier l'administré de la protection la plus complète.

401. Au groupe des défenseurs du caractère juridictionnel du recours pour excès de pouvoir s'opposent les auteurs qui affirment sa nature administrative, même après l'instauration de la justice déléguée. René Jacquelin, Gaston Jèze et Léon Duguit représentent cette tendance³.

Pour le premier auteur⁴, les origines historiques sont plus déterminantes que les objectifs d'adaptation de la justice administrative à la République. Ainsi, la loi du 24 mai 1872 a pu confier formellement le jugement des recours à un organe juridictionnel, mais le recours pour excès de

¹ Léon Marie, « L'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative », *R.D.P.*, 1901, p 266-296 ; p 476-524, p 284.

² Léon Marie, « L'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative », *R.D.P.*, 1901, p 266-296 ; p 476-524, p 277.

³ Henri Berthélémy et, dans une moindre mesure, Gaston Jèze font aussi partie de ce groupe. Voir Marie-Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions doctrinales de la Doctrine Publiciste Française (1879-1914)*, Thèse, Economica/PUAM, 1992, p 186 et s.

⁴⁴ René Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Giard et E. Brière, 1899, p 228 et s. Voir aussi René Jacquelin, *Une conception d'ensemble du droit administratif*, Giard, et Brière, 1899 : « *Pour qui connaît la genèse et le développement historique du recours pour excès de pouvoirs, celui-ci apparaît de sa nature comme un vrai recours gracieux et hiérarchique qui n'a pu être porté devant un tribunal administratif que parce que ce tribunal a été, dans une mesure variable suivant les régimes, "l'administration jugeant elle-même ses propres intentions", à tel point que l'extension donnée à ce recours a été d'autant plus large que la juridiction administrative supérieure, chargée de statuer à son égard, a été plus étroitement rattachée au chef de l'Etat.* ».

pouvoir reste matériellement ce qu'il a toujours été, c'est-à-dire un élément de la fonction administrative. Les caractères administratif et hiérarchique font partie de l'identité profonde de l'excès de pouvoir, comme le montre l'existence du détournement de pouvoir qui illustre, selon Jacquelin, la mission de supérieur hiérarchique de l'administration assumée par le Conseil d'Etat¹.

Aux arguments historiques s'ajoutent des considérations de technique juridique que Jacquelin expose dès 1899 dans un opuscule discutant la *Gestion administrative*² publiée la même année par Hauriou³. Comme Barthélémy ou Artur, il conçoit l'action en justice comme une sanction des droits subjectifs, mais tire de cette position des conclusions opposées à celles de ses collègues. Jacquelin pense ainsi que le pouvoir d'annuler ou de réformer les actes administratifs relève par nature de l'administration active car, fondamentalement, il ne met pas en jeu des questions de droit subjectif. Pour ne pas empiéter sur le domaine administratif, le juge, qu'il soit judiciaire ou administratif, doit donc se borner à condamner l'administration à des indemnités, ou à écarter l'application d'un acte à l'occasion d'un litige, mais avec l'autorité relative de la chose jugée. Le recours pour excès de pouvoir, qui conduit à l'annulation des décisions administratives, doit donc être classé parmi les attributions strictement administratives du Conseil d'Etat qu'il exerce comme un auxiliaire du pouvoir exécutif. Cette conception du contentieux conduit enfin Jacquelin à proposer une réforme de l'organisation de la justice administrative qui consisterait en une fusion des deux ordres de juridiction, comprenant des tribunaux civils et administratifs chapeautés par une seule cour suprême. Quant au recours pour excès de pouvoir, comme d'ailleurs les recours permettant la réformation d'un acte, ils subsisteraient comme des recours purement gracieux ; Jacquelin estime du reste que c'est cette qualité hiérarchique qui a permis les progrès enregistrés par l'excès de pouvoir sous le Second Empire⁴ et qui est susceptible de rétablir le dynamisme de cette voie de droit.

¹ René Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Giard et E. Brière, 1899, p 228 et s.

² Maurice Hauriou, *La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif*, Paris, 1899.

³ René Jacquelin, *Une conception d'ensemble du droit administratif*, Giard, et Brière, 1899.

⁴ René Jacquelin, *Une conception d'ensemble du droit administratif*, Giard, et Brière, 1899 : « étant tous judiciaires, ces tribunaux des deux sortes ne pourraient pas plus les uns que les autres exercer la prérogative d'annuler ou de réformer l'acte de puissance publique ; autrement, le juge se ferait administrateur et le pouvoir judiciaire empièterait sur le pouvoir exécutif, comme cela se passait dans notre ancienne France, comme cela se produit encore aujourd'hui dans le système anglo-américain, en vertu d'une confusion inverse de celle qui existe actuellement chez nous. Mais ces tribunaux judiciaires-administratifs devraient, comme à présent le juge de simple police dans la répression des contraventions aux règlements administratifs ou encore le tribunal civil dans la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique, avoir la faculté de ne tenir aucun compte de l'acte de puissance publique contraire à la légalité, et de se refuser à sanctionner les prétentions de l'administration ; ainsi le droit du particulier subsisterait intact. Tel est encore l'effet du système belge. Quant à l'annulation ou à la réformation de l'acte administratif illégal, elles continueraient à appartenir exclusivement à l'administration, non pas à l'administration active, mais, puisque le progrès existe déjà, à l'administration délibérante supérieure, sauf qu'alors, elle se statuerait plus en vertu de pouvoirs propres, mais seulement comme avant 1872, sous le contrôle et l'autorité du chef du pouvoir exécutif ; l'examen du développement historique du recours pour excès de pouvoirs montre du reste qu'à cette réforme l'individu n'aurait rien à perdre. »

Comme Jacquelin, Gaston Jèze s'appuie sur la définition civiliste de l'action en justice pour affirmer le caractère administratif du recours pour excès de pouvoir. En 1904, dans la 1^{ère} édition des *Principes généraux du droit administratif*, Jèze opère un certain nombre de distinctions. Il dégage d'abord la notion de *recours*, qu'il définit selon deux critères, à savoir que « *le droit positif ait reconnu aux particuliers la faculté de signaler à une autorité une violation du droit* »¹, et l'obligation pour l'autorité saisie de répondre à la réclamation. A l'intérieur de cette catégorie, Jèze sépare les recours administratifs et les recours contentieux ou juridictionnels. Pour délimiter la frontière entre les deux types de recours, la considération de la *forme* est insuffisante ; il faut surtout s'intéresser à leur *nature*. Or, de ce point de vue, seuls sont véritablement juridictionnels les recours qui « *tendent à faire constater et réaliser, au besoin par la force publique, une situation juridique individuelle préexistante*. ». Autrement dit, la fonction juridictionnelle consiste à sanctionner la violation des droits subjectifs et non à dire « *le droit d'une façon absolue* »². Dès lors, les recours qui se limitent à l'annulation d'un acte sans trancher une question de droit subjectif ne sont pas juridictionnels par *nature*. C'est pourquoi le recours pour excès de pouvoir n'a de juridictionnelle que la forme, et demeure matériellement administratif.

A la fin du XIXe et au début du XXe siècle, Léon Duguit rejoint Jèze et Jacquelin sur l'essentiel pour justifier le caractère administratif et hiérarchique de l'excès de pouvoir³. Comme Jacquelin, il insiste sur la continuité entre l'époque de la justice retenue et celle de la justice déléguée. Sa position est aussi fondée sur une certaine conception de l'acte juridictionnel rendu par le juge de l'excès de pouvoir. Selon Duguit, l'acte est formellement juridictionnel car il est rendu par la section du contentieux du Conseil d'Etat et que le recours a été reconnu comme une véritable action en justice par la loi du 24 mai 1872, mais il est matériellement administratif. En effet, le juge ne sanctionne pas la violation d'un droit subjectif, comme c'est normalement le cas dans une action en justice⁴, mais se borne à sanctionner la méconnaissance du droit objectif par l'administration⁵. Enfin, la décision du juge dispose d'un effet *erga omnes*, se rapprochant ainsi d'un acte administratif unilatéral et s'éloignant de l'acte juridictionnel traditionnellement marqué par l'autorité relative de la chose jugée. Aussi bien, Duguit qualifie le recours pour excès de pouvoir de « *recours*

¹ Gaston Jèze, *Les principes du droit administratif*, Berger-Levrault, 1904, p 78.

² Gaston Jèze, *Les principes du droit administratif*, Berger-Levrault, 1904, p 86, note.

³ Léon Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Fontemoing, 1903, rééd Dalloz, 2005, p 532 et s.

⁴ Léon Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901, rééd Dalloz, 2003, p 416 et s : « *Un acte de juridiction est un acte par lequel les gouvernants constatent l'existence d'une situation juridique subjective, déclarent vouloir qu'elle se réalise et annoncent que, s'il y a lieu, la contrainte matérielle dont ils disposent sera employée pour en assurer par la force la réalisation*. ».

⁵ Ce qui explique que pour Duguit, le recours pour excès de pouvoir ne fait pas naître d'instance entre partie, car il n'y a pas de défendeur.

hiérarchique, mais un recours hiérarchique qui est jugé aujourd'hui par une véritable juridiction et en la forme juridictionnelle. »¹.

Cette thèse duguiste correspond cependant à un premier moment de sa pensée. A partir de 1906², en effet, il modifie sa définition de la fonction juridictionnelle pour la centrer sur l'idée de *constatation sur une question de droit posée au juge* et sur les liens qu'entretient cette constatation avec la décision subséquente du juge. De plus, la question de droit peut aussi bien mettre en jeu une *situation juridique subjective* que le *droit objectif*³. Par conséquent, l'inclusion du recours pour excès de pouvoir dans la fonction juridictionnelle n'est plus problématique, et l'excès de pouvoir relève dorénavant du contentieux objectif dans la théorie de Duguit.

402. Plus largement, les années 1905/1906 inaugurent l'évolution du débat sur la nature du recours pour excès de pouvoir. Dominée par l'opposition recours administratif/recours juridictionnel depuis les années 1890, le débat se polarise désormais sur le couple recours objectifs/recours subjectifs. La thèse de Tournyol du Clos ouvre la réflexion sur ce point⁴. Désirant défendre la nature juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir, l'auteur se démarque des doctrines précédentes en montrant qu'il est possible d'élargir la définition de la fonction juridictionnelle⁵ pour dépasser la question de la sanction des droits subjectifs et y inclure toute « *application concrète de la loi* »⁶. Les recours juridictionnels comprennent désormais les recours subjectifs, héritiers de la définition classique de l'action en justice, ainsi que les recours objectifs – catégorie résiduelle comprenant tous les recours qui ne

¹ Léon Duguit, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Fontemoing, 1903, rééd Dalloz, 2005, p 741. Duguit change de position dès 1906, en étendant sa définition de l'acte juridictionnel, pour y inclure la constatation de la violation du droit objectif par l'administration.

² Léon Duguit, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *R.D.P.*, 1906, p 413-471 ; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome II, 3^{ème} éd., 1927, p 418 et s.

³ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome II, 3^{ème} éd, 1927, p 419 : « *L'acte juridictionnel doit son caractère spécifique à ce qu'il est une manifestation de volonté, conséquence logiquement nécessaire d'une constatation dans le domaine du droit objectif ou du droit subjectif.* ». Voir Aussi Pierre Lampué, « La notion d'acte juridictionnel », *R.D.P.*, 1946, p 5-65 ; et Fabrice Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, BDP, n°212, LGDJ, 2001.

⁴ Jean Tournyol du Clos, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Bordeaux, 1905 ; et Fabrice Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, BDP, n°212, LGDJ, 2001.

⁵ Jean Tournyol du Clos, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Bordeaux, 1905, p 49 : « *Nous ne nous sentons, en effet, nullement autorisé, en admettant que le jugement des recours subjectifs soit l'objet ordinaire de la fonction juridictionnelle, à affirmer que c'en est aussi l'objet normal et exclusif. Nous ne pensons pas, en un mot, que le contentieux objectif soit une annexe asymétrique et comme une excroissance de la fonction juridictionnelle.* ».

⁶ Jean Tournyol du Clos, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Bordeaux, 1905, p 48 : « *Pour notre compte, nous définirons volontiers la fonction juridictionnelle en disant qu'il y a recours contentieux toutes les fois qu'une application concrète de la loi est demandée à un organe de l'Etat qui, dénué du pouvoir de statuer spontanément, ait l'obligation de répondre aux demandes qu'on lui soumet, et dont les décisions soient soustraites à tout contrôle du gouvernement.* ».

tendent pas à la sanction d'un droit subjectif – auxquels se rattachent notamment le recours pour excès de pouvoir, mais aussi certaines actions du droit privé comme les actions répressives ou les actions relatives à l'état et à la capacité des personnes¹. Pendant la première moitié du XXe siècle, la notion de recours objectif est développée et systématisée par Duguit puis par de nombreux auteurs à sa suite².

Aussi, après 1905, les enjeux politiques hérités de l'œuvre de Laferrière tendent à s'estomper, laissant la place à des réflexions doctrinales plus techniques sur la fonction juridictionnelle destinées à rendre compte des nouvelles réalités, spécialement celles du droit public.

C. – La doctrine de Laferrière, position dominante au sein de la juridiction administrative.

403. Au delà de leur intérêt doctrinal, les critiques d'Edouard Laferrière sont importantes car elles sont émises par le personnage clé des premières décennies de la justice administrative républicaine. Il n'est plus aujourd'hui nécessaire de démontrer que son influence a été considérable sur la représentation du contentieux administratif, sur la jurisprudence et plus généralement sur l'esprit général du Conseil d'Etat. Cette influence a bien sûr été favorisée par les fonctions tenues par Laferrière : commissaire du gouvernement dans les années 1870, il devient président de la section du contentieux, puis surtout vice-président du Conseil d'Etat de 1886 à 1898. A ce poste, Laferrière manifeste un activisme assumé, avec pour objectif d'adapter la juridiction administrative à la République par le développement de la compétence, de l'impartialité et de la modération du Conseil d'Etat, ainsi que de son indépendance vis-à-vis du pouvoir politique³. Aussi, l'autorité et le rayonnement intellectuel de Laferrière, dont le succès du *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* est un exemple, conduisent-ils sans doute un grand nombre de membres du Conseil d'Etat à partager les critiques de la conception impériale du recours pour excès de pouvoir.

404. Un premier élément de conviction peut être trouvé dans l'éloge funèbre d'Edouard Laferrière prononcé par le procureur général Baudouin devant la Cour de cassation⁴. Même s'il faut noter la

¹ Jean Tournyol du Clos, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Bordeaux, 1905, p 34.

² Fabrice Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, BDP, n°212, LGDJ, 2001.

³ Sur l'œuvre de Laferrière en tant que vice-président du Conseil d'Etat, voir *Le Conseil d'Etat. Son histoire d'après les documents d'époque, 1799-1974*, éd du CNRS, 1974, p 613 et s ; Pascale Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, BDP, n°190, LGDJ, 1997, p 257 et s ; Pascale Gonod, *La présidence du Conseil d'Etat républicain*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005.

⁴ M. le procureur général Baudouin, « M. Edouard Laferrière », *R.G.A.*, novembre 1902, p 257-274.

part de schématisation propre à ce type d'exercice, les propos de Baudouin mettent en avant l'influence à la fois profonde et déterminante de Laferrière sur l'évolution de la justice administrative à la fin du XIXe siècle. En ce sens, Baudouin cite de nombreux exemples en matière de responsabilité et de compétence juridictionnelle, puis insiste sur la diffusion de la doctrine du recours pour excès de pouvoir construite par Laferrière. Le bilan posthume atteste donc de la domination de Laferrière sur la juridiction administrative.

405. Par ailleurs, pour évaluer l'audience du thème des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir dans les années 1880, il est possible d'apprécier l'état d'esprit au sein du Conseil d'Etat au lendemain de la chute de l'Empire. Certains indices suggèrent que dès les années 1870, les membres de la juridiction administrative ont conscience de la rupture que constitue la loi du 24 mai 1872 du point de vue des fondements politiques du recours pour excès de pouvoir. Les propos de quelques commissaires du gouvernement montrent ainsi qu'ils se représentent les fonctions du recours pour excès de pouvoir comme essentiellement distinctes des pouvoirs du chef de l'Etat.

Par exemple, dans une affaire jugée en 1872¹, le commissaire du gouvernement Perret devait déterminer si les décisions de la commission de révision des grades dans l'armée, créée par la loi du 8 août 1871 et composée de membres issus de l'Assemblée nationale, pouvaient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Ecartant l'argument de texte selon lequel la loi de 1871 attache un caractère souverain aux décisions de la commission de révision des grades, et délaissant le critère tiré de sa composition (elle comprend des parlementaires), Perret s'attache à la nature des attributions de la commission, pour en conclure que cette dernière est administrative, ce qui conduit à la recevabilité du recours².

Mais, au delà de la décision de la commission, le requérant semble aussi contester la mesure générale de révision des grades prise par l'Assemblée nationale. Ici, le commissaire du gouvernement oppose une fin de non-recevoir radicale ; évoquant implicitement l'instauration récente d'une justice déléguée, Perret affirme que l'extension indéfinie des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir caractérise une époque révolue où le chef de l'Etat exerçait lui-même la justice administrative, cultivant ainsi la confusion des pouvoirs : « *on oublie qu'il n'y avait qu'un seul pouvoir en France, le souverain ; qu'en s'adressant au Conseil d'Etat, c'était à l'Empereur*

¹ CE, 15 novembre 1872, *De Carrey de Bellemare, Rec.*, p 591, concl. Perret.

² D'ailleurs, le commissaire n'est pas suivi par le Conseil d'Etat qui juge la requête irrecevable en raison du caractère définitif des décisions de la commission. Cette solution contraire à la jurisprudence classique du juge de l'excès de pouvoir a sans doute à voir avec la nature très politique du contentieux. Pour un indice qui corrobore *a contrario* cette appréciation, voir CE, 23 mai 1890, *Préfet de l'Isère, Rec.*, p 529, par lequel le Conseil d'Etat admet la recevabilité d'un recours contre une commission, de nature technique, instituées pour fixer les indemnités de rachat des concessions de ponts à péage, alors même que ces décisions sont qualifiées par la loi de « définitives »).

en son Conseil d'Etat qu'on s'adressait ; et que l'Empereur en son Conseil ou sans son Conseil d'Etat s'attribuait tous les pouvoirs qu'il lui convenait de prendre. Si vous admettiez la théorie à laquelle on veut entraîner, vous cesseriez d'être un corps administratif pour devenir en réalité le seul et vrai souverain, vous attribuant des pouvoirs supérieurs à ceux de toutes les autorités législatives, politiques, judiciaires et administratives. »¹.

De même, les conclusions de David dans l'affaire *Chéron, Véron et autres* du 5 juin 1874 attestent qu'il existe, aux sein de la juridiction administrative, une conscience des changements introduits par la chute du Second Empire sur la signification politique du contrôle du juge administratif. En ce sens, David énonce que « *le Conseil d'Etat au contentieux a acquis, en vertu de la loi du 24 mai 1872, une autorité propre qu'il n'avait pas précédemment, et que si cette autorité se trouve désormais placée en face du régime parlementaire, il y a pour sa juridiction un devoir plus impérieux que jamais de se maintenir dans ses exactes limites. »².*

406. Enfin, à partir des années 1880, des prises de position doctrinale de membres de la juridiction administrative indiquent que les thèses d'Edouard Laferrière trouvent un écho favorable au sein du Conseil d'Etat. Le phénomène est illustré par un article de 1888 écrit par le maître des requêtes Le Vavasseur de Précourt. Commentant le tome II du *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* et la jurisprudence *Bansais* relative à l'articulation du recours administratif et du recours pour excès de pouvoir, il explique ainsi : « *le recours pour excès de pouvoir n'est plus seulement une soupape de sûreté qui doit rester toujours ouverte, comme le définissait, de la manière la plus autorisée, en 1867, un commissaire du gouvernement, c'est un véritable recours contentieux, jugé par le Conseil d'Etat, depuis la loi du 24 mai 1872, en vertu d'un pouvoir propre de juridiction et soumis aux règles substantielles de la procédure contentieuse. »³.* Dans les années 1880, les doctrines des années 1860 sur les fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir ne font donc plus l'unanimité, sous l'influence déterminante d'Edouard Laferrière.

Les positions de Laferrière trouvent en outre un support institutionnalisé par le relais du *Répertoire du droit administratif* de Léon Béquet. Même s'il faut relativiser l'audience de cette encyclopédie dans le monde des juristes⁴, le « Répertoire Béquet » contribue à diffuser la vision du droit administratif développée par Laferrière à la fin du XIXe siècle et donne un aperçu de l'opinion générale des membres de la juridiction administrative, dans la mesure où de nombreux auteurs sont

¹ Concl. Perret sur CE, 15 novembre 1872, *De Carrey de Bellemare, Rec.*, p 591.

² Concl. David sur CE, 5 juin 1874, *Chéron, Véron et autres, Rec.*, p 515.

³ O. Le Vavasseur de Précourt, « Commentaire du Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, tome II », *R.G.A.*, 1888, tome 32, p 385-393.

⁴ Voir Pascale Gonod, « Le Répertoire Béquet », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois. Le dialogue des juges*, Dalloz, 2009.

des magistrats administratifs. Républicain convaincu, Léon Béquet entre au Conseil d'Etat en 1879 et devient conseiller en 1884. Comme il l'explique dans l'avant-propos du premier tome publié en 1882, la création du *Répertoire* procède de la double volonté de codifier le droit administratif, pour tendre vers le niveau de cohérence atteint par le Code civil, et de diffuser une vision républicaine de la matière¹. Les contributions de Léon Béquet au *Répertoire* montrent que cette vision républicaine est essentiellement celle d'Edouard Laferrière. Ainsi, dans l'article consacré au contentieux administratif publié en 1891, Béquet s'appuie abondamment sur le *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Il reprend la classification des contentieux, en distinguant la pleine juridiction, l'annulation, l'interprétation et la répression². Surtout, il relaye la philosophie de Laferrière sur le recours pour excès de pouvoir, en insistant sur la nécessité d'en faire une voie de droit pleinement juridictionnelle, dont les qualités techniques doivent se manifester par un régime précis et rigoureux ; et Béquet de décrire en détail les conditions de recevabilité et les divers cas d'ouverture³, laissant de côté les conceptions impériales. L'œuvre de Béquet constitue donc un indice supplémentaire de la diffusion des thèses de Laferrière dans les cercles de la justice administrative de la fin du XIXe siècle.

Cette influence ne se limite pas aux représentations doctrinales et politiques des missions du recours pour excès de pouvoir ; la crise des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir a aussi infléchi le cours de la jurisprudence.

¹ Léon Béquet, « Avant-propos », in *Répertoire du droit administratif*, tome I, Paul Dupont, 1882, p V et s ; et Pascale Gonod, « Le Répertoire Béquet », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois. Le dialogue des juges*, Dalloz, 2009.

² Léon Béquet, « Contentieux administratif », in *Répertoire du droit administratif*, tome VIII, Paul Dupont, 1891, p 193 et s.

³ Léon Béquet, « Contentieux administratif », in *Répertoire du droit administratif*, tome VIII, Paul Dupont, 1891, p 193 et s.

CHAPITRE II

LA STAGNATION DE LA JURISPRUDENCE, CONSÉQUENCE DE LA CRISE DES FONCTIONS POLITIQUES DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR.

407. L'élaboration des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir sous le Second Empire a grandement stimulé les progrès de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Bénéficiant du soutien de la puissance de l'Empereur, le juge de l'excès de pouvoir fait preuve d'audace en approfondissant nettement son contrôle sur les actes de l'administration. Il construit ainsi le cas d'ouverture du détournement de pouvoir et s'aventure dans un contrôle implicite de la violation de la loi favorisé par la souplesse de la notion d'incompétence. Par ailleurs, le développement des compétences des préfets résultant des décrets de déconcentration du 25 mars 1852 et 13 avril 1861 incite le juge administratif à encadrer plus strictement les pouvoirs administratifs, en raison de la multiplication des occasions de dysfonctionnements des administrations locales, qu'on songe par exemple aux irrégularités récurrentes commises par le préfet Haussmann à l'occasion des grands travaux de rénovation de Paris.

De plus, les règles de recevabilité et de procédure sont particulièrement souples. Conçu comme une voie de droit largement ouverte permettant le redressement des dysfonctionnements administratifs, presque gratuit et dispensé du ministère d'avocat, le recours pour excès de pouvoir doit conserver la malléabilité et la facilité d'accès qui caractérise le droit de pétition auquel il est comparé. Aussi, le contrat n'est pas formellement exclu des actes susceptibles d'être attaqués en excès de pouvoir, même si la jurisprudence offre peu d'exemples de requêtes dirigées directement contre un contrat¹.

Ensuite, en dépit des relatifs progrès de la distinction doctrinale entre l'acte administratif et l'acte juridictionnel, l'excès de pouvoir et la cassation ne sont pas encore bien séparés en jurisprudence. Le recours peut donc viser tantôt des actes d'administrateurs actifs, tantôt des jugements et arrêts (sous le Second Empire, le Conseil d'Etat est par exemple compétent à l'égard des arrêts de la Cour des comptes, ou des décisions des conseils de révision et des jurys de la Garde nationale). D'ailleurs, la gratuité du recours et la dispense du ministère d'avocat, consacrés par le

¹ Voir cependant CE, 30 avril 1863, *Bourgeois, Rec.*, p 404. Dans cette décision, qui est un des premiers exemples d'une sanction du détournement de pouvoir, le recours est dirigé contre un contrat de concession annulé par le Conseil d'Etat en même temps qu'une décision unilatérale du ministre des finances. Voir les explications de Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942, p 236 et s.

décret du 2 novembre 1864, s'appliquent indifféremment aux deux formes de contentieux¹. En revanche, certaines différences commencent à se faire jour. Ainsi, alors que traditionnellement les annulations pour excès de pouvoir, qu'elles concernent les actes administratifs (réglementaires ou individuels) ou les jugements, sont dotées de l'autorité relative de la chose jugée, l'annulation des actes administratifs acquiert une autorité absolue dans les années 1860².

Par ailleurs, la forte position institutionnelle du juge de l'excès de pouvoir autorise ce dernier à étendre ses pouvoirs au delà de l'annulation pure et simple. La limitation des pouvoirs du juge n'est pas encore considérée comme une conséquence nécessaire du principe de séparation de la juridiction et de l'administration active, même si certains auteurs, spécialement Aucoc, s'emploient à distinguer le « contentieux administratif proprement dit » – contentieux des droits à l'occasion duquel le juge peut substituer sa décision à celle de l'administrateur – du recours pour excès de pouvoir qui se borne à examiner la légalité abstraite d'une décision et doit se cantonner à l'annulation³. Aussi, le Conseil d'Etat n'hésite pas à prononcer des annulations partielles ou à renvoyer le requérant devant l'administration pour faire ce que de droit. Plus rarement, il prononce des injonctions⁴.

La signification politique du recours pour excès de pouvoir se manifeste en outre par la faveur avec laquelle les délais de recours sont appréciés. S'il ne fait pas de doute que le délai de trois mois prévu par l'article 11 du décret du 22 juillet 1806 s'applique au recours, son caractère d'ordre public n'est pas certain car le juge oppose rarement la forclusion d'une requête en cas d'expiration du délai⁵. De plus, nous allons le constater dans les développements suivants, les dispositions relatives au décompte du délai sont appliquées avec beaucoup de souplesse. Ainsi donc, les fonctions plus politiques que juridiques du recours pour excès de pouvoir n'incitent pas le Conseil d'Etat du Second Empire à déterminer avec rigueur les bornes de son régime procédural, si bien que ni le contenu de l'excès de pouvoir, ni les pouvoirs du juge ne sont clairement fixés.

408. L'instauration du régime républicain met fin à cette première phase d'essor du recours pour excès de pouvoir. Ayant perdu le soutien du pouvoir impérial et subissant les critiques de l'homme

¹ Gustave Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel*, Thèse, Nancy, 1957, p 92 et s.

² Voir les déclarations sans ambiguïtés de Robert (concl. sur CE, 30 juillet 1863, *Didier, Rec.*, p 628) et de De Belbeuf (concl. sur CE, 15 mai 1869, *Commune de Petite-Synthe, Rec.*, p 470).

³ Voir concl. Aucoc sur CE, 13 mars 1867, *Bizet, Rec.*, p 273 ; et Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, tome I, Paris, Dunod, 1869.

⁴ Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942, p 239 et s.

⁵ Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942 ; Gustave Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel*, Thèse, Nancy, 1957.

clé de la justice administrative des débuts de la III^e République, le recours n'a pas de véritable ancrage politique dans les institutions républicaines. L'objectif de Laferrière est au contraire de débarrasser l'excès de pouvoir de toute idée de fonction politique, pour en faire une voie de droit purement technique dédiée au contrôle de la légalité formelle et objective des actes administratifs.

Dans ce contexte, le recours pour excès de pouvoir connaît une pose dans son évolution, qui est clairement identifiée par Laferrière : « *Chose remarquable, la réforme de 1872, loin de provoquer une extension téméraire de la juridiction contentieuse, parut un instant faire remettre en question certaines prérogatives qu'elle s'était reconnues. Dans la matière des recours pour excès de pouvoir, où la mission du juge administratif touche de si près à celle du supérieur hiérarchique, quelques hésitations se produisirent. Le Conseil se demanda s'il pouvait continuer d'exercer, comme tribunal, tous les droits qu'il s'était reconnu lorsqu'il représentait le chef de l'Etat exerçant sa justice retenue, contrôlant et infirmant les actes d'autorités inférieures, ou rapportant ses propres décisions sur l'avis de son Conseil. Il se demanda aussi si le rétablissement du contrôle parlementaire et de la responsabilité ministérielle n'était pas quelque raison d'être à la mission que le Conseil d'Etat avait exercée sous l'Empire, en l'absence de ces garanties constitutionnelles. Une certaine hésitation était permise ; quelques arrêts rendus au début du régime nouveau semblent en porter la trace* »¹.

Pendant une trentaine d'années, jusqu'au début du XX^e siècle, la jurisprudence n'enregistre presque aucun progrès. Dans le domaine des règles de recevabilité et de procédure, l'effort essentiel du Conseil d'Etat consiste à mettre en ordre les solutions héritées du Second Empire pour clarifier le régime du recours. Quant à la question des cas d'ouverture et de l'intensité du contrôle juridictionnel, le début de la III^e République se caractérise surtout par la réception de l'héritage du Second Empire, notamment sur le détournement de pouvoir, la violation de la loi et le contrôle des motifs. Dans le nouveau contexte républicain, cet immobilisme est pourtant paradoxal. Les doctrines républicaines de l'Etat, propagées par le personnel politique, les philosophes et la doctrine juridique², ne tendent-elles pas vers une limitation plus forte des prérogatives de l'Etat à l'égard des citoyens, dont les droits et libertés acquièrent d'ailleurs une vigueur et une portée renforcées dans le cadre des institutions républicaines ?

Analysons le phénomène en abordant d'abord les aspects procéduraux (Section I.), puis les questions de la violation de la loi et du contrôle des motifs (Section II.).

¹ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome I, 1^{ère} éd, 1887, p 242.

² Pour une vue générale des idées républicaines au début du XX^e siècle, voir Claude Nicolet, *L'idée républicaine en France (1789-1924)*, Gallimard, 1982 ; et Jean-Fabien Spitz, *Le moment républicain en France*, Gallimard, 2005.

Section I. – L’influence des idées de Laferrière sur la mise en ordre du régime procédural hérité du Second Empire.

409. La crise des fondements politiques du recours pour excès de pouvoir se manifeste à la fin du XIXe siècle par l’influence notable des idées d’Edouard Laferrière sur l’évolution du régime procédural du recours. De multiples exemples montrent que le Conseil d’Etat élabore sa politique jurisprudentielle dans le but de rompre clairement avec les considérations politiques qui motivaient souvent le juge administratif sous le Second Empire. Dorénavant, il s’agit, conformément aux vœux de Laferrière, de construire un cadre procédural qui réponde parfaitement aux standards d’une action juridictionnelle. La fin du XIXe siècle connaît donc un mouvement de rationalisation et de mise en ordre du régime procédural du recours pour excès de pouvoir¹.

En ce sens, le Conseil d’Etat clarifie et précise les critères de la décision exécutoire susceptible de recours, et exclut définitivement les simples comportements administratifs du champ du recours. Les critères de l’intérêt à agir² sont précisés et restreints pour éviter de faire du recours une action populaire³. Par ailleurs, l’effet *erga omnes* de l’annulation pour excès de pouvoir, émergeant à la fin du Second Empire⁴, est confirmé au début de la République⁵. Le contrat n’est plus ni une décision susceptible de recours pour excès de pouvoir, ni la matière d’un moyen d’annulation, et le Conseil d’Etat, soucieux de préserver l’indépendance de l’administration active, se refuse, contrairement à la période précédente, à régler les conséquences pécuniaires de l’annulation⁶, à prononcer des injonctions ou des renvois pour faire ce que de droit⁷. Enfin, le recours pour excès de pouvoir étant conçu comme un procès fait à un acte et non comme un litige entre parties, le ministre qui défend

¹ Louis Imbert, *L’évolution du recours pour excès de pouvoir (1872-1900)*, Dalloz, 1952 ; Pierre Landon, *Histoire abrégé du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, BDP, LGDJ, 1962. François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995 ; et Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002.

² Louis Imbert, *L’évolution du recours pour excès de pouvoir (1872-1900)*, Paris, Dalloz, 1952 ; Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002 ; Cyril Laroche, *Les actes non susceptibles de recours devant le Conseil d’Etat au XIXe siècle*, Thèse, Paris V, 2005.

³ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 449 : « le recours pour excès de pouvoir n’est point une sorte d’action publique, d’action populaire, que chacun ait mission d’exercer en vue de l’intérêt de tous ; nous savons au contraire qu’il ne peut reposer que sur l’intérêt direct et personnel. ».

⁴ Voir les déclarations sans ambiguïtés de Robert (concl. sur CE, 30 juillet 1863, *Didier, Rec.*, p 628) ou de De Belbeuf (concl. sur CE, 15 mai 1869, *Commune de Petite-Synthe, Rec.*, p 470).

⁵ Louis Imbert, *L’évolution du recours pour excès de pouvoir (1872-1900)*, Paris, Dalloz, 1952.

⁶ Par exemple : CE, 29 juin 1883, *Archevêque de Sens, Rec.*, p 597 ; CE, 27 janvier 1899, *Commune de Blanzac, Rec.*, p 55. Voir aussi Jacques Chevallier, *L’élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l’administration active*, Thèse, Paris, LGDJ, 1970, p 277.

⁷ Pour le Second Empire, voir les exemples cités par Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942, p 239 et s. Pour la jurisprudence des débuts de la IIIe République, voir Louis Imbert, *L’évolution du recours pour excès de pouvoir (1872-1900)*, Paris, Dalloz, 1952.

l'acte attaqué n'a pas la qualité d'une partie, ce qui implique notamment que le Conseil d'Etat ne peut pas prononcer de condamnation aux dépens à la charge ou au profit de l'Etat¹.

410. L'influence de Laferrière, bien que tardive, est manifeste sur la question de l'admission de la tierce opposition en matière d'excès de pouvoir. Dans l'arrêt *Ville de Cannes* du 28 avril 1882², le juge perpétue la solution implicite du Second Empire en admettant la recevabilité de la tierce opposition en matière d'excès de pouvoir, transposant la règle de procédure civile, reprise par le décret du 22 juillet 1806, selon laquelle la faculté de former tierce opposition est accordée aux parties qui étaient recevables à intervenir à l'instance. Cette jurisprudence est vivement critiquée dans le *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* au nom d'une exigence de sécurité juridique. En matière civile et de pleine juridiction administrative, la recevabilité de l'intervention est subordonnée à l'existence d'un droit que l'intervenant doit faire valoir dans l'instance. Indirectement, la tierce opposition est donc soumise à la même condition. Mais, remarque Laferrière, seul un *intérêt* suffit pour admettre une intervention en matière d'excès de pouvoir. Aussi, le lien établi entre le droit d'intervention et la tierce opposition n'est pas adapté au contentieux de l'excès de pouvoir car il affaiblit la chose jugée et rend possible la contestation indéfinie des arrêts du Conseil d'Etat³. L'exigence de stabilité juridique impose donc, non pas d'exclure la tierce opposition en excès de pouvoir, mais de disjoindre l'intervention et la tierce opposition en excès de pouvoir pour ne juger recevable que les parties qui peuvent faire valoir un *droit* à l'appui de la tierce opposition. En 1899, dans l'arrêt *Ville d'Avignon*, le Conseil d'Etat adopte une solution qui s'inspire de ce raisonnement si l'on en juge par les longues références au *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* contenues dans les conclusions du commissaire du gouvernement Jagerschmidt⁴. Mais les conséquences en sont radicalisées, car la motivation de l'arrêt suggère que la nature du recours pour excès de pouvoir fait complètement

¹ Louis Imbert, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir (1872-1900)*, Paris, Dalloz, 1952 ; Pierre Landon, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, BDP, LGDJ, 1962, p 17 et s.

² CE, 28 avril 1882, *Ville de Cannes*, *Rec.*, p 377 : « Considérant que l'arrêté préfectoral du 1^{er} juin 1878 avait été pris sur la demande et dans l'intérêt de la Ville de Cannes ; qu'ainsi ladite ville avait qualité pour intervenir dans l'instance qui a donné lieu à l'annulation dudit arrêté pour excès de pouvoir ; que dès lors la requête [en tierce opposition] est recevable. »

³ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 538 : « La base du droit de tierce opposition faisant défaut quand on ne peut invoquer qu'un intérêt, il en résulte que l'étendue donnée au droit d'intervention en matière d'excès de pouvoir ne peut pas réagir sur la tierce opposition, et en modifier les conditions essentielles. S'il en était autrement, il n'y aurait presque pas d'arrêt prononçant une annulation pour excès de pouvoir qui ne pût être remis en question par une tierce opposition, car il n'y a presque pas d'acte administratifs au sort desquels quelque tiers ne puisse se dire intéressé. »

⁴ CE, 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon*, *Rec.*, p 719, concl. Jagerschmidt.

obstacle à l'exercice de la tierce opposition¹. Ce n'est qu'avec l'arrêt *Boussuge* de 1912 que la tierce opposition est admise en excès de pouvoir lorsque le justiciable peut faire valoir un droit subjectif et non un simple intérêt².

411. Perceptible à propos de la tierce-opposition, le poids des positions de Laferrière ne doit pas être surestimé. Par exemple, il n'a été qu'imparfaitement suivi par la doctrine et la jurisprudence dans son effort de distinction, au sein du contentieux de l'annulation, entre le recours pour excès de pouvoir, qui concerne les actes des administrateurs actifs, et le recours en cassation portant sur les décisions juridictionnelles rendues en dernier ressort³. Alors que la distinction entre l'acte administratif et l'acte juridictionnel est de plus en plus claire depuis l'impulsion donnée par Bouchené-Lefer dans les années 1860, la séparation précise de l'excès de pouvoir et de la cassation n'est pas réalisée. Après 1872, la majorité des auteurs reproduit ainsi les présentations héritées du Second Empire en confondant largement les deux voies de droit. Même la parution du *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* en 1888 ne clarifie pas la doctrine, et il faut attendre le début du XXe siècle pour que la distinction excès de pouvoir/cassation devienne la représentation doctrinale commune⁴.

Mais au sein du Conseil d'Etat, quelques signes attestent d'une prise de conscience plus grande que sous le Second Empire de la différence entre le recours pour excès de pouvoir et la cassation. Certains commissaires du gouvernement expriment ainsi clairement la distinction⁵. Cependant, comme l'a établi Gustave Peiser, le Conseil d'Etat ne distingue pas les deux formes de

¹ CE, 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon, Rec.*, p 719 : « Considérant que la voie de la tierce opposition est ouverte seulement aux parties contre les décisions qui préjudicient à leurs droits et lors desquelles ni elles, ni ceux qu'elles représentent, n'ont été appelées ; considérant que les instances engagées par application des dispositions des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 n'ont pas le caractère de litiges entre parties ; que, si le Conseil d'Etat peut admettre les personnes, qui se prévalent d'un intérêt au maintien des actes de puissance publique attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir, à lui présenter leurs observations avant le jugement de ces instances, la circonstance que les intéressés n'auraient pas usé de cette faculté ne peut leur ouvrir la voie de la tierce opposition pour remettre en discussion des décisions d'annulation rendues définitivement par le Conseil d'Etat à l'égard de tous ».

² CE, 20 novembre 1912, *Boussuge, S.*, 1914, III, p 33, note Hauriou.

³ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 364 et 549 et s. Voir aussi Pascale Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, BDP, n°190, LGDJ, 1997, p 154 et s.

⁴ Gustave Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel*, Thèse, Nancy, 1957, p 88 et s et p 128.

⁵ Voir concl. Chante-Grellet sur CE, 13 novembre 1885, *Passerat de La Chapelle, Rec.*, p 836 ; et surtout concl. Jagerschmidt sur CE, 23 mai 1890, *Préfet de l'Isère ès qualité c/ Société du pont de Condrieu, Rec.*, p 529 : « Le recours dont vous êtes saisis est un recours pour excès de pouvoirs stricto sensu pour vice de forme, recours que la doctrine qualifie quelquefois, même en matière administrative, de recours en cassation, lorsqu'il est dirigé contre une décision juridictionnelle, afin de la distinguer du recours pour excès de pouvoir lato sensu qui existe contre les actes d'autorités administratives ne faisant pas office de juridiction. ».

recours dans ses arrêts avant le début de la Première Guerre mondiale¹, de sorte que jusqu'à cette époque, la séparation de l'excès de pouvoir et de la cassation n'a pas d'existence explicite et « officielle » en jurisprudence. Pourtant, une certaine différenciation pratique et non formulée a lieu à partir de 1872. Ainsi, le détournement de pouvoir n'est pas admis contre des décisions juridictionnelles, pas plus que l'erreur de fait ; quant à la violation de la loi, elle n'est admise en cassation, contrairement à l'excès de pouvoir, que dans l'hypothèse où la loi l'a prévue. Par ailleurs, l'intérêt à agir est plus restreint en cassation qu'en excès de pouvoir, et l'annulation n'est jamais dotée d'un effet *erga omnes* lorsqu'elle concerne une décision juridictionnelle².

412. Si l'influence de Laferrière doit donc être nuancée, elle n'en est pas moins réelle. Son étude est utile car elle éclaire l'impact sur la jurisprudence de la crise des fonctions politiques de l'excès de pouvoir ouverte par l'instauration de la République et exprimée en doctrine par Edouard Laferrière. Dans les développements qui suivent, il ne sera pas question de passer en revue tous les aspects du régime procédural du recours pour excès de pouvoir, mais simplement d'aborder deux exemples significatifs. Nous nous attarderons donc sur la question de l'exception de recours parallèle (§1.) et sur la jurisprudence *Bansais* (§2.).

§1. – L'exemple de l'exception de recours parallèle.

413. A la fin du Second Empire, le Conseil d'Etat oppose de plus en plus l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir en se fondant sur l'existence d'une autre voie de droit que le requérant peut exercer. Comme le remarque Raymond Guillien³, la motivation de cette *exception de recours parallèle* est toute pragmatique : il s'agit d'éviter l'augmentation du nombre des recours pour excès de pouvoir, qui s'accélère en effet dans la seconde moitié de l'Empire, surtout après le décret du 2 novembre 1864, sans toutefois submerger le Conseil d'Etat⁴. Il est vrai que le recours bénéficie d'une forte attractivité : presque gratuit, soumis à fort peu de formalités, mettant en œuvre un contrôle exigeant de l'action administrative selon les standards de l'époque, le juge administratif

¹ Gustave Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel*, Thèse, Nancy, 1957, p 125 et s.

² Gustave Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel*, Thèse, Nancy, 1957, p 93 et s.

³ Raymond Guillien, *L'exception de recours parallèle*, Sirey, 1934.

⁴ Voir *Le Conseil d'Etat. Son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, éd du CNRS. Cet ouvrage rapporte, pour la période 1852-1860 : 210 recours pour excès de pouvoir pour 9053 recours au total (2,3%) ; pour la période 1861-1865 : 298 recours pour excès de pouvoir pour 5786 recours au total (5,1%) ; pour la période 1866 à 1870 : 303 recours pour excès de pouvoir pour 5493 recours au total (5,5%). La progression est donc notoire sans être spectaculaire.

craint que les administrés n'en viennent à formuler tous leurs litiges avec l'administration dans les termes de l'excès de pouvoir.

D'où l'idée du caractère *subsidaire* du recours, qui permet de freiner les potentialités d'expansion démesurée du contentieux de l'annulation. Cette préoccupation est parfaitement formulée par Aucoc à l'occasion de l'affaire *Couder et autres* jugée en 1868 : « *Messieurs, il est remarquable que, depuis un certain nombre d'années, la confiance des justiciables dans les lumières et l'impartialité du Conseil d'Etat délibérant au contentieux n'a cessé de s'affermir et de se développer, et que le nombre de pourvois formés devant vous pour excès de pouvoirs, en vertu de la loi des 7-14 octobre 1790, s'est constamment accru. Cette confiance est même devenue une cause d'embarras pour le Conseil, parce que les parties, en vue d'obtenir directement de l'Empereur, en Conseil d'Etat, une décision dont elles espéraient, à bon droit, que la justice égalerait la haute autorité, ont cherché à donner à toutes les réclamations élevées à propos des actes de l'administration le caractère d'un recours pour excès de pouvoirs. Le Conseil d'Etat ne peut pas cependant accepter qu'on lui constitue ainsi une juridiction universelle aux dépens de toutes les autres juridictions de l'ordre administratif et judiciaire.* »¹.

Guidé par cette préoccupation gestionnaire, le juge administratif du Second Empire développe l'exception de recours parallèle. Dès qu'un administré peut obtenir un résultat équivalent ou similaire à une annulation pour excès de pouvoir devant une autre juridiction, le recours pour excès de pouvoir lui est fermé. Ainsi, en matière de contributions indirectes, le Conseil d'Etat renvoie devant le juge judiciaire les requérants qui contestent les actes administratifs fixant le montant de l'impôt dû². De même, il invite les administrés à s'adresser au conseil de préfecture pour contester la légalité des actes réglementaires en matière d'impôts directs. L'exception trouve aussi à s'appliquer en matière d'actes de tutelle³. Par ailleurs, l'existence d'un recours parallèle est opposée non seulement lorsqu'existe un recours par voie *d'action*, mais aussi en présence d'un moyen de contestation par voie *d'exception*. Cette position est principalement illustrée par le contentieux des arrêtés de police administrative. L'arrêt inaugural de 1862⁴ ferme la voie de l'excès de pouvoir à un requérant qui peut contester la légalité de la mesure de police devant le juge répressif à l'occasion du jugement de la contravention qu'il aura commise. La faculté accordée au juge judiciaire par l'article 471§15 du Code pénal d'apprécier la légalité des arrêtés de police est donc considérée par le Conseil

¹ Concl. Aucoc sur CE, 20 février 1868, *Couder et autres*, S., 1868, III, p 94.

² CE, 19 mai 1865, *Barthélémy*, Rec., p 537 ; CE, 28 février 1866, *Lavenant*, Rec., p 175.

³ CE, 10 mars 1864, *Jolly*, Rec., p 232.

⁴ CE, 26 décembre 1862, *Larbaud*, Rec., p 863.

d'Etat comme équivalente à une annulation pour excès de pouvoir. Cette jurisprudence est confirmée à plusieurs reprises en 1863¹, 1868² et 1869³.

Si la nouvelle fin de non-recevoir peut être opposée en présence d'une action ou d'une exception, elle ne joue pas en revanche avec un recours administratif. Contrairement à ce qu'avance Pierre Landon⁴ en s'appuyant sur l'arrêt *Boulangers de Montluçon*, le Conseil d'Etat n'oppose pas d'irrecevabilité lorsqu'un recours hiérarchique est disponible. Il est vrai que les motifs de la décision précitée peuvent semer le doute car ils mentionnent à la fois la possibilité de contestation de l'arrêté de police devant le juge judiciaire, mais aussi l'éventualité d'un recours hiérarchique pour mettre en cause la mesure au regard des « règles de bonne administration »⁵. Mais, éclairée par les conclusions du commissaire du gouvernement, cette mention apparaît comme un motif surabondant destiné à répondre à des moyens d'opportunité développés par les requérants.

Sous le Second Empire, l'exception de recours parallèle n'est pas systématiquement appliquée par le Conseil d'Etat, notamment en matière de recours contre des mesures de police administrative⁶. Deux commissaires du gouvernement, Léon Aucoc et de Belbeuf, ont tenté de rendre compte du flottement dans l'application de la condition de recevabilité en introduisant une nuance dans le régime de l'exception de recours parallèle, qui, du reste, n'a jamais été explicitement adoptée par le Conseil d'Etat. Dans des conclusions prononcées en 1868, Aucoc considère que le recours parallèle n'est opposable que dans l'hypothèse où la matière sur laquelle porte le litige relève exclusivement de l'autorité judiciaire, et estime qu'il en est ainsi pour un acte administratif relatif aux droits de réunion et d'association⁷. Dans ses *Conférences*, Aucoc change de critère et explique que l'exception de recours parallèle constitue le principe, mais comporte une exception quand l'excès de pouvoir est grossier ou flagrant⁸. Quant à De Belbeuf, il propose implicitement de

¹ CE, 27 mai 1863, *Avenet, Rec.*, p 445.

² CE, 20 février 1868, *Couder et autres, S.*, 1868, III, p 94, concl. Aucoc.

³ CE, 10 juillet 1869, *Pharmaciens de Strasbourg, Rec.*, p 680, concl. Aucoc ; CE, 4 février 1869, *Boulangers de Montluçon, Rec.*, p 94, concl. De Belbeuf.

⁴ Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942, p 202 et s.

⁵ CE, 4 février 1869, *Boulangers de Montluçon, Rec.*, p 94, concl. De Belbeuf : « considérant qu'en prenant l'arrêté attaqué, portant règlement de la boulangerie, le maire de la ville de Montluçon a agi dans l'exercice des pouvoirs qui lui ont été conférés par les lois des 16-24 août 1790 et 19-22 juillet 1791 ; que si, lors de l'application dudit arrêté, les requérants ne croient pas devoir obtempérer aux dispositions qu'il édicte, c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient d'en connaître, à l'occasion des contraventions commises aux prescriptions dudit arrêté, en tant que les requérants soutiendraient que ces dispositions sont entachées d'illégalité, et à l'autorité administrative dans l'ordre hiérarchique, en tant qu'elles attaqueraient ces dispositions comme contraires aux règles d'une bonne administration ».

⁶ Par exemple : CE, 28 février 1866, *Lavenant, Rec.*, p 175 ; voir aussi Raymond Guillien, *L'exception de recours parallèle*, Sirey, 1934, p 26 et s.

⁷ Concl. Aucoc sur CE, 20 février 1868, *Couder et autres, S.*, 1868, III, p 94.

⁸ Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, tome I, Paris, Dunod, 1869, p 404.

réserver la compétence du juge de l'excès de pouvoir, concurremment à celle du juge judiciaire, lorsque l'administration aura commis un détournement de pouvoir¹.

414. Dans les premières décennies de la République, Laferrière mène une critique de l'exception de recours parallèle sur un double front. D'abord, sans remettre en cause le principe même de cette condition de recevabilité, il en conteste le fondement avancé sous le Second Empire. Une partie de la doctrine justifiait l'exception de recours parallèle par le caractère *subsidaire* du recours, ce dernier étant conçu comme une ressource ultime pour contester les actes administratifs. Pour Laferrière, le fondement approprié dans le cadre d'une justice administrative républicaine doit être le caractère *juridictionnel* du recours pour excès de pouvoir. Dès lors que ce dernier est conçu comme une véritable action en justice, sans fonctions politiques ou d'équité, alors il importe de bien en déterminer le domaine, afin d'éviter que le juge de l'excès de pouvoir ne soit investi « *d'une juridiction presque universelle* » qui bouleverse la répartition des compétences voulue par le législateur ; ce sont ces nouvelles considérations qui justifient désormais l'exception de recours parallèle.

Plus précisément, au couple *principal/subsidaire*, il substitue le couple *annulation/pleine juridiction* pour expliquer l'exception de recours parallèle. A l'intérieur de la catégorie des recours juridictionnels, il y a lieu de privilégier l'action qui apporte la satisfaction la plus grande au requérant. Au sein de ces recours contentieux, l'excès de pouvoir « *répond à l'idée d'annulation, de cassation, abstraction faite de toute décision sur le fond du droit* »². Si un administré dispose d'une action de pleine juridiction, qui assure une protection complète du droit subjectif violé tout en écartant à son égard les effets d'un acte administratif illégal, alors l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir est inutile³. Puisque sous la République, le recours pour excès de pouvoir est juridictionnel et seulement juridictionnel ; puisqu'il n'existe plus de motif politique justifiant qu'un sort particulier soit réservé à cette voie de droit, il n'y a donc plus de raison de lui accorder une portée exorbitante par rapport aux autres recours contentieux. L'exception de recours parallèle se justifie donc essentiellement par la nécessité d'assurer le respect de la répartition des compétences juridictionnelles⁴, mais aussi, précise Laferrière, par le souci d'éviter les contradictions de jugement

¹ Concl. De Belbeuf sur CE, 4 février 1869, *Boulangers de Montluçon, Rec.*, p 94.

² Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 449.

³ Sur la conception de l'exception de recours parallèle de Laferrière, voir Pascale Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, BDP, n°190, LGDJ, 1997, p 200 et s.

⁴ Pascale Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, BDP, n°190, LGDJ, 1997, p 200 et s.

qui pourraient survenir si le recours pour excès de pouvoir était trop souvent ouvert parallèlement à d'autres voies de droit.

Après avoir reformulé les justifications de l'exception de recours parallèle à la lumière de sa théorie du recours pour excès de pouvoir, Laferrière préconise ensuite de mettre de l'ordre dans les solutions consacrées dans les années 1860. En effet, la fin de non-recevoir n'est pas systématiquement opposée par le juge, ce qui témoigne d'un « *relâchement de la doctrine juridique* »¹ contraire à la fois aux exigences de la fonction juridictionnelle et au légitime désir du justiciable de « *solutions fixes et concordantes* ». De même, il disqualifie comme non juridiques les critères réducteurs proposés par Aucoc et De Belbeuf pour atténuer les effets de l'exception de recours parallèle en matière de règlements de police. Enfin, Laferrière juge trop restrictive pour l'administré la jurisprudence opposant l'irrecevabilité lorsqu'un requérant dispose de la faculté de contester une mesure de police par voie d'exception sur le fondement de l'article 471§15 du Code pénal² ; en effet, la contestation par voie d'exception n'est pas un équivalent de l'annulation par voie d'action et oblige inopportunément le justiciable à contrevenir à la loi avant de pouvoir mettre en cause un acte de police illégal.

415. Les conceptions de Laferrière influencent profondément l'évolution de la jurisprudence dans les trois dernières décennies du XIXe siècle. Plusieurs éléments permettent de l'établir : d'abord, son action personnelle et directe, comme commissaire du gouvernement notamment ; ensuite, les modifications constantes et systématiques de la jurisprudence dans le sens des propositions de Laferrière ; enfin, le développement d'un débat doctrinal qui révèle les enjeux politiques de la question de l'exception de recours parallèle et l'importance des idées de Laferrière.

Tout d'abord, l'influence est directe quand Laferrière parvient, en sa qualité de commissaire du gouvernement, à provoquer un revirement de jurisprudence. Dans l'arrêt *Billette* du 20 décembre 1872³, le Conseil d'Etat admet la recevabilité d'une requête dirigée contre un règlement de police, revenant sur la jurisprudence du Second Empire qui aurait sûrement conduit à l'irrecevabilité pour cause de recours parallèle. Or, Laferrière a conclu dans cette affaire et il est raisonnable de penser

¹ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 382.

² CE, 26 décembre 1862, *Larbaud, Rec.*, p 863. CE, 27 mai 1863, *Avenet, Rec.*, p 445. CE, 20 février 1868, *Couder et autres, S.*, 1868, III, p 94, concl. Aucoc. CE, 10 juillet 1869, *Pharmaciens de Strasbourg, Rec.*, p 680, concl. Aucoc ; CE, 4 février 1869, *Boulangers de Montluçon, Rec.*, p 94, concl. De Belbeuf ; Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 450. Voir aussi Olivier Steck, *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire sous la IIIe République*, BDP, n°255, LGDJ, 2007, p 172.

³ CE, 20 décembre 1872, *Billette, S.*, 1874, II, p 222.

que son intervention n'est pas étrangère dans l'adoption de la nouvelle solution, qui devient d'ailleurs la jurisprudence constante, malgré quelques hésitations¹.

L'influence de l'éminent juriste républicain est plus claire encore dans l'arrêt *Dame veuve Regnault*², car le commentateur au *Recueil Lebon* a rapporté le sens des conclusions de Laferrière. Dans cette affaire, ce dernier propose au Conseil d'Etat de modifier sa jurisprudence traditionnelle en opposant une exception de recours parallèle aux recours pour excès de pouvoir dirigés contre les autorisations délivrées par les préfets dans le cadre de la législation sur les établissements incommodes ou insalubres. Depuis le début des années 1850, en effet, le juge administratif accepte de connaître des recours pour excès de pouvoir visant les autorisations accordées aux installations insalubres, alors que l'article 7 du décret du 15 octobre 1810 prévoit que les oppositions à ces autorisations relèvent du conseil de préfecture³. Mais Laferrière fait remarquer que le conseil de préfecture dispose du pouvoir d'annuler l'autorisation, non seulement pour vice de forme, mais aussi pour vice de fond ; de plus, le Conseil d'Etat peut être saisi en appel. Le recours pour excès de pouvoir n'a donc aucune utilité en la matière⁴. Puisque le Conseil d'Etat dispose dorénavant d'un pouvoir propre de juridiction, le recours pour excès de pouvoir est pleinement juridictionnel et il n'est plus possible de prétendre en faire une forme d'action populaire⁵ car la justice administrative républicaine impose la rigueur dans la délimitation du domaine de l'excès de pouvoir. Le juge administratif suit cette argumentation et rejette le recours, tout en renvoyant la requérante vers le conseil de préfecture, à charge d'appel devant le Conseil d'Etat.

Plus généralement, et de manière diffuse, les effets de la doctrine de Laferrière se font sentir pendant toute la fin du XIXe siècle. L'exception de recours parallèle connaît alors un fort développement et est opposée systématiquement dans un nombre important de contentieux⁶. Par

¹ CE, 5 décembre 1873, *Lièvre, Rec.*, p 886 ; CE, 3 décembre 1875, *Clairouin, Rec.*, p 951 ; CE, 19 janvier 1884, *Belleau, Rec.*, p 47 ; CE, 38 mars 1885, *Languellier, Rec.*, p 388 ; CE, 9 avril 1886, *Argellier et autres, Rec.*, p 309. Voir les quelques exceptions rapportées par Cyril Laroche, *Les actes non susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat au XIXe siècle*, Thèse, Paris V, p 187. Pour les hésitations de la jurisprudence, voir aussi Olivier Steck, *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire sous la IIIe République*, BDP, n°255, LGDJ, 2007.

² CE, 14 janvier 1876, *Dame veuve Regnault, Rec.*, p 30, note N. P et note Ed. M.

³ CE, 6 mai 1853, *Perrache, Rec.*, p 500 ; CE, 28 juillet 1859, *Gaz de Saint-Quentin, Rec.*, p 533 ; CE, 17 juillet 1862, *Larnac, Rec.*, p 575.

⁴ Un des commentateurs de l'arrêt reprend et développe les arguments de Laferrière : Ed. M., note sous CE, 14 janvier 1876, *Dame veuve Regnault, Rec.*, p 33.

⁵ Un des commentateurs au *Recueil Lebon* rapporte les propos de Laferrière en ces termes (note N. P., CE, 14 janvier 1876, *Dame veuve Regnault, Rec.*, p 30) : « Il ajoutait que, si la doctrine proposée par lui restreignait la portée que la jurisprudence avait donnée au principe posé dans la loi de 1790 et confirmé par celle du 24 mai 1872, il fallait tenir compte de la nouvelle organisation du Conseil d'Etat qui est devenu une juridiction, et se rappeler le danger des évocations qui enlèvent une cause à ses juges naturels, danger dont l'expérience avait démontré la gravité devant l'ancien Conseil du Roi. »

⁶ Louis Imbert, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir (1872-1900)*, Paris, Dalloz, 1952, p 54 et s.

ailleurs, la jurisprudence en précise et en clarifie les conditions restées imprécises sous le Second Empire.

Ainsi, le Conseil d'Etat exige, pour opposer un recours parallèle, que le justiciable dispose d'une action et pas seulement d'une exception¹. En outre, le recours parallèle doit être juridictionnel et non simplement administratif². Enfin, le recours parallèle doit permettre que l'acte administratif litigieux ne soit pas appliqué à la situation de l'administré, ce qui exclut par exemple les actions en réparation³.

Ainsi constituée, la fin de non-recevoir joue, par exemple, au profit du juge judiciaire ou d'une autre juridiction administrative (principalement le conseil de préfecture), en matière d'installations incommodes et insalubres⁴, de travaux publics⁵, d'imposition⁶, de gestion du domaine⁷, ou encore de contrats⁸. Par ailleurs, le Conseil d'Etat oppose une fin de non-recevoir alors même qu'il est compétent pour connaître d'une requête, mais au titre de la pleine juridiction⁹, traduisant ainsi la distinction de Laferrière entre le contentieux de l'annulation et celui de la pleine juridiction. Cette politique jurisprudentielle est approuvée et synthétisée par Laferrière dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*¹⁰.

¹ Voir la jurisprudence précitée sur la contestation des règlements de police. Voir aussi CE, 16 janvier 1880, *Lefebvre, Rec.*, p 60, concl. Gomel. Le commissaire du gouvernement synthétise clairement les acquis de la jurisprudence des années 1870.

² Ici, le Conseil d'Etat clarifie et consolide une solution sans doute implicite du Second Empire. Voir CE, 16 janvier 1874, *Ville de Lyon, Rec.*, p 53 ; CE, 20 juillet 1883, *Du Lac, Rec.*, p 669. Cependant, lorsque la loi prévoit que le recours administratif est un préalable obligatoire du recours contentieux, alors le juge oppose l'irrecevabilité.

³ CE, 4 août 1876, *Courage du Parc, Rec.*, p 782, à propos d'une affaire de délimitation fluviale.

⁴ Voir l'arrêt précité (CE, 14 janvier 1876, *Dame veuve Regnault, Rec.*, p 30), puis CE, 25 février 1876, *Deboys d'Angers, Gendrin et autres c/ Lesage et cie, Rec.*, p 191 ; CE, 30 janvier 1890, *Commune de Boulogne-sur-Seine, Rec.*, p 53.

⁵ Sont irrecevables les recours pour excès de pouvoir dirigés contre les décisions prises par l'administration envers un concessionnaire de travaux publics (CE, 8 février 1878, *Chemin de fers de Lyon, Rec.*, p 615). De même, le conseil de préfecture est seul compétent pour connaître directement des litiges liés aux servitudes d'utilité publique (CE, 22 février 1895, *Dubourg, Rec.*, p 183).

⁶ En matière d'impositions directes ou indirectes, seul le juge de l'impôt est compétent pour apprécier la légalité des actes réglementaires établissant l'impôt à l'occasion de la contestation des actes individuels de recouvrement. Voir CE, 26 juin 1874, *Lacampagne c/ la chambre syndicale des courtiers interprètes et conducteurs de navires de Bordeaux, Rec.*, p 603, concl. David ; CE, 30 novembre 1877, *De Seré, Rec.*, p 944 ; CE, 10 février 1893, *Bied-Charenton* et 10 mars 1893, *Poisson, S.*, 1894, III, p 129, note Hauriou. Voir aussi Olivier Steck, *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire sous la IIIe République*, BDP, n°255, LGDJ, 2007, p 175 et s.

⁷ CE, 25 avril 1873, *Van-Robais, Rec.*, p 348. En la matière, le juge judiciaire est compétent.

⁸ Avant l'élaboration de la notion d'acte détachable au début du XXe siècle, le Conseil d'Etat oppose l'exception de recours parallèle aux actes qui font partie d'une opération contractuelle, nonobstant leur caractère unilatéral. Voir par exemple CE, 8 mai 1897, *Cimetière, Rec.*, p 345 ; CE, 1^{er} mai 1896, *Compagnie du gaz de Reims, Rec.*, p 353 (le conseil de préfecture est seul compétent pour connaître d'un arrêté préfectoral relatif à un contrat de concession).

⁹ Il en est ainsi en matière de traitement des fonctionnaires (CE, 12 mars 1880, *Daney de Marcillac, Rec.*, p 266) ou encore en matière contractuelle (CE, 22 janvier 1897, *Compagnie générale des omnibus, Rec.*, p 46).

¹⁰ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 444 et s.

416. Le rejet de la théorie des fonctions politiques du recours qui inspire implicitement la jurisprudence est mis en lumière par le débat doctrinal qui se développe autour de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Plusieurs auteurs répliquent aux arguments de Laferrière en s'appuyant sur l'idée de soupape de sûreté. Dans les années 1860 déjà, certains s'étaient opposés au principe même de l'exception de recours parallèle au nom des motifs politiques qui commandent une large ouverture du recours pour excès de pouvoir. C'était l'opinion du commissaire du gouvernement Robert¹ ou du professeur Rozy² par exemple.

Ces critiques sont réactivées à l'occasion de l'arrêt *Dame veuve Regnault*. Dans un commentaire déjà cité³, Paul Collet reprend les doctrines du Second Empire en faisant valoir que le recours pour excès de pouvoir répond à « *une nécessité sociale et à un besoin politique impérieux* », celui de « *protéger le gouvernement contre les conséquences des fautes de ses agents* »⁴. Cette éminente fonction politique ne peut donc s'accommoder de la limitation de la recevabilité que consacre l'exception de recours parallèle : « *comment admettre que cette action, créée dans un but politique supérieur, soit écartée toutes les fois qu'il existe au profit des particuliers une autre voie de recours ? Est-il possible que ce pouvoir souverain de contrôle, que l'on a comparé quelquefois au pouvoir de la Cour de cassation dans l'ordre judiciaire, s'incline devant une autre juridiction, parce que celle-ci pourra donner satisfaction à l'intérêt privé ? / L'intérêt privé n'est que secondaire, quand il s'agit d'excès de pouvoirs. Ce qui est important, c'est d'établir l'unité dans l'interprétation des lois qui règlent et qui limitent les attributions des fonctionnaires ; c'est encore et surtout d'ouvrir une soupape de sûreté à tous les mécontentements et à toutes les colères que*

¹ Concl. Robert sur CE, 30 juillet 1863, *Didier, Rec.*, p 628.

² Voir par exemple l'article du professeur Rozy, « Examen doctrinal de la jurisprudence du Conseil d'Etat », *R.C.L.J.*, 1870, p 97-109, p 103 : « *En matière judiciaire, le recours pour excès de pouvoir est assez rare, parce que le pouvoir du juge, au civil, se meut dans une sphère plus étroite que la puissance de l'administrateur. En matière administrative, au contraire on ne saurait être trop généreux pour laisser les portes ouvertes au recours destiné à réprimer l'arbitraire des mesures réglementaires, prises par les fonctionnaires dont l'action n'est souvent limitée que par des textes bien vagues. Avec les meilleures intentions du monde, un préfet qui, aux termes de l'article 3 de la loi du 28 pluviôse an VIII, est chargé de l'administration d'un département ; un maire qui est chargé, aux termes de l'article 10 de la loi du 18 juillet 1837, de la police municipale, peuvent quelquefois prendre des mesures qui dépassent le terrain de leur activité légale, si vaguement délimitée. Il est donc bon qu'un pouvoir, placé très-haut, soit mis à même d'exercer sur les règlements émanés de ces fonctionnaires une surveillance, qu'il soit aisé de mettre en œuvre. / Au fond, lorsque la loi des 7-14 octobre 1790 concède d'une façon générale de droit de faire arriver jusqu'au roi, en sa qualité de chef suprême de l'administration, toutes les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs, qu'a-t-elle voulu ? Empêcher que l'on ne puisse dire comme on disait, avec une espèce d'accent de désespoir, sous l'ancienne monarchie : Ah ! si le roi savait ! Il faut donc que le chef du pouvoir exécutif ou son Conseil d'Etat soit facilement abordable, sans barrières et sans conditions particulières. / Le même esprit anime le décret du 2 novembre 1864, qui permet aux pourvois pour excès de pouvoir de se produire à la barre du Conseil d'Etat, sans avoir besoin de constitution d'avocat, et sans autres frais que les droits de timbre et d'enregistrement de la requête. »*

³ Voir *supra*, n°389.

⁴ Paul Collet, « Examen doctrinal de la jurisprudence du Conseil d'Etat », *R.C.L.J.*, 1876, tome V, p 225-240, p 233.

provoquent des actes arbitraires. Or nous pouvons affirmer qu'aucune autre voie de recours ne peut atteindre ce double but. »¹. Le maintien d'une large ouverture du recours pour excès de pouvoir est aussi défendu par un des commentateurs de l'arrêt *Dame veuve Regnault* au *Recueil Lebon*, qui avance que l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 a confirmé non seulement la loi des 7-14 octobre 1790, mais aussi toute la jurisprudence du Conseil d'Etat construite sur son fondement. Le juge administratif républicain doit donc assurer la continuité des solutions acquises au cours du XIXe siècle, sans égard pour les théories restrictives que Laferrière déduit de l'instauration de la justice déléguée². Enfin, Anselme Batbie³ se montre réservé face à une évolution jurisprudentielle qui limite l'accès au prétoire du juge de l'excès de pouvoir. Quant à Léon Aucoc, il approuve globalement, bien que de manière prudente et nuancée, la jurisprudence de la fin du XIXe siècle, sans toutefois partager les fondements doctrinaux que Laferrière lui attribue, qui ne correspondent pas à la théorie politique de l'excès de pouvoir du Second Empire⁴.

§2. – *L'exemple de la jurisprudence Bansais.*

417. La jurisprudence *Bansais* de 1881 est au cœur de la crise des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir. Elle suscite une discussion doctrinale opposant notamment Léon Aucoc et Edouard Laferrière, qui poursuivent de la sorte leur confrontation sur la signification de l'excès de pouvoir.

L'arrêt *Bansais* revient sur la jurisprudence *d'Andigné de Resteau* de 1865⁵, par laquelle le Conseil d'Etat jugeait recevable un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision d'un ministre se prononçant sur un recours hiérarchique, quelle que soit la date d'introduction dudit recours hiérarchique contre la décision initiale. Le juge administratif considérait que le ministre s'appropriait la décision initiale ayant fait l'objet d'un recours hiérarchique, de sorte qu'étaient jugées à la fois la décision du ministre mais aussi la décision initiale. De cette manière, le Conseil d'Etat ouvrait une possibilité de contestation perpétuelle des actes administratifs, car il suffisait aux administrés d'exercer un recours hiérarchique pour contourner l'expiration du délai de trois mois prévu par l'article 11 du décret du 22 juillet 1806, auquel le recours pour excès de pouvoir est

¹ Paul Collet, « Examen doctrinal de la jurisprudence du Conseil d'Etat », *R.C.L.J.*, 1876, tome V, p 225-240, p 233.

² Note N. P. sous CE, 14 janvier 1876, *Dame veuve Regnault, Rec.*, p 32.

³ Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome VII, 2^{ème} éd, Cotillon, 1885, p 457.

⁴ Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, tome I, 3^{ème} éd, Dunod, 1885, p 534 et s.

⁵ CE, 9 février 1865, *D'Andigné de Resteau, Rec.*, p 171, concl. L'Hôpital.

soumis. Dans l'affaire *d'Andigné de Resteau* par exemple, le Conseil d'Etat juge recevable une requête dirigée contre une décision du ministre qui confirme une décision préfectorale vieille de cinq ans au moment de l'introduction du recours hiérarchique.

418. L'arrêt *Bansais*¹ rompt avec cette solution en jugeant qu'un recours hiérarchique contre un acte administratif peut valablement être exercé avant le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, mais qu'il doit être formé dans le délai de trois mois fixé par l'article 11 du décret du 22 juillet 1806 pour proroger le délai de recours devant le Conseil d'Etat. La nouvelle règle ne limite pas la faculté pour tout administré de saisir à toute époque le supérieur hiérarchique d'une décision d'un subordonné ; seule l'ouverture d'un recours juridictionnel à la suite d'un recours administratif est encadrée par un délai.

419. La nouvelle jurisprudence est désapprouvée par Léon Aucoc à la faveur d'une interprétation erronée de l'arrêt *Bansais*. En effet, il estime à tort qu'en vertu de cette jurisprudence, le délai de recours devant le Conseil d'Etat contre la décision d'un agent subordonné n'est pas prorogé par la saisine du ministre². Partant de ces fausses prémisses, Aucoc en profite pour développer une défense de la doctrine du ministre-juge qu'il estime protectrice des droits des administrés. En considérant les décisions prises par les ministres sur les recours dirigés contre les actes de leurs subordonnés comme des actes d'administration active, le Conseil d'Etat prive les justiciables des règles libérales relatives à l'activité contentieuse des ministres. Dans le cadre de la théorie du ministre-juge, et à s'en tenir aux règles classiques du contentieux, l'absence d'un texte exprès fixant un délai de recours devrait permettre la contestation de l'acte du subordonné devant le ministre sans condition de délai ; de plus, le ministère d'avocat n'est pas obligatoire devant le ministre ; enfin, la décision du ministre

¹ CE, 13 avril 1881, *Bansais*, *Rec.*, p 431 : « *Considérant que si le sieur et la dame Bansais, au lieu de porter directement leur recours devant le Conseil d'Etat, l'ont préalablement soumis au préfet de la Mayenne et au Ministre de l'intérieur, ce mode de procéder n'a pu avoir pour effet de proroger le délai pendant lequel ils pouvaient se pourvoir contre l'arrêté précité par la voie contentieuse ; considérant en effet que si le recours pour excès de pouvoirs peut être, au gré des parties intéressées, formé directement devant le Conseil d'Etat ou préalablement porté devant le supérieur hiérarchique de l'autorité dont la décision est attaquée, ledit recours ne saurait être affranchi dans ce dernier cas du délai de trois mois qui lui est imposé lorsque le Conseil d'Etat en est directement saisi* ». Régulièrement confirmé par la suite, notamment par CE, 14 janvier 1887, *Société de l'Union des gaz*, *Rec.*, p 43, et la note anonyme.

² Léon Aucoc, « Compte rendu du Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux d'Edouard Laferrière », *R.C.L.J.*, 1887, p 57-64, p 63. En 1885, Aucoc se borne à émettre des réserves sur la jurisprudence *Bansais* ; voir Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, tome I, 3^{ème} éd, Dunod, 1885, p 623 et s. La critique s'approfondit à partir de 1886 ; voir Léon Aucoc, « Du juge ordinaire en matière de contentieux administratif », *Gazette des tribunaux*, 24 décembre 1886.

s'analysant comme un jugement, elle doit être contestable devant le Conseil d'Etat dans les délais de droit commun, et non dans le cadre du mécanisme institué par la jurisprudence *Bansais*¹.

Dans la logique d'Aucoc, l'arrêt *Bansais* met donc en lumière la supériorité de la doctrine du ministre-juge du point de vue des garanties juridiques offertes aux citoyens contre l'administration. Mais, en 1887² puis en 1888³, Laferrière démontre qu'Aucoc méconnaît la portée réelle de l'arrêt. Loin de priver le recours au ministre de toute effectivité, il impose simplement l'exercice du recours hiérarchique à l'intérieur du délai de trois mois pour que le délai de recours contentieux soit prorogé. Admettant son erreur, Aucoc concentre alors sa critique sur les conséquences restrictives de la jurisprudence quant aux possibilités de recours offertes aux administrés⁴. Il s'agit là, estime Aucoc, d'une dérive contraire à l'esprit du recours pour excès de pouvoir : « *Elle est inspirée [la jurisprudence Bansais], on l'a vu, par une tendance restrictive qui n'est pas en harmonie avec l'ensemble de la jurisprudence du Conseil en matière d'excès de pouvoirs* »⁵. Et Léon Aucoc d'imputer la nouvelle inspiration du recours aux idées de Laferrière selon lesquelles l'adaptation de la justice administrative au régime républicain suppose une rigueur plus grande dans la définition des règles de procédure.

420. De fait, Aucoc voit juste sur ce point car la nouvelle règle s'inscrit clairement dans un courant jurisprudentiel visant à assurer une application rigoureuse des délais, seule compatible avec les principes fondamentaux de l'action en justice. L'influence de Laferrière n'est pas douteuse : l'affaire *Bansais* est jugée par une section du contentieux présidée par Laferrière lui-même⁶. De plus, nous avons vu que le commissaire du gouvernement Le Vavasseur de Précourt, qui a conclu dans cette affaire, rejoint son président dans la critique des conceptions du recours pour excès de pouvoir développées sous le Second Empire, et dans l'affirmation du caractère strictement juridictionnel de cette voie de droit⁷.

¹ Léon Aucoc, « Compte rendu du Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux d'Edouard Laferrière », *R.C.L.J.*, 1887, p 57-64, p 63.

² Edouard Laferrière, « Du délai du recours pour excès de pouvoir lorsqu'il est précédé d'un recours au ministre », *R.G.A.*, 1887, p 385-396.

³ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 437 et s.

⁴ Il est suivi dans sa critique par plusieurs de ses collègues. Voir Note anonyme sous CE, 14 janvier 1887, *L'Union des Gaz, Rec.*, p 43 ; Théophile Ducrocq, « Note sur le traité de la juridiction administrative et des recours contentieux », *Revue générale du droit*, 1897, p 461 et s ; Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome I, 7^{ème} éd, Ernest Thorin, 1897, p 42 et s.

⁵ Léon Aucoc, « Compte rendu du Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux d'Edouard Laferrière », *R.C.L.J.*, 1888, p 690-701, p 700.

⁶ Comme le relève Pascale Gonod in, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, BDP, n°190, LGDJ, 1997, p 198.

⁷ Voir *supra*, n°403 ; O. Le Vavasseur de Précourt, « Commentaire du Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, tome II », *R.G.A.*, 1888, tome 32, p 385-393.

Laferrière juge sévèrement les pratiques du Conseil d'Etat impérial en matière de délais de recours. Stimulé par les fonctions politiques dont il est investi sous le Second Empire, il est vrai que le juge de l'excès de pouvoir fixe des règles très souples qui favorisent la contestation des actes de l'administration, mais font droit, dans le même temps, à la préoccupation toute césariste de soutenir la puissance de l'Empereur. Aussi, s'il ne fait pas de doute que le délai de trois mois prévu par l'article 11 du décret du 22 juillet 1806 s'applique au recours, son caractère d'ordre public n'est en revanche pas certain, car le juge oppose rarement la forclusion d'une requête en cas d'expiration du délai¹. De même, avant que le mécanisme de la décision implicite de rejet ne soit définitivement institué en matière de recours hiérarchiques devant le ministre par l'article 7 du décret du 2 novembre 1864, un arrêt *Anglade* du 28 janvier 1864 admet déjà la recevabilité d'une requête dirigée contre le silence d'un préfet à la suite d'une demande de communication des listes électorales d'une circonscription². Toujours à propos du mécanisme des décisions implicites de rejet, le Conseil d'Etat a, par un arrêt *Chabanne* rendu en 1866 sur les conclusions de Léon Aucoc³, interprété l'article 7 du décret du 2 novembre 1864 de manière très extensive en favorisant la contestation des actes administratifs. En vertu de ce dernier texte, une décision implicite de rejet naît à l'issue d'un délai de quatre mois après la saisine du ministre contre une décision d'un de ses subordonnés. Par l'arrêt *Chabanne*, le Conseil d'Etat admet que la décision du subordonné peut être expresse aussi bien que résulter d'un silence. Dès lors, en vertu du décret de 1864, le ministre peut être saisi du silence d'un préfet et le Conseil d'Etat du silence du ministre.

Pour Laferrière, ces solutions ne peuvent être admises car elles relèvent plus de considérations politiques et d'équité que d'exigences juridiques. Il n'est donc pas question d'approuver les doutes émis par certains auteurs sur l'application au recours pour excès de pouvoir du délai de trois mois prévu par l'article 11 du décret du 22 juillet 1806. Ces doutes sont le fruit « *d'une époque où l'on souhaitait, pour des raisons d'ordre politique, une extension presque illimitée du recours pour excès de pouvoir, où on le présentait comme "la soupape de sûreté" du régime existant, et où on allait*

¹ Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942 ; Gustave Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel*, Thèse, Nancy, 1957.

² CE, 28 janvier 1864, *Anglade*, *Rec.*, p 77, concl. Robert. La solution est justifiée par l'exigence d'accès au juge, spécialement importante en matière d'excès de pouvoir : « *Nous n'avons pas l'intention de critiquer l'expédient auquel le sieur Anglade a eu recours pour s'ouvrir les portes du Conseil d'Etat. Les autorités administratives doivent répondre aux réclamations dont elles sont saisies. Les intéressés ont droit à une solution, qu'elle soit favorable ou contraire à leurs prétentions ; l'incertitude est pour eux et pour la marche générale des affaires une cause de trouble et de malaise, et d'ailleurs, il ne saurait appartenir à une autorité inférieure de mettre obstacle, par son silence, à l'exercice des droits de recours que la loi ouvre aux parties devant l'autorité supérieure et spécialement devant l'Empereur, en Conseil d'Etat.* ».

³ CE, 11 janvier 1866, *Chabanne*, *Rec.*, p 21, concl. Aucoc. Voir aussi CE, 6 mars 1869, *Hervé*, *Rec.*, p 215.

jusqu'à le comparer au droit de pétition. »¹. Sous la République, ces appréciations sont intenable ; au nom de la rigueur procédurale et de l'égalité devant la loi, le recours pour excès de pouvoir doit être soumis à un délai fixe et clair. Laferrière constate d'ailleurs que « *depuis qu'il statue comme juridiction souveraine en vertu de la loi de 1872, il [le Conseil d'Etat] hésite davantage à laisser les parties exercer devant lui un recours périmé. Il pourrait d'ailleurs y avoir un certain danger d'arbitraire, si des recours reconnus tardifs étaient ou non l'objet d'une décision au fond, selon les circonstances ou selon les parties en cause.* »². Quant à la jurisprudence *Chabanne*, elle n'est pas conforme au texte du décret de 1864, qui mentionne des *actes exprès* et non des *abstentions* des autorités subordonnées dont la contestation devant le ministre peut faire naître une décision implicite de rejet. Plus grave, la jurisprudence *Chabanne* résulte de desseins politiques qui n'ont plus lieu d'être sous un régime républicain et provoque un accroissement de l'insécurité juridique, car le Conseil d'Etat du Second Empire n'a prévu aucun délai à l'expiration duquel le silence d'une autorité subordonnée doit être considéré comme une décision implicite de rejet³. Les conséquences de la théorie impériale de l'excès de pouvoir font donc planer le spectre de la contestation perpétuelle des actes administratifs.

421. Enfin, la jurisprudence *d'Andigné de Resteau* de 1865 est elle aussi condamnée : « *Au point de vue juridique, ce système cause quelque surprise. Mais on le comprend mieux lorsqu'on fait la part des préoccupations d'ordre politique qui ont souvent exercé leur influence sur la jurisprudence de l'époque.* ». Et Laferrière poursuit en citant les passages célèbres des conclusions d'Aucoc sur l'arrêt *Bizet* et de Robert sur l'arrêt *Académie des Beaux-Arts*. Cette appréciation concorde d'ailleurs avec les justifications apportées par le commissaire du gouvernement l'Hôpital à l'occasion de l'affaire *d'Andigné de Resteau* : l'Hôpital rappelle explicitement dans ses conclusions la portée politique du recours pour excès de pouvoir, suggérant implicitement qu'il s'agit d'un élément justifiant une large ouverture du prétoire du juge, ouverture d'autant plus nécessaire que l'affaire concerne le contentieux de la délimitation des cours d'eaux dans lequel le Conseil d'Etat se veut un protecteur particulièrement attentif du droit de propriété.

Compte tenu de sa signification idéologique, la jurisprudence *d'Andigné de Resteau* ne peut être maintenue dans un Etat républicain. Laferrière approuve donc l'arrêt *Bansais* comme un retour bienvenu aux principes fondamentaux d'une justice administrative démocratique : « *c'est que la*

¹ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 422.

² Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 422.

³ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 402.

procédure administrative, avec ses règles strictes ses délais et ses déchéances, devait mal se concilier avec l'idée d'un recours au chef de l'Etat exerçant une de ses plus précieuses prérogatives. Cette procédure devait paraître importune, presque irrespectueuse, quand elle prétendait limiter, par de froids calculs de délais, l'action personnelle du souverain, et lui interdire des décisions capables d'alléger sa responsabilité constitutionnelle. [...] Mais n'était-il pas naturel aussi que la procédure reprît ses droits devant un Conseil d'Etat investi d'une juridiction propre, tenu d'observer les règles fondamentales qui s'imposent aux juges et n'ayant plus, grâce au changement survenus dans les institutions politiques, la préoccupation de remédier à l'insuffisance des libertés publiques au moyen de recours contentieux élargis outre mesure ? »¹. Au cours du débat avec Aucoc, l'éminent juriste républicain précise sa pensée selon trois axes.

D'abord, il contredit Aucoc qui voit dans l'arrêt *Bansais* une négation de la doctrine du ministre-juge. Pour Laferrière, la logique de la jurisprudence *Bansais* n'a rien à voir avec celle du ministre-juge, qui est d'ailleurs une théorie inadmissible. Il n'est pas possible de soutenir comme Aucoc que les décisions du ministre prises spontanément sont purement administratives, alors que celles qui sont prises sur réclamation d'un administré contre un acte d'un subordonné créent un litige qui transforme la décision ministérielle en jugement². S'y opposent à la fois une saine distinction entre les actes administratifs et juridictionnels, et les développements de la jurisprudence qui ne confirment pas les vues d'Aucoc. Par ailleurs, si les décisions des ministres étaient des jugements, alors l'exigence d'un délai pour encadrer la contestation des décisions déferées aux ministres s'imposerait d'autant plus en vertu des principes généraux qui s'appliquent aux décisions juridictionnelles³. C'est d'ailleurs l'argumentation développée par le commissaire du gouvernement Le Vavasseur de Précourt à l'occasion de l'affaire *Bansais*. S'appuyant sur la définition d'Aucoc des décisions ministérielles contentieuses comme celles rendues à l'occasion de la contestation d'un acte d'un subordonné, il considère que leur soumission au délai de droit commun de l'article 11 du décret du 22 juillet 1806 doit être systématique⁴. Dans cette perspective, pour Le Vavasseur de Précourt, la décision du ministre sur recours contre un acte d'un subordonné est « mixte », à la fois administrative et juridictionnelle ; administrative, en ce que le ministre peut toujours être saisi à toute époque d'un recours hiérarchique contre un acte d'un subordonné ; juridictionnelle, car si l'administré entend poursuivre la procédure par un recours pour excès de pouvoir, alors les règles de

¹ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 433.

² Voir *supra*, n°339. Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 439 et s ; Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Thèse, Paris, LGDJ, 1970, p 220 et s.

³ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 440.

⁴ Concl. Le Vavasseur de Précourt sur CE, 13 avril 1881, *Bansais, Rec.*, p 431.

délai propres au contentieux doivent être respectées par une saisine du ministre dans les trois mois de la décision initiale contestée.

Le deuxième axe de l'argumentation de Laferrière consiste à souligner la nécessité des délais en matière de recours juridictionnels. Nous avons vu que chez Laferrière, le respect des techniques juridiques propres à la fonction juridictionnelle s'impose avec force pour rompre nettement avec les pratiques qui pourraient laisser penser que le recours pour excès de pouvoir garde les aspects hiérarchiques et politiques qui le caractérisaient sous le Second Empire : « *Nous avons cru devoir insister sur cette question, plus peut-être qu'il n'en était nécessaire, parce que, sous les apparences d'une question de procédure, elle touche, comme on a pu le voir, à des principes essentiels de droit administratif. Nous avons également à cœur de défendre une jurisprudence qui répond à des nécessités d'ordre administratif et juridique, et qui ne fait, en somme, qu'appliquer le vieil adage : leges vigilantibus succurrunt non dormientibus.* »¹. Dans cette logique, la question du délai dépasse donc le problème de la doctrine du ministre-juge. Plus largement, le respect du délai est le signe de la juridictionnalisation du recours pour excès de pouvoir, de sa valeur technique et, en conséquence, de son adaptation au régime républicain.

Enfin, dernier axe de l'argumentation de Laferrière, la jurisprudence *Bansais* est la traduction d'une exigence de sécurité juridique qui commande de ne pas permettre la contestation perpétuelle et indéfinie des décisions administratives : « *Remarquons en terminant que cette nécessité d'un délai, qui domine la controverse, qui s'impose à l'attention de tous comme une condition absolue de sécurité pour les tiers aussi bien que pour l'administration, est entièrement passée sous silence par les partisans du système que nous réclamons. Ils ne proposent aucun délai, pas même celui de trente ans. Est-ce un bon moyen de résoudre des difficultés aussi sérieuses que de paraître ne pas les apercevoir ?* »². Puisque sont en jeu la stabilité des situations individuelles et la sérénité du travail administratif, peu importent les arguments qu'Aucoc³ et d'autres auteurs⁴ tirent de l'absence de prévision expresse par la loi ou le règlement de la déchéance consacrée par l'arrêt *Bansais*.

¹ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 441.

² Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 441.

³ Léon Aucoc, « Compte rendu du Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux d'Edouard Laferrière », *R.C.L.J.*, 1888, p 690-701.

⁴ Note anonyme sous CE, 13 avril 1881, *Bansais*, *D.P.*, 1882, III, p 49 ; note anonyme sous CE, 14 janvier 1887, *L'Union des Gaz*, *Rec.*, p 43 ; Gautier, note sous CE, 13 avril 1881, *Bansais*, *R.C.L.J.*, 1882, p 14 ; Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome I, 7^{ème} éd, Ernest Thorin, 1897, p 42 et s.

Section II. – Les progrès limités de la violation de la loi et du contrôle des motifs à la fin du XIXe siècle.

422. La promotion du recours pour excès de pouvoir sous le Second Empire explique en grande partie l'approfondissement général du contrôle du juge de l'excès de pouvoir dans les années 1860. En effet, le recours est mis en avant par le pouvoir, les décisions du Conseil d'Etat bénéficient du soutien de la légitimité de l'Empereur par le biais de la justice retenue, et les membres de la juridiction administrative relayent parfaitement la volonté de développer le recours, comme en témoignent les écrits et déclarations d'Aucoc et de ses collègues évoqués plus haut. La théorie des fonctions politiques de l'excès de pouvoir stimule l'audace du contrôle juridictionnel, relativisant la traditionnelle autonomie de l'administration active. Cela se traduit par l'apparition du détournement de pouvoir comme nouveau cas d'ouverture et par le développement d'une sanction implicite de la violation de la loi.

423. Ceci dit, l'incompétence demeure la matrice de l'excès de pouvoir. Classiquement, elle permet de sanctionner l'empiètement d'une autorité administrative sur les attributions du juge judiciaire¹, du législateur², ou d'une autre autorité administrative³. Le vice de forme, sanctionné depuis la Monarchie de Juillet, n'a pas de véritable autonomie et trouve sa source dans l'incompétence, au moins dans les premières années du Second Empire. Dans des conclusions sur un arrêt *Baril* de 1856, le commissaire du gouvernement de Lavenay explicite la position du Conseil d'Etat : pour être sanctionné au titre de l'excès de pouvoir, un vice de forme doit être suffisamment grave pour constituer une incompétence⁴. Ces prémisses justifient la distinction implicitement mise en œuvre par le Conseil d'Etat entre les formes non-substantielles et les formes substantielles, ces dernières étant seules sanctionnées par le juge⁵.

424. Le détournement de pouvoir représente l'apport le plus novateur du Second Empire s'agissant des cas d'ouverture. Il reçoit un début de théorisation à la fin des années 1860 grâce à Léon Aucoc⁶.

¹ Par exemple : CE, 27 novembre 1856, *Simoni, Rec.*, p 657.

² Par exemple : CE, 9 mai 1866, *Rouillon, Rec.*, p 466 ; CE, 31 août 1861, *Appay, Rec.*, p 785, concl. Robert.

³ Par exemple : CE, 30 mars 1867, *Leneveu, Rec.*, p 316 ; CE, 1^{er} décembre 1859, *Bonnard, S.*, 1860, II, p 395.

⁴ Concl. De Lavenay sur CE, 6 mars 1856, *Baril, Rec.*, p 178. Dans cette affaire, l'acte atteint de vice de forme est considéré comme un jugement, puisque la décision attaquée émane d'un conseil de révision. Cependant, il ne fait pas de doute que la distinction entre formes substantielles et non substantielles s'applique aussi aux actes des administrateurs actifs.

⁵ Par exemple : CE, 22 décembre 1853, *Taillet, Rec.*, p 1093 ; CE, 23 janvier 1864, *Petit-Colas, Rec.*, p 51, concl. Robert ; CE, 10 février 1869, *Commune de Tromarey, Rec.*, p 137, concl. Aucoc.

⁶ Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, tome I, Paris, Dunod, 1869 ; Léon Aucoc, *Des recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'Etat*, Paris, 1878, p 40.

Selon le conseiller d'Etat, le détournement de pouvoir permet de sanctionner une autorité administrative qui a usé de son pouvoir discrétionnaire pour des cas et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué. L'existence du nouveau cas d'ouverture est certaine à compter de l'arrêt *Lesbats* du 25 février 1864¹, car à l'occasion de cette affaire, le commissaire du gouvernement l'Hôpital explicite clairement la logique et l'esprit du détournement de pouvoir. Cependant, la naissance du nouveau vice n'est pas soudaine, et quelques décisions antérieures mettent en œuvre implicitement le raisonnement propre au détournement de pouvoir, attestant que le Conseil d'Etat a préparé son innovation². Il faut d'ailleurs distinguer, s'agissant de l'apparition du nouveau cas d'ouverture, entre les différentes formes de détournement de pouvoir. Ce dernier peut en effet résulter de la poursuite par une autorité administrative d'un intérêt privé totalement étranger à l'intérêt général qui doit guider l'action de la puissance publique ; il semble que cette hypothèse apparait dès le milieu des années 1850³. Par ailleurs, le détournement de pouvoir est aussi constitué quand un intérêt public est bien poursuivi, mais que cet intérêt public n'est pas celui sur lequel l'administration doit veiller dans le cadre de la loi qui attribue et organise la compétence qu'elle exerce. Cette dernière hypothèse est celle de l'arrêt *Lesbats*, dans lequel un préfet avait employé son pouvoir de police des gares ferroviaires, non pas en vue de préserver l'ordre public et la commodité du stationnement, mais pour organiser un service public en créant un monopole en faveur d'une compagnie de voiturier qui bénéficiait seule du droit de stationner ses véhicules dans la gare. Comme l'explique L'Hôpital, l'affaire met bien en présence deux intérêts publics : d'un côté, l'intérêt de l'ordre public qui doit être satisfait par le biais des pouvoirs de police administrative ; de l'autre, l'intérêt de l'organisation du service public du transport des voyageurs à la sortie de la gare. Mais le préfet ne peut, sous prétexte de poursuivre un intérêt public, faire usage de la compétence de son choix. Si le législateur a défini des catégories différentes d'intérêts publics qui doivent être satisfaits par des compétences spécialement déterminées et des procédures spécifiques, alors l'administration doit scrupuleusement suivre ces différents « canaux » de la puissance publique tracés par le législateur. Du point de vue doctrinal, la nouvelle jurisprudence est spectaculaire, car elle dote d'une sanction juridictionnelle une certaine conception des fonctions juridiques de l'Etat fondée sur la distinction des missions au sein de la puissance publique. Au travers du détournement de pouvoir, prévaut l'idée que la puissance publique n'est pas un pur et

¹ CE, 25 février 1864, *Lesbats*, *Rec.*, p 209, concl. l'Hôpital. C'est l'arrêt retenu par Aucoc comme point de départ du nouveau cas d'ouverture : Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, tome I, Paris, Dunod, 1869.

² Sont classiquement cités l'arrêt *Bourgeois* du 30 avril 1863, *S.*, 1863, II, p 183 (c'est la décision inaugurale citée par Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, p 165), et *Vernes* du 19 mai 1858, *Rec.*, p 399.

³ CE, 24 janvier 1856, *Canal de la Durançole*, *Rec.*, p 69. Voir aussi les arrêts cités par Cyril Laroche, *Les actes insusceptibles de recours devant le Conseil d'Etat au XIXe siècle*, Thèse, Paris V, 2005, p 41.

simple pouvoir de volonté, indifférencié et monolithique. Au contraire, elle connaît des manifestations différentes et coordonnées, qui ne peuvent être confondues. Toutefois, dans le cadre du Second Empire, ces aspects sont probablement moins importants que la dimension de moralisation de l'exercice des compétences¹. En effet, l'essentiel de la politique jurisprudentielle consécutive à l'arrêt *Lesbats* consiste, à travers la notion de détournement de pouvoir, à sanctionner l'usage expansionniste et inconsidéré de leur pouvoir de police par les préfets². Dans la droite ligne de la théorie politique de l'excès de pouvoir, il s'agit de canaliser l'action administrative en sanctionnant les errements les plus grossiers et en favorisant un usage modéré et réglé de la puissance publique. Nul doute que maintenir le pouvoir de police des préfets dans ses frontières légales participe de ce souci. Le détournement de pouvoir consacre enfin un progrès car il implique un certain contrôle des motifs de l'administrateur. En effet, pour déterminer si une autorité a bien eu en vue la préservation de l'ordre public en exerçant son pouvoir de police, il faut nécessairement examiner le but poursuivi par l'administrateur et les motifs qui fondent la décision. Le nouveau cas d'ouverture marque donc un approfondissement du contrôle juridictionnel.

425. Aux cotés du détournement de pouvoir, la violation de la loi fait son apparition dans le cadre du recours pour excès de pouvoir impérial. Mais le progrès doit être nuancé, car il comporte deux importantes limites.

La première est d'ordre méthodologique. Ainsi, le développement de la sanction de la violation de la loi est fondamentalement implicite et intervient dans le cadre de la notion d'incompétence *ratione materiae*. La violation de la loi n'est pas un cas d'ouverture autonome et demeure une notion éclatée, sans unité et dépendante de l'incompétence. L'émergence d'une nouvelle forme d'excès de pouvoir ne suscite ainsi, au sein de la juridiction administrative et dans la doctrine, ni changement profond de la conception du recours, ni reformulation de la grammaire des techniques de contrôle du juge. Par ailleurs, alors que le détournement de pouvoir et la violation de la loi entraînent le juge de l'excès de pouvoir sur le terrain du contrôle des motifs de droit et de fait, ni le juge, ni les auteurs ne formulent rationnellement cette nouveauté en la mettant en rapport avec

¹ Voir Roger Vidal, « L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », *R.D.P.*, 1952, p 275-316 ; Christelle Ballandras-Rozet, « Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir », *A.J.D.A.*, 2007, p 2236-2242. Cette dimension moralisatrice a aussi été vue par Maurice Hauriou et son élève Henri Welter ; voir note Hauriou sous CE, 16 novembre 1900, *Maugras, S.*, 1901, III, p 57 ; Henri Welter, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative. Etude de doctrine et de jurisprudence*, Thèse, Librairie du Recueil Sirey, 1929.

² Ainsi, le détournement de pouvoir n'est pas appliqué à tous les actes discrétionnaires. Ce n'est qu'au début du XXe siècle que le Conseil d'Etat étend sa sanction à la plupart des matières (discipline des fonctionnaires, refus de permission de voirie, déclarations d'utilité publique, par exemple). Sur ce point, voir Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Thèse, Paris, LGDJ, 1970, p 256 et s.

les notions de violation de la loi, de détournement de pouvoir, ou d'acte discrétionnaire. On ne trouvera donc pas, chez les juristes du Second Empire, d'analyse précise des éléments de l'acte administratif, de la notion de motif, des rapports entre les motifs d'un acte administratif et sa légalité, ou une théorie des différentes hypothèses de violation de la loi ; ne sont pas non plus clairement distingués la violation directe de la règle de droit, l'erreur dans l'interprétation du droit, le défaut ou l'illégalité de la base légale, l'erreur de qualification juridique des faits ou encore l'erreur sur la matérialité des faits. Mais dans le cadre de la théorie de l'Etat du Second Empire, un tel inachèvement n'est pas véritablement pathologique. L'Empire n'a pas besoin d'une notion claire, cohérente et objective de la violation de la loi pour que le recours pour excès de pouvoir puisse remplir ses fonctions politiques. Des évolutions pragmatiques, empiriques, s'inscrivant dans le cadre des concepts traditionnels, suffisent au régime de Napoléon III. Cette vision des choses est d'ailleurs étayée par l'analyse de Pierre Landon. Celui-ci interprète en effet les évolutions du recours pour excès de pouvoir sous le Second Empire comme un passage, *à l'intérieur de la logique de l'incompétence*, de la « *théorie du scandale* » à la « *théorie de la régulation* »¹ : alors que l'excès de pouvoir était traditionnellement voué à la sanction des très graves irrégularités commises par les autorités administratives (théorie du scandale), le Conseil d'Etat du Second Empire en vient à inclure dans l'excès de pouvoir toute méconnaissance des devoirs professionnels de l'administrateur, quelle que soit son importance (théorie de la régulation). Mais cette vision des choses reste dans le giron de la notion de compétence et n'implique aucune refonte d'ensemble des techniques de contrôle juridictionnel.

La seconde limite provient de la faible extension du contrôle implicite de la violation de la loi. Celle-ci n'est sanctionnée que dans un nombre limité de contentieux et le contrôle des motifs est peu pratiqué et mal maîtrisé par le Conseil d'Etat. L'examen des motifs représente surtout une pratique empirique plutôt qu'un aspect explicite et clairement formulé des techniques de contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

426. L'inachèvement des techniques du juge de l'excès de pouvoir se perpétue au début de la IIIe République. La crise des fonctions politiques du recours illustrée par le débat Aucoc/Laferrière y est pour beaucoup. L'objectif d'Edouard Laferrière n'est pas d'élaborer pour le recours de nouvelles fonctions politiques adaptées à la philosophie de l'Etat républicain, ni d'accroître la portée du contrôle, mais plutôt de rompre avec l'idée même de fonction politique pour se concentrer sur la mise en ordre et la clarification des aspects techniques du recours. Dans ce contexte, pendant les

¹ Pierre Landon, *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Sirey, 1942, p 93 et s.

trois premières décennies de la République, la conception de la violation de la loi évolue peu et demeure rattachée à la notion d'incompétence pour la majorité des membres de la juridiction administrative et de la doctrine. De plus, l'intensité du contrôle progresse peu, le Conseil d'Etat se bornant à perpétuer les solutions consacrées sous le Second Empire. Finalement, la crise des fonctions politiques de l'excès de pouvoir freine une formulation cohérente de la notion de violation de la loi et entrave l'approfondissement de la limitation du pouvoir discrétionnaire de l'administration¹ ; au début de la IIIe République, il existe une indéniable continuité des techniques de contrôle entre le recours pour excès de pouvoir impérial et le recours pour excès de pouvoir républicain.

Etablir cette continuité suppose d'analyser en premier lieu la conception générale de la violation de la loi partagée par le juge administratif et la doctrine (§ 1.), puis, en second lieu, d'aborder la question décisive du contrôle des motifs (§ 2.). L'étude de ces problèmes permettra de cerner l'état de la réflexion et des techniques juridiques à la fin du XIXe siècle et par suite, de mieux comprendre l'importance de l'apport de la jurisprudence du XXe siècle, dont, nous allons le constater, le contentieux de la police des cultes est un fleuron.

§1. – La violation de la loi et des droits acquis, un cas d'ouverture sans unité et dépendant de l'incompétence.

427. Dans les années 1860, la sanction de la violation de la loi dans le cadre du recours pour excès de pouvoir dispose de fondements divers. Tantôt elle résulte d'une loi qui prévoit un tel contrôle, tantôt c'est le Conseil d'Etat qui en prend l'initiative en développant implicitement cette pratique dans le cadre de l'incompétence *ratione materiae*. Mais ces divers aspects ne sont jamais systématisés et théorisés par le juge ou par la doctrine, de sorte que la violation de la loi est un cas d'ouverture dépendant de l'incompétence, implicite, sans unité et limité à certains contentieux. Cette situation évolue peu au début de la IIIe République, en dépit du notable effort de Laferrière pour construire la violation de la loi et des droits acquis comme un cas d'ouverture autonome. Ce retard est bien peu propice au développement d'un contrôle juridictionnel moderne et efficace.

Le Second Empire donne donc naissance à une sanction implicite de la violation de la loi qui reste fondamentalement éclatée (A.), le droit administratif républicain se bornant à recueillir cet

¹ Par exemple, pour la description de la circonspection du Conseil d'Etat après la loi de 1872 : Olivier Steck, *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire sous la IIIe République*, BDP, n°255, LGDJ, 2007, p 185 et s.

héritage dans les premières années de la République, sans apporter de progrès décisifs en matière de violation de la loi (B.).

A. – La naissance d'une sanction implicite de la violation de la loi sous le Second Empire.

428. Sous le Second Empire, le recours pour excès de pouvoir est ouvert à la fois contre les décisions juridictionnelles et contre les actes des administrateurs actifs. La confusion entre la cassation et l'excès de pouvoir des administrateurs actifs favorise donc l'éclatement de la notion de violation de la loi et ni la doctrine, ni le juge, ne distinguent le moyen selon qu'il porte sur l'une ou l'autre de ces catégories de décisions¹.

429. A l'égard des actes des administrateurs actifs, la sanction de la violation de la loi se développe de manière indirecte par le biais de la notion d'incompétence, ce qui freine l'autonomisation d'un cas d'ouverture spécifique et cohérent de violation de la loi. Le lien entre l'incompétence et la naissance du moyen de la violation de la loi en matière d'excès de pouvoir est aujourd'hui bien établi, à la suite particulièrement des travaux de François Burdeau². Cette interprétation se substitue donc aux anciennes explications qui tentaient de rendre compte de l'apparition du cas d'ouverture de la violation de la loi. Dès le début du XXe siècle, il a été fait justice de la thèse d'Edouard Laferrière, souvent reprise au début du XXe siècle³, d'après laquelle le développement de la violation de la loi aurait été la conséquence directe du décret du 2 novembre 1864, lequel aurait entraîné l'annexion à l'excès de pouvoir d'un recours pour violation de la loi et des droits acquis issu du plein contentieux⁴. De même, il n'est pas non plus possible de soutenir, comme l'a fait André Georjgin, que la violation de la loi devient un cas d'ouverture autonome et bien identifié dès

¹ Il faut nuancer cependant en notant l'effort notoire de Bouchené-Lefer pour distinguer l'acte juridictionnel de l'acte administratif (Bouchené-Lefer, « De la justice administrative », *R.P.D.F.*, 1863, p 354-381 ; « De la distinction entre l'autorité et la juridiction administrative, ou du contentieux et du non-contentieux administratif », *R.P.D.F.*, 1864, p 433-467 ; *R.P.D.F.*, 1865, p 145-183). Mais ce travail doctrinal est marginal dans le droit administratif du Second Empire.

² François Burdeau, « Quand juger l'application de la loi n'est plus administrer (l'arrêt Bizet) », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Grégoire Bigot et Marc Bouvet (dir), Litec, 2006, p 257 et s ; voir aussi Cyril Laroche, *Les actes insusceptibles de recours devant le Conseil d'Etat au XIXe siècle*, Thèse, Paris V, 2005, qui adopte la même interprétation.

³ Voir par exemple : Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, rééd La Mémoire du Droit, 1999 ; et Maurice Hauriou, « Les éléments du contentieux », *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, tome I, p 1-98 ; 1907, p 149-191.

⁴ André Georjgin, *La violation de la loi, cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, Rousseau, 1915, p 211 et s. Et les rappels de François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995, p 176 et s.

le début des années 1850¹. Il y a là une vision des choses beaucoup trop tranchée qui élude le caractère très empirique et indirect de la sanction de la violation de la loi à partir des années 1850.

430. Le développement de la violation de la loi est lent et difficile à retracer. Dès la fin de la Deuxième République, le Conseil d'Etat applique parfois à la question de la violation de la loi le raisonnement qu'il tient en matière de formes : quand la loi a été violée de manière grave et flagrante, alors l'acte attaqué a été pris incompétemment². A partir de la fin des années 1850, le juge de l'excès de pouvoir en vient à considérer que l'erreur de droit – la mauvaise interprétation des conditions de fond auxquelles la loi subordonne l'action administrative –, ou la méconnaissance des droits que la loi reconnaît aux citoyens, peut être sanctionnée par le biais de l'incompétence *ratione materiae*. L'incompétence ne résulte plus alors de l'empiètement d'une autorité sur une autre, mais de l'impossibilité pour quelque organe que se soit d'édicter l'acte incriminé. Au fond, il ne s'agit plus d'un problème de frontière entre compétences, mais d'un problème de respect de conditions légales.

Cet aspect est bien illustré par la comparaison entre les conclusions prononcées par le commissaire du gouvernement Robert dans l'affaire *Appay*³ en 1861, et les conclusions présentées par Aucoc à l'occasion de l'arrêt *Bizet*⁴ en 1867. Dans la première affaire, Robert s'interroge sur la légalité d'un arrêté préfectoral imposant une servitude aux propriétés privées au bénéfice du réseau télégraphique. Pour résoudre le problème, il ne se demande pas si l'acte attaqué a violé le droit de propriété, mais si le préfet était bien compétent pour grever ce droit de servitudes. Après avoir passé en revue des dispositions du Code civil et les textes relatifs au télégraphe, Robert en conclut que seul le législateur peut imposer des charges à la propriété en la matière. Aux yeux du commissaire, le préfet était donc incompétent⁵. Ici, c'est bien d'un conflit de compétence entre deux autorités – l'administration et le législateur – dont il est question.

Dans l'affaire *Bizet* en revanche, Aucoc ne se demande pas si le préfet a empiété sur le domaine du législateur ou d'une autre autorité en refusant un permis de chasse auquel le requérant

¹ André Georgin, *La violation de la loi, cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, Rousseau, 1915, p 211 et s ; pour la critique de cette thèse, voir François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995, p 180 et s ; François Burdeau, « Quand juger l'application de la loi n'est plus administrer (l'arrêt Bizet) », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Grégoire Bigot et Marc Bouvet (dir), Litec, 2006, p 257 et s.

² Voir les arrêts cités par François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995, p 177 et s ; et par André Georgin, *La violation de la loi, cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, Rousseau, 1915, p 265 et s.

³ Concl. Robert sur CE, 31 août 1861, *Appay, Rec.*, p 785.

⁴ Concl. Aucoc sur CE, 13 mars 1867, *Bizet, Rec.*, p 272.

⁵ Finalement, le Conseil d'Etat ne retient pas cette argumentation principale de Robert et confirme l'arrêté préfectoral.

avait le droit. Se plaçant sur le terrain de la compétence *ratione materiae*¹, Aucoc recherche si, en l'espèce, les conditions de fond posées par la loi du 3 mai 1844 pour refuser un permis de chasse ont été respectées par le préfet. Conscient de l'audace de son raisonnement, il s'appuie sur la force symbolique du droit de propriété dont le droit de chasse est un accessoire reconnu par la loi de 1844, pour justifier la nécessité d'un contrôle du respect des conditions posées par la loi: « *Voilà le litige. Or, dans ce litige, il est évident qu'il y a un droit engagé [le droit de chasse]. C'est un droit qui est un accessoire du droit de propriété. Nul n'en peut être privé que dans les cas fixés par la loi.* »². Convaincu, le Conseil d'Etat suit son commissaire du gouvernement et se place sur le terrain du respect des conditions posées par la loi pour rejeter la requête. Ce faisant, le juge ouvre la voie à un certain contrôle des motifs, lourd de menaces pour le pouvoir discrétionnaire de l'administration³.

431. A partir de la fin des années 1850, le juge de l'excès de pouvoir exploite la placticité et la malléabilité de l'idée d'incompétence *ratione materiae* pour sanctionner essentiellement la méconnaissance de droits reconnus par la loi ou par l'administration. Selon l'utile classification de Cyril Laroche, le Conseil d'Etat annule les actes administratifs qui violent des droits protégés concurremment par le juge judiciaire, principalement le droit de propriété et la liberté du commerce et de l'industrie, et à l'égard desquels l'administration n'a reçu aucun pouvoir de réglementation de la loi ou du règlement ; cette hypothèse est proche de celle évoquée par Robert à l'occasion de l'affaire *Appay*⁴. Relève par exemple de cette catégorie le contentieux des arrêtés de police restreignant le droit de propriété ou la libre industrie, dont le développement est toutefois freiné par l'apparition de l'exception de recours parallèle⁵. Par ailleurs, le juge sanctionne les actes qui méconnaissent des droits acquis résultant d'une décision de l'administration accordant un avantage. Enfin, le juge de l'excès de pouvoir peut protéger des droits reconnus par la loi attributive de la

¹ Il n'est pas douteux que le commissaire ne raisonne pas sur le terrain de la violation de la loi puisque dans ses conclusions, il n'inclut explicitement dans l'excès de pouvoir que l'incompétence, le vice de forme et le détournement de pouvoir.

² Concl. Aucoc sur CE, 13 mars 1867, *Bizet, Rec.*, p 272.

³ Concl. Aucoc sur CE, 13 mars 1867, *Bizet, Rec.*, p 272 : « *La loi en effet ne lui [le préfet] a pas donné un pouvoir discrétionnaire. Elle a fixé des catégories. Le préfet pourra-t-il impunément ne pas tenir compte de ces catégories ? En matière de règlement d'eau, si le préfet néglige d'observer les formes dont le législateur a entouré l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, vous admettez qu'il y a un excès de pouvoirs. Et ici, quand le législateur ne s'est pas borné à indiquer des formes à suivre, quand il a établi, au fond, des limites à l'exercice du pouvoir du préfet, vous ne seriez plus compétent pour juger!* ». Voir aussi François Burdeau, « Quand juger l'application de la loi n'est plus administrer (l'arrêt Bizet) », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Grégoire Bigot et Marc Bouvet (dir), Litec, 2006, p 257 et s.

⁴ Lorsque l'administration prend soin de réserver les droits susceptibles d'être invoqués par les destinataires des actes administratifs, il n'y a pas excès de pouvoir. Voir Cyril Laroche, *Les actes insusceptibles de recours devant le Conseil d'Etat au XIXe siècle*, Thèse, Paris V, 2005, p 44.

⁵ CE, 30 juin 1859, *Tripriers de Lyon, Rec.*, p 453 ; CE, 22 septembre 1859, *Corbin, Rec.*, p 653 ; CE, 30 mars 1867, *Leneuve, Rec.*, p 316.

compétence que l'autorité administrative a exercé lorsqu'elle a édicté la décision litigieuse¹. Cette dernière catégorie est illustrée par l'arrêt *Bizet*, car le juge protège le droit de chasser, accessoire du droit de propriété reconnu par la loi du 3 mai 1844 appliquée par le préfet. De même, sont protégés les grades et les titres consacrés comme des droits par la loi du 19 mai 1834², ou encore les droits de propriété industrielle reconnus par la loi du 5 juillet 1844³.

B. – L'apport limité des débuts de la IIIe République aux progrès de la violation de la loi.

432. Comme le relève François Burdeau⁴, les virtualités de l'arrêt *Bizet* n'ont pas été développées à la fin du XIXe siècle. Le raisonnement tenu par Aucoc et adopté par le Conseil d'Etat, consistant à examiner les motifs de l'acte administratif pour vérifier le respect des conditions de fond posées par la loi à l'action administrative, laissait la place à l'émergence d'une notion de violation de la loi autonome vis-à-vis de l'incompétence. L'idée n'était pas inconcevable, comme le montre la proposition de l'avocat aux Conseils Choppin de faire de la violation de la loi un cas d'ouverture autonome et unifié, impliquant le contrôle des motifs de faits : « *Nous croyons être plus près de la vérité en disant simplement que le recours pour excès de pouvoir en matière administrative doit être assimilé au recours en cassation en matière judiciaire, et qu'il faut considérer la violation de la loi, sous quelque forme qu'elle se produise, comme autorisant le recours pour excès de pouvoir. Il y a lieu d'ajouter que, plus libre que la Cour de cassation, le Conseil d'Etat a le droit de vérifier les faits à propos desquels la décision qui lui est déférée a été rendue, et que cette décision peut être annulée quand il résulte de l'appréciation de ces faits à laquelle le Conseil d'Etat se livre que la loi a été violée.* »⁵.

¹ Cyril Laroche, *Les actes insusceptibles de recours devant le Conseil d'Etat au XIXe siècle*, Thèse, Paris V, 2005, p 44.

² Voir les exemples cités par André Georquin, *La violation de la loi, cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, Rousseau, 1915, p 84 et s.

³ CE, 11 avril 1864, *Laville, Rec.*, p 339, concl. Faré. Le contrôle de la violation de la loi ressort clairement des motifs de l'arrêt : « *Considérant qu'aux termes de l'art 3 de la loi du 5 juillet 1844, ci-dessus visée : « ne sont pas susceptibles d'être brevetés 1° les compositions pharmaceutiques, ou remèdes de toute espèce – 2° les plans et combinaisons de crédit ou de finances » ; qu'il suit de là que notre ministre du commerce ne doit pas délivrer de brevets lorsque la demande se rapporte à l'un des objets désignés dans cet article ; mais considérant qu'il résulte de l'instruction que la demande formée par le sieur Laville ne se rapportait pas à l'un de ces objets ; que dès lors, notre ministre du commerce a excédé ses pouvoirs en refusant audit sieur Laville de lui délivrer un brevet conformément à l'art 11 de la loi précitée ».*

⁴ François Burdeau, « Quand juger l'application de la loi n'est plus administrer (l'arrêt *Bizet*) », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Grégoire Bigot et Marc Bouvet (dir), Litec, 2006, p 257 et s.

⁵ Note A. Choppin, S., 1868, II, p 93.

433. Néanmoins, la manière de concevoir la violation de la loi en matière d'excès de pouvoir évolue très peu dans les premières décennies de la République. La violation de la loi par les administrateurs actifs est toujours envisagée comme une modalité de l'incompétence. Toutefois, une certaine prise de conscience de la spécificité de la notion se fait jour et se manifeste principalement par la naissance de l'expression de *violation de la loi et des droits acquis*. Mais cette idée n'introduit au fond aucune nouveauté par rapport au Second Empire, car elle consacre surtout la logique du raisonnement qui a conduit le Conseil d'Etat impérial à étendre la sanction indirecte de la violation de la loi. Cette logique est bien exprimée par l'argumentation de Léon Aucoc à l'occasion de l'affaire *Bizet*. Pour convaincre le Conseil d'Etat de vérifier le respect par le préfet des conditions de fond posées par la loi, Aucoc fait valoir que la décision attaquée porte atteinte à un droit subjectif, en l'espèce le droit de chasse, accessoire du droit de propriété. Et fondamentalement, c'est bien la présence d'un droit subjectif ou d'une liberté considérés comme éminents par le juge administratif (propriété, grades et titres, liberté du commerce et de l'industrie) qui a nourri la dynamique du développement de la sanction de la violation de la loi sous le Second Empire. Le juge administratif républicain se contente de systématiser et de formuler cette logique en liant droit subjectif et moyen de la violation de la loi à travers la notion de *violation de la loi et des droits acquis*.

434. Ensuite, l'apport limité de la III^e République à l'élaboration du cas d'ouverture de la violation de la loi se manifeste par l'inachèvement de la distinction entre la cassation et l'excès de pouvoir de l'administrateur actif. Nous avons précédemment évoqué la lenteur des progrès sur ce point à la fin du XIX^e siècle. S'il existe un début de différenciation implicite dans les pratiques contentieuses, la distinction fondamentale entre excès de pouvoir et cassation n'est pas nettement formulée par le juge et la doctrine¹. Plus important encore pour le sujet qui nous occupe, le « fonctionnement » de la violation de la loi s'avère très complexe dans la mesure où les décisions des administrateurs actifs et les décisions juridictionnelles en dernier ressort ne sont pas traitées de la même manière par le Conseil d'Etat du point de vue de la violation de la loi. Il y a là un frein évident à l'unification de la notion.

¹ Gustave Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel*, Thèse, Nancy, 1957, p 88 et s et p 128. Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 364 et 549 et s. Voir aussi Pascale Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, BDP, n°190, LGDJ, 1997, p 154 et s.

D'abord, lorsque la loi prévoit expressément un recours incluant le contrôle de la violation de la loi contre les décisions d'organes juridictionnels ou administratifs, alors le juge de l'excès de pouvoir accepte de contrôler la violation de la loi¹.

Ensuite, si la loi qualifie certaines décisions de *définitives*, alors le Conseil d'Etat s'interdit d'exercer un contrôle de la violation de la loi. C'est le cas par exemple pour les décisions des conseils de révision qui sont qualifiées de définitives par l'article 25 de la loi du 21 mars 1832². Alors que le caractère définitif justifiait, jusqu'à la Monarchie de Juillet, l'irrecevabilité de tout recours contre les décisions concernées, il n'est plus qu'un obstacle au contrôle de la violation de la loi.

Enfin, la différence de contrôle apparaît en cas de silence de la loi. Dans cette hypothèse, le juge de l'excès de pouvoir, aux termes d'un raisonnement *a contrario*, refuse de contrôler la violation de la loi quand il est saisi d'une décision de justice. Le Conseil d'Etat estime alors que si le législateur a prévu expressément un contrôle de la violation de la loi à l'encontre de certains jugements, cela signifie qu'il exclut qu'un tel contrôle puisse être exercé contre les décisions juridictionnelles pour lesquelles la violation de la loi n'a pas été explicitement mentionnée³. Ce raisonnement n'est pas tenu à l'égard des actes des administrateurs actifs, puisque pour cette catégorie de décisions, le silence du législateur laisse la place à une forme de contrôle de la violation de la loi. Cette manière de raisonner qui admet une application à éclipse du cas d'ouverture introduit évidemment un ferment de confusion dans la notion. Mais la complexité et le caractère restrictif de ces distinctions ne sont pas toujours perçus car la violation de la loi ne jouit d'aucune unité et se développe au sein du cas d'ouverture de l'incompétence.

435. Des tentatives de simplification existent toutefois au sein même de la juridiction administrative des débuts de la III^e République. En ce sens, le commissaire du gouvernement Chante-Grellet tente de convaincre le Conseil d'Etat d'admettre, nonobstant le silence de la loi, le moyen de violation de la loi contre la décision d'une commission scolaire sanctionnant un père pour non respect de l'obligation scolaire. Chante-Grellet explique qu'aux termes de la loi du 28 mars 1882, ces commissions ont une double nature : ce sont à la fois des autorités administratives mais aussi des

¹ S'agissant par exemple d'une juridiction, la loi du 16 septembre 1807 prévoit que les arrêts de la Cour des comptes peuvent faire l'objet d'un recours pour incompétence et violation de la loi. En ce qui concerne les organes administratifs, la loi du 13 juin 1851 permet un recours pour violation de la loi contre les décisions des jurys de révision de la garde nationale de Paris. Pour la reconnaissance du caractère administratif des jurys de révision et de la possibilité d'un contrôle de la violation de la loi, voir CE, 7 mai 1867, *Sallard, Rec.*, p 439, concl. De Belbeuf.

² CE, 22 avril 1865, *Brussant, Rec.*, p 449, concl. Aucoc.

³ Voir Gustave Peiser, *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel*, Thèse, Nancy, 1957, p 107.

organes juridictionnels, dans la mesure où elle peuvent prononcer des peines à l'encontre des parents. Or, contre les décisions juridictionnelles, poursuit le commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat n'a jamais admis le moyen de violation de la loi, qu'il s'agisse de fausse interprétation ou de fausse application¹. Il tente alors de convaincre la juridiction d'accepter ce cas d'ouverture, au nom des « *tendances toujours libérales du Conseil d'Etat* », et de l'exigence d'accès au juge : « *Son but [celui du Conseil d'Etat], en matière d'excès de pouvoirs, n'est-il pas de sauvegarder autant que possible les droits individuels, contre les empiètements et les écarts des autorités administratives ? Qu'y a-t-il d'excèsif à étendre cette protection à certains cas où il y a seulement erreur, si cette erreur porte sur une interprétation de la loi ? L'autre raison qui nous détermine est que c'est le seul moyen de recours possible contre une décision de ce genre. Il n'y a pas d'appel possible contre les décisions des commissions scolaires qui cependant prononcent de véritables peines.* »². C'est sur le fondement de ces arguments que Chante-Grellet propose alors au Conseil d'Etat de renverser sa jurisprudence en interprétant le silence de la loi du 28 mars 1882 sur la question du recours pour violation de la loi comme une autorisation implicite de procéder à ce type de contrôle : « *Est-ce le vœu de la loi que ces autorités soient absolument souveraines et sans contrôle en dehors d'une usurpation manifeste de pouvoirs ? Il est permis d'en douter ; et s'il en est ainsi dans le cas des conseils de révision, c'est que la loi s'en est expliquée formellement. Il n'y a pas de texte en ce qui touche les commissions scolaires, et dire qu'il s'agit simplement d'une autorité paternelle exerçant une juridiction toute spéciale ne nous paraît pas une raison suffisante. L'idée de protection des intérêts particuliers nous paraît ici dominante* »³. Mais ce plaidoyer libéral pour l'accroissement du contrôle du juge de l'excès de pouvoir n'est pas suivi par le Conseil d'Etat, qui juge irrecevable le moyen tiré de la violation de la loi du 28 mars 1882⁴.

Aussi, Laferrière donne-t-il une image fidèle de la jurisprudence de la fin du XIXe siècle lorsqu'il explique que le recours contre les décisions juridictionnelles est possible, alors même que la loi serait silencieuse sur les voies de recours, ou qualifierait les décisions de définitives, mais que le moyen de la violation de la loi n'est pas admis, à moins d'une prévision expresse de la loi⁵.

¹ L'affirmation du commissaire est trop générale. Il cite notamment les arrêts de la Cour des comptes, alors que la loi du 16 septembre 1807 prévoit explicitement l'hypothèse de la violation de la loi.

² Concl. Chante-Grellet sur CE, 13 novembre 1885, *Passerat de La Chapelle, Rec.*, p 836.

³ Concl. Chante-Grellet sur CE, 13 novembre 1885, *Passerat de La Chapelle, Rec.*, p 836.

⁴ CE, 13 novembre 1885, *Passerat de La Chapelle, Rec.*, p 836 : « *Considérant qu'à l'appui de son pourvoi le sieur Passerat de La Chapelle se borne à soutenir qu'il ne se trouvait pas dans un cas de récidive prévu par l'art 13 précité et que, par suite, la décision attaquée a fait une fausse application de la loi du 28 mars 1882 ; mais que le sieur Passerat de La Chapelle n'est pas recevable à déférer pour ce motif au Conseil d'Etat, en vertu des lois des 7-14 octobre 1790 et du 24 mai 1872, la décision ci-dessus visée* ».

⁵ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 550 et s.

436. Le maintien de ces distinctions perpétue le manque d'unité de la notion de violation de la loi. Sa sanction demeure donc largement implicite¹. Elle n'apparaît pas dans les motifs des arrêts et les commissaires du gouvernement l'évoquent peu. Au sein de la juridiction administrative, les conclusions du commissaire du gouvernement Gauwain sur l'arrêt *Lefebvre* de 1887 représentent une des seules prises de position sur la question à la fin du XIXe siècle. Les explications de Gauwain illustrent la continuité avec le Second Empire, dans la mesure où la notion de violation de la loi et des droits acquis est appréhendée par le prisme de l'incompétence.

Dans l'affaire *Lefebvre*, le père d'un jeune étudiant conteste la légalité d'un concours auquel son fils a échoué. Il fait valoir que l'épreuve proposée contenait plusieurs exercices d'arithmétique, alors que le décret réglant le concours ne prévoit qu'un seul problème d'arithmétique. C'est donc la violation de la loi de fond que le requérant invoque en l'espèce. Pour déterminer si le moyen est recevable, Gauwain se lance alors dans une mise au point sur le moyen de violation de la loi et des droits acquis, qu'il importe de citer longuement : *« Il est vrai que dans certains cas vous admettez le recours pour excès de pouvoirs contre les actes qui vous sont déférés, bien que ces actes ne paraissent entachés ni d'incompétence, ni de vice de formes, et qu'on n'allègue contre leur auteur aucun détournement de pouvoirs. Lorsque les riverains de la mer ou d'un fleuve, par exemple, vous défèrent l'acte qui a délimité la mer ou le fleuve au droit de leur propriété, en prétendant qu'il a compris indûment une partie de ces propriétés dans le domaine public, vous ne faites aucune difficulté d'admettre comme recevable les recours qu'ils ont formés. Et cependant, il se peut que les requérants n'invoquent à l'appui de leur pourvoi aucun des trois moyens, pour ainsi dire classiques, sur lesquels se fondent le plus souvent et auxquels viennent aboutir, dans tous les cas, tous les recours pour excès de pouvoirs ! Il peuvent n'invoquer qu'une erreur de fait, prétendre que l'administrateur s'est trompé, qu'il a attribué au fleuve une largeur plus grande que celle que lui a attribuée la nature, et dans ce cas, bien qu'on ne se plaigne de la violation d'aucune loi de compétence ou de procédure, vous annulez l'acte de délimitation, si l'instruction vous amène à reconnaître qu'une erreur de délimitation a réellement été commise. Mais s'il en est ainsi, c'est que la reconnaissance de l'erreur implique en même temps la reconnaissance de l'incompétence de l'agent qui l'a commise ; car s'il appartient à l'autorité administrative de délimiter le domaine public, elle ne peut, sans sortir des limites de ses attributions, étendre ce domaine au dépens des*

¹ Ainsi, ce n'est qu'implicitement que l'on peut conclure que le Conseil d'Etat sanctionne la violation de la loi en raison de la présence du droit au grade militaire dans l'arrêt *Henri d'Orléans, duc d'Aumale*, car ni les motifs de l'arrêt, ni les conclusions de Marguerie n'évoquent ce point (CE, 20 mai 1887, *Henri d'Orléans, duc d'Aumale, Rec.*, p 409, concl. Marguerie). De même, pour un contrôle implicite de la violation de la loi et du droit de propriété, voir CE, 10 mars 1882, *Duval, D.P.*, 1883, III, p 73, concl. Le Vavasseur de Précourt. Pour une violation de la loi et des droits tirés du titre de la légion d'honneur, voir CE, 15 janvier 1875, *Ballue, Rec.*, p 44, concl. David.

propriétés riveraines. L'incompétence, dans ce cas, est au fond même du litige ; elle résulte invinciblement de la démonstration de l'erreur alléguée. On a donné, Messieurs, à ce genre de recours, le nom de recours pour excès de pouvoirs, fondé sur la violation de la loi. Il serait plus exact de dire que c'est un recours fondé sur la violation d'un droit reconnu et garanti par la loi, d'un droit propre, d'un droit acquis, auquel il n'est pas permis à l'administrateur de porter atteinte sans excéder sa compétence. »¹.

Il résulte clairement des propos du commissaire du gouvernement que la violation de la loi et des droits acquis est une modalité de l'incompétence. Si le moyen présente certaines particularités, il n'a aucune autonomie et ne peut être qualifié de cas d'ouverture indépendant. Ainsi, avant ses explications sur la violation de la loi, Gauvain ne reconnaît que les trois cas d'ouverture classiques, c'est-à-dire l'incompétence, le vice de formes et le détournement de pouvoir². Gauvain ne conçoit pas le contrôle du juge de l'excès de pouvoir comme la confrontation du contenu d'une norme au contenu d'une norme supérieure, mais cherche à délimiter différents pouvoirs de réglementation : si la loi a reconnu et consacré un droit, alors seul le législateur est compétent pour réglementer et restreindre ce droit, et l'administration, en y portant atteinte, empiète sur la compétence du législateur. Cette manière de voir les choses a sa logique et perpétue une tradition du Second Empire, mais décrit finalement assez mal le raisonnement effectif du juge qui consiste à confronter des normes entre elles et à qualifier juridiquement des faits. Il n'est resté pas moins que les conclusions de Gauvain donnent une image sans doute fidèle de l'état d'élaboration des techniques de contrôle du juge de l'excès de pouvoir à la fin du XIXe siècle.

437. Cette continuité entre la République et le Second Empire sur la question de la violation de la loi n'est pas totale. Elle est contrariée par les efforts d'Edouard Lafferrière pour construire une notion autonome et cohérente de violation de la loi et des droits acquis. Pour ce dernier, la violation de la loi et des droits acquis est un cas d'ouverture à part entière, bien distinct de l'incompétence, qui prend place aux côtés des trois types de moyens classiques en excès de pouvoir. La spécificité et l'autonomie de la violation de la loi se manifestent par un contenu particulier par rapport aux autres cas d'ouverture, c'est-à-dire la nécessité de faire valoir la violation d'un droit acquis, et aussi par les conséquences du quatrième cas d'ouverture sur la nature du recours pour excès de pouvoir.

Sur le premier point, Lafferrière souligne que la condition du droit acquis violé ne constitue pas une condition de recevabilité, mais un aspect du contenu même du cas d'ouverture de la violation de

¹ Concl. Gauvain sur CE, 11 novembre 1887, *Lefebvre (pour Delepouve)*, *Rec.*, p 696. Après cette présentation, Gauvain conclut que le requérant ne dispose d'aucun droit acquis à être admis au concours. Il est suivi par le Conseil d'Etat qui rejette la requête pour ce motif.

² Concl. Gauvain sur CE, 11 novembre 1887, *Lefebvre (pour Delepouve)*, *Rec.*, p 696.

la loi¹. Celle-ci se caractérise donc par des traits propres, qui la distingue fortement des autres cas d'ouverture.

De plus, la notion de violation de la loi tend à rapprocher le recours pour excès de pouvoir et le recours contentieux ordinaire de pleine juridiction. En effet, à l'occasion de l'examen d'un moyen tiré de la violation de la loi, le juge est parfois amené à apprécier les faits, particulièrement lorsqu'il s'agit de juger de la fausse application de la loi², c'est-à-dire de l'erreur de qualification juridique des faits. Puisque le quatrième cas d'ouverture introduit la logique de la violation de la loi et des droits subjectifs dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, ce dernier ne se distingue plus du contentieux de pleine juridiction par le type de moyens invocables. Les différences des deux branches du contentieux sont principalement d'ordre pratique – l'absence d'obligation du ministère d'avocat en excès de pouvoir par exemple – et portent surtout sur la question des pouvoirs du juge. En effet, le recours pour excès de pouvoir ne peut aboutir qu'à l'annulation d'une décision alors que le recours de plein contentieux permet au juge de substituer sa décision à celle de l'administration ou de condamner cette dernière à indemnité³.

438. Mais les efforts doctrinaux de Laferrière rencontrent deux limites. Une limite propre à l'œuvre de Laferrière d'abord, en ce que la réflexion de l'éminent juriste républicain sur la notion de violation de la loi reste inachevée. En dehors des remarques qui viennent d'être rapportées,

¹ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 507 : « *Il y a là, comme on voit, une notable différence entre le moyen d'annulation tiré de la violation de la loi et les moyens tirés de l'incompétence ou du vice de forme : ceux-ci peuvent être invoqués par toute personne ayant un intérêt direct et personnel à l'annulation de l'acte ; celui-là, au contraire, ne peut être invoqué que par la partie dont le droit est violé. Il ne faut pas voir là une simple différence dans les conditions de recevabilité du recours, une dérogation à la règle d'après laquelle un intérêt direct et personnel suffit pour donner qualité à celui qui forme un recours pour excès de pouvoir ; non, ce qui est en jeu, c'est la nature même du moyen d'annulation, lequel n'admet la violation de la loi que si elle est caractérisée et aggravée par la violation d'un droit.* ».

² Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 508 : « *Cette idée de violation de la loi, lorsqu'elle est associée à la violation d'un droit, doit être largement comprise. Elle d'étend, dans certains cas, à la fausse interprétation et même à la fausse application de la loi. Le Conseil d'Etat s'est souvent reconnu le droit de rechercher si les faits servant de base à la décision avaient été bien définis au point de vue juridique, et de vérifier, dans ce but, l'existence et la nature de ces faits.* ».

³ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 508 : « *Mais, nous ne saurions trop le répéter, le contentieux des actes de puissance publique ne peut jamais aboutir qu'à leur annulation, à la différence du contentieux des actes de gestion, qui est un contentieux de pleine juridiction pouvant aboutir à leur réformation, à leur remplacement par des décisions nouvelles édictées par le juge. On est donc toujours ramené, quand il s'agit d'actes de puissance publique, à des questions de cassation, d'annulation pour illégalité, qui sont précisément la caractéristique du recours pour excès de pouvoir. Que l'illégalité consiste dans la violation des lois de compétence, des lois de procédure ou des lois qui régissent le fond ; que la juridiction du Conseil d'Etat résulte de la loi des 7-14 octobre 1790 ou des attributions plus générales du Conseil en matière contentieuse, le résultat sera toujours le même : la cassation de l'acte illégal. La distinction du recours contentieux ordinaire et du recours pour excès de pouvoir ne présente donc d'intérêt pratique qu'au point de vue de la procédure du recours et plus spécialement de la dispense du ministère d'avocat.* ».

Laferrière n'approfondit pas la théorie du nouveau cas d'ouverture. Il n'apporte pas de justification à l'exigence d'un droit acquis violé et n'articule pas d'une manière complète et cohérente la notion de violation de la loi avec les idées de contrôle des motifs et d'examen du fait. L'essentiel de l'apport de Laferrière se borne ainsi à une utile mais peu éclairante classification des types de droits acquis susceptibles d'être protégés dans le cadre du contrôle de la violation de la loi¹.

Enfin, la limite de l'apport de Laferrière résulte du faible écho de sa classification avant les toutes dernières années du XIX^e siècle². En effet, nombre d'auteurs, et non des moindres, perpétuent la présentation ancienne des cas d'ouverture en se bornant à l'incompétence, au vice de forme et au détournement de pouvoir. Parmi les représentants de la tradition, on trouve ainsi Saint Girons³, Léon Aucoc⁴, Théophile Ducrocq⁵ ou encore Anselme Batbie⁶. Mais la nouvelle représentation des cas d'ouverture fait son chemin au sein de la juridiction administrative, au moins à partir des années 1890. Ainsi, à l'occasion d'une affaire *Commune de Quillebeuf*⁷, le commissaire du gouvernement Romieu identifie clairement la violation de la loi comme un type de moyen autonome, distinct de l'incompétence. Cherchant à déterminer la nature d'un contentieux, il explique : « *comme il s'agit d'un droit lésé, le recours peut être formé pour violation de la loi et n'est pas limité aux cas d'incompétence et de violation des formes. Le Conseil d'Etat a donc un pouvoir de juridiction analogue à celui qu'il exerce en matière d'alignement et de délimitation fluviale ; il statue sur la violation de la loi et des droits acquis, ce qui comprend la fausse interprétation de la loi* »⁸.

439. Concluons ces développements en insistant sur l'indéniable continuité entre la III^e République et le Second Empire sur la question de la violation de la loi. Celle-ci reste majoritairement perçue, au sein de la juridiction administrative et dans la doctrine, comme dépourvue d'autonomie et dépendante de l'incompétence. De ce point de vue, il n'est pas douteux que la crise des fondements

¹ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 511 et s.

² Logiquement, l'article rédigé par Léon Béquet en 1891 dans le Répertoire du droit administratif reprend la présentation de Laferrière (Léon Béquet, « Contentieux administratif », in *Répertoire du droit administratif*, Léon Béquet (dir), tome VIII, Paul Dupont, 1891).

³ A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, 1881, p 525 et s.

⁴ Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, tome I, 3^{ème} éd, Dunod, 1885, p 510 et s.

⁵ Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome I, 7^{ème} éd, Ernest Thorin, 1897.

⁶ Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome VII, 2^{ème} éd, Larose et Forcel, 1886 ; voir aussi C. P. Vergé, « Excès de pouvoir », in *Dictionnaire de l'administration française*, Maurice Block (dir), Berger-Levrault, 1877, p 927

⁷ CE, 17 novembre 1893, *Commune de Quillebeuf, Rec.*, p 750, concl. Romieu.

⁸ Concl. Romieu sur CE, 17 novembre 1893, *Commune de Quillebeuf, Rec.*, p 750.

politiques du recours pour excès de pouvoir a favorisé la reproduction des habitudes anciennes et freiné le renouvellement des conceptions de l'office du juge de l'excès de pouvoir.

Par ailleurs, la crise des fonctions politiques de l'excès de pouvoir n'est pas étrangère à la faible extension du contrôle de la violation de la loi et à la stagnation de son efficacité concrète. Sur ce point, la continuité de la jurisprudence avec le Second Empire est illustrée par la classification de Laferrière des matières dans lesquelles le juge exerce un contrôle de la violation de la loi et des droits acquis. Celle-ci révèle d'une part que le nombre de contentieux concernés par la violation de la loi et des droits acquis demeure limité, et d'autre part que les catégories de droits protégés par le recours pour excès de pouvoir ont peu varié par rapport au Second Empire.

Nous avons vu que la jurisprudence des années 1860 valorisait clairement les droits patrimoniaux et économiques (droit de propriété, grades et titres qui sont conçus comme des accessoires du droit de propriété, droits acquis conférés par des décisions administratives)¹ ; de même, lorsque le commissaire du gouvernement Robert définissait l'intérêt privatif, direct et personnel donnant qualité pour agir, il insistait sur l'importance des droits et des intérêts tirés de la propriété et de ses accessoires².

Nulle innovation au début de la IIIe République si l'on en juge par la classification proposée par Laferrière. Ainsi, durant cette période, le moyen tiré de la violation de la loi est recevable lorsqu'est en cause une atteinte à la propriété, aux droits résultant de fonctions, grades ou titres, à la liberté du commerce et de l'industrie, dans l'hypothèse d'un retrait de décision ayant créé des droits, ou encore d'un refus d'accomplir un acte prescrit par la loi³ comme la délivrance d'un permis de chasse ou d'un brevet industriel. Le contenu de cette liste montre que le juge administratif privilégie les droits privatifs et personnels dont les modèles sont les droits réels et les droits de créance (dans le cadre de la classification de Laferrière, il s'agit du droit de propriété, des droits tirés des grades et titres, qui sont considérés par le juge et la doctrine comme des accessoires du droit de propriété, et des droits acquis tirés d'une décision administrative ou d'une loi qui impose une prestation à l'administration).

En revanche, le juge de l'excès de pouvoir n'accorde qu'une place marginale aux libertés publiques, aux droits politiques, c'est-à-dire aux facultés générales et abstraites que les administrés exercent en leur seule qualité de citoyen. Au sein de cette catégorie, seule la liberté du commerce et de l'industrie bénéficie de la protection du juge administratif. Pourtant, dès le Second Empire,

¹ Voir *supra*, n°380 et 431 ; et André Georgin, *La violation de la loi, cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, Rousseau, 1915 ; Cyril Laroche, *Les actes insusceptibles de recours devant le Conseil d'Etat au XIXe siècle*, Thèse, Paris V, 2005.

² Concl. Robert sur CE, 21 juillet 1864, *Académie des Beaux-Arts, Rec.*, p 680.

³ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 511 et s.

d'autres libertés publiques auraient pu être protégées par le recours pour excès de pouvoir dans le cadre de la violation de la loi. Comme le rappelait Anselme Batbie en 1869, l'article 1^{er} de la Constitution du 14 janvier 1852 reconnaissait et garantissait les droits civils et politiques proclamés en 1789¹. Il convenait donc de se reporter aux textes révolutionnaires pour déterminer les droits individuels théoriquement protégés sous le Second Empire. Or, aux côtés de la liberté du commerce et de l'industrie, on trouvait bien d'autres droits et libertés, tels que l'égalité civile, la liberté de conscience et des cultes, la liberté individuelle ou l'inviolabilité du domicile par exemple². Ces libertés publiques étaient cependant inefficaces dans le cadre du recours pour excès de pouvoir sous le Second Empire. Elles le sont toujours au début de la III^e République³. Aussi, le privilège accordé à la liberté du commerce et de l'industrie et la place centrale tenue par les droits patrimoniaux, spécialement le droit de propriété, apparaissent comme une manifestation de l'idéologie propre au Second Empire : aux droits et libertés qui stimulent et facilitent la vie démocratique et l'émancipation politique des citoyens, sont préférés les *droits et intérêts économiques* qui jouent un rôle dans le développement matériel de la nation⁴. Le développement d'un contexte idéologique et institutionnel républicain ne modifie pas fondamentalement l'esprit de la jurisprudence sur la question des droits protégés dans le cadre de la violation de la loi. Tout se passe comme si le juge administratif s'était borné à *recevoir passivement* l'héritage de la jurisprudence du Second Empire. Pourtant, les stimulations en provenance du législateur républicain se multiplient à partir des années 1880 : liberté de réunion⁵, liberté de la presse⁶, liberté syndicale⁷ ou liberté des funérailles⁸ sont par exemple fortement consacrées et organisées par la loi. Cependant, l'inclusion des libertés publiques dans le contrôle du juge de l'excès de pouvoir est très timide⁹, même si certaines décisions démontrent que la conversion du recours pour excès de pouvoir aux institutions républicaines est en préparation¹⁰. La part des libertés publiques n'est restée pas moins marginale, de sorte qu'à la veille

¹ Anselme Batbie, *Précis du cours de droit public et administratif professé à la faculté de droit de Paris*, 3^{ème} éd, Paris, 1869, p 5 et s.

² Anselme Batbie, *Précis du cours de droit public et administratif professé à la faculté de droit de Paris*, 3^{ème} éd, Paris, 1869, p 6 et s.

³ Pour ce qui concerne la liberté de conscience et des cultes, il faut préciser qu'il existe le mécanisme spécifique du recours pour abus, expressément prévu par la loi du 18 germinal an X.

⁴ Voir *supra*, n°371.

⁵ *D.P.*, 1881, IV, p 101 et s.

⁶ *D.P.*, 1881, IV, p 65 et s.

⁷ *D.P.*, 1884, IV, p 129 et s.

⁸ *D.P.*, 1887, IV, p 101 et s.

⁹ Voir André Georjgin, *La violation de la loi, cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, Rousseau, 1915, p 196 et s.

¹⁰ Voir *infra*, n°465 et s. Et par exemple : CE, 6 juillet 1888, *Albert Armand et Chevenaz, président du conseil d'administration et directeur du journal le Soleil du Midi, Rec.*, p 602, concl. Gauwain (examen au fond d'un moyen tiré de la violation de la liberté de la presse) ; CE, 11 juin 1875, *Hallé et autres, Rec.*, p 558, concl. David (examen au fond d'un moyen tiré de la méconnaissance de la liberté de conscience).

du XXe siècle, le recours pour excès de pouvoir n'est pas encore au diapason des assises politiques et idéologiques du régime républicain.

440. La question de la violation de la loi permet donc de saisir la crise des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir qui marque les débuts de la IIIe République, et ses conséquences, c'est-à-dire l'inachèvement de la modernisation des techniques de contrôle juridictionnel.

Le *statu quo* conceptuel sur la violation de la loi n'est rompu qu'à l'extrême fin du XIXe siècle. D'abord, à la suite d'Edourd Laferrière, le juge administratif et la majorité de la doctrine reconnaissent l'autonomie de la violation de la loi et des droits acquis, qui devient, selon une opinion largement partagée, un cas d'ouverture autonome et à part entière. A cet égard, il suffit de renvoyer aux ouvrages de Maurice Hauriou¹, d'Henri Berthélémy², de Léon Marie³ ou de René Jacquelin⁴ pour constater l'ampleur de l'assimilation de la notion de violation de la loi. Ensuite, la disparition progressive en jurisprudence de la condition du droit acquis violé, illustrée par les arrêts *Molinier, Lot* de 1903 et *Savary* de 1904⁵, marque une étape décisive dans la reformulation, par le Conseil d'Etat et la doctrine, de la problématique de la violation de la loi en matière d'excès de pouvoir. L'évolution a rendu possible l'élaboration d'une conception plus objective du recours, mais aussi, nous le verrons, une intrusion des libertés publiques dans le contrôle du juge. Pour l'heure, portons notre attention sur une des conséquences de l'apparition du contrôle de la violation de la loi : le contrôle des motifs.

§2. – Le contrôle des motifs de l'acte administratif, une pratique implicite, marginale et non théorisée.

441. Les fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir ont stimulé l'audace du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif. Mais les pratiques du Second Empire en la matière sont loin des techniques contemporaines. Comme celle de la violation de la loi, la question du contrôle des motifs se caractérise, à la fin du XIXe siècle, par l'inachèvement des conceptions techniques de l'office du juge et par la stagnation du contrôle par rapport au Second Empire. L'idée de motif n'est pas clairement formulée par le Conseil d'Etat ; elle n'est pas identifiée comme une étape logique du processus de décision de l'administrateur désignant les antécédents de droit et de

¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, 1900, p 290 et s.

² Henri Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 2^{ème} éd, Paris, 1902, p 890.

³ Léon Marie, *Le droit positif et la juridiction administrative. Etude critique de législation et de jurisprudence*, tome II, Paris, Maresq Aîné, 1903, p 845.

⁴ René Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Giard et E. Brière, 1899, p 248.

⁵ CE, 11 décembre 1903, *Lot et Molinier* ; CE, 18 mars 1904, *Savary, S.*, 1904, III, p 113, note Hauriou.

fait qui justifient un acte administratif. Les vices des motifs ne sont pas non plus classés en fonction des motifs de droit (erreur de droit, défaut ou illégalité de la base légale, détournement de pouvoir) et des motifs de fait (erreur sur la matérialité des faits, erreur de qualification juridique des faits, adéquation entre les motifs et le dispositif).

Pourtant, la vision du juge sur son office ne correspond pas aux pratiques effectives en matière d'excès de pouvoir. En effet, le Conseil d'Etat exerce un certain contrôle des motifs depuis le Second Empire, à l'occasion du contrôle du détournement de pouvoir et de la violation de la loi. Dans le cadre du détournement de pouvoir, le juge examine ainsi les motifs d'un acte administratif pour déterminer la correction du but qu'a poursuivi l'autorité administrative. Dans le cadre de la violation de la loi, il vérifie que l'administration a bien interprété les règles qu'elle applique. Par ailleurs, il s'aventure parfois sur le terrain de la qualification juridique des faits, en s'assurant que telle situation de fait prise en compte par l'administration correspond à une catégorie juridique que le droit positif pose comme une condition de l'action administrative ; dans certains domaines, le juge contrôle aussi la matérialité des faits.

Sous le Second Empire et au début de la III^e République, le domaine du détournement de pouvoir se limite essentiellement au contentieux des mesures de police administrative. Quant au contrôle de la violation de la loi, il conduit le Conseil d'Etat à un examen des motifs de droit et de fait dans un nombre très restreint de contentieux, principalement définis dans les années 1860. Après 1872, le juge administratif républicain se borne à poursuivre la jurisprudence du Conseil d'Etat impérial sans étendre le champ du contrôle des motifs. La stagnation et la timidité du recours pour excès de pouvoir apparaissent ainsi clairement. Après avoir abordé la problématique générale du contrôle des motifs par le juge de l'excès de pouvoir depuis le Second Empire (A.), nous nous pencherons sur le cas du contentieux des mesures de police administrative, qui illustre à la fois les archaïsmes des techniques héritées du XIX^e siècle, et les tâtonnements dans l'élaboration des techniques modernes de contrôle des motifs, laissant entrevoir les changements du XX^e siècle (B.).

A. – Position du problème.

442. Le contrôle des motifs est né avec l'apparition du détournement de pouvoir. Dans les années 1860, il trouve un nouveau domaine d'application avec le développement du contrôle de la violation de la loi par le biais de l'incompétence. Sous le Second Empire et dans les premières décennies de la III^e République, cette pratique implicite ne fait l'objet d'aucune formulation rationnelle et cohérente de la part du juge administratif ou de la doctrine ; le contrôle des motifs reste une pratique sans unité

qui relève empiriquement tantôt du détournement de pouvoir, tantôt de la violation de la loi. Ni le Conseil d'Etat, ni les auteurs ne conçoivent encore que le contrôle juridictionnel implique de confronter tous les éléments de la déclaration de volonté de l'administration matérialisée par l'acte administratif, avec tous les éléments de l'ordre légal auquel l'administration est soumise. L'examen des considérations de droit et de fait qui fondent une décision administrative n'est pas une composante évidente et indiscutée de l'office du juge de l'excès de pouvoir. C'est pourquoi au début de la III^e République le contrôle des motifs est essentiellement traité par *prétérition* et connaît une période de stagnation. Cette situation résulte de plusieurs causes (I.) ; elle est illustrée par deux exemples très importants depuis le Second Empire : les contentieux de l'alignement individuel (II.) et de la délimitation des rivières et de la mer (III.).

I. – Les facteurs de l'inachèvement des techniques de contrôle des motifs depuis le Second Empire.

443. Trois éléments sont à envisager : la persistance de l'analogie entre le recours pour excès de pouvoir et la cassation, le renforcement de la séparation entre la juridiction et l'administration active, la permanence de la notion d'acte discrétionnaire.

L'analogie du recours pour excès de pouvoir avec la cassation est très classique à la fin du XIX^e siècle. Elle est du reste fortement favorisée par l'inachèvement de la distinction, en jurisprudence, entre la cassation et l'excès de pouvoir des administrateurs actifs. Par exemple, on trouve l'assimilation du recours pour excès de pouvoir à la logique de la cassation en 1877 sous la plume de C. P. Vergé dans le *Dictionnaire de l'administration française* de Maurice Block¹ ; de même chez Ducrocq, qui explique qu'en matière d'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat statue comme « *régulateur des compétences administratives et tribunal de cassation* »² ; pour sa part, Edouard Laferrière³ insiste sur l'analogie avec la cassation car elle renforce sa classification des contentieux par les pouvoirs du juge ; en effet, à l'instar du juge de cassation, le juge de l'excès de pouvoir se borne à annuler les actes qui lui sont soumis.

Parfois, ce rapprochement peut être un argument pour justifier le développement du contrôle des motifs. Ainsi en est-il lorsque le commissaire du gouvernement Chante-Grellet invoque les pratiques de la Cour de cassation pour inciter le Conseil d'Etat, d'ailleurs sans succès, à contrôler la

¹ C. P. Vergé, « Excès de pouvoir », in *Dictionnaire de l'administration française*, Maurice Block (dir), Berger-Levrault, 1877, p 927.

² Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome I, 6^{ème} éd, Paris, 1881, p 255.

³ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, 1^{ère} éd, Berger-Levrault, 1888, p 549 et s ; Edouard Laferrière, « Recours pour excès de pouvoir », in *Dictionnaire de l'administration française*, Maurice Block (dir), 3^{ème} éd, Berger-Levrault, 1891, p 1084.

qualification juridique des faits à laquelle une commission scolaire a procédé pour infliger une sanction¹. Mais la plupart du temps, l'analogie entre l'excès de pouvoir et la cassation permet d'exclure les questions de fait de l'office du juge. La nature du contrôle de cassation apparaît comme essentiellement juridique et formelle ; la Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction et se borne à vérifier la correction du raisonnement juridique contenu dans les jugements qui lui sont déférés. Dès lors, la cassation exige une claire distinction entre le droit et le fait ; et ce qui relève du fait est en principe étranger au contrôle de la Cour de cassation. Ces représentations traditionnelles et schématiques² semblent exclure du domaine de la cassation le contrôle de la qualification des faits et, *a fortiori*, de la matérialité des faits ; par extension, ces aspects sont aussi exclus du recours pour excès de pouvoir. Ce type de raisonnement constitue un obstacle de poids au développement du contrôle des motifs de fait de l'acte administratif.

444. Le renforcement du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active est un obstacle de même nature. Au début de la III^e République, le principe tire notamment son dynamisme de la volonté largement partagée au sein de la juridiction administrative de rompre avec le recours pour excès de pouvoir du Second Empire dont l'assise politique permettait au Conseil d'Etat de limiter parfois fortement l'indépendance de l'administration active.

Nous avons vu que Laferrière rejette les théories politiques qui ont permis d'étendre inconsidérément les pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir pour en faire un outil au service du Second Empire. Dans un contexte républicain, et après la loi du 24 mai 1872, il faut abandonner toute idée de fonction politique et recentrer le recours pour excès de pouvoir sur sa nature strictement juridictionnelle. Dès lors, il faut dépouiller le Conseil d'Etat des pouvoirs qui faisaient de lui une sorte de supérieur hiérarchique de l'administration active sous le règne de Napoléon III. Ceci passe par exemple par la disparition des injonctions, mais aussi par une restriction des investigations du juge sur l'acte administratif³.

A la fin du XIX^e siècle, cette volonté de reformulation de l'office du juge de l'excès de pouvoir explique la discrétion du juge administratif et de la doctrine sur la question du contrôle des motifs : puisque le juge ne peut faire acte d'administrateur, il ne peut s'immiscer dans les multiples considérations de fait et d'opportunité qui guident les autorités administratives. La timidité et la

¹ Concl. Chante-Grellet sur CE, 13 novembre 1885, *Passerat de La Chapelle, Rec.*, p 836.

² Schématiques car le fait n'est pas totalement étranger à l'office du juge de cassation puisque dans un certains nombre d'hypothèses, il examine la qualification juridique des faits effectuée par les juges du fond. Voir Gabriel Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Thèse, Toulouse, Librairie du Recueil Sirey, 1928.

³ Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Thèse, Paris, LGDJ, 1970.

stagnation du contrôle sont du reste renforcées par la persistance d'une vision de l'acte administratif comme expression d'un pouvoir inconditionné découlant directement de la souveraineté et confié à l'administration pour concilier l'intérêt général avec les intérêts particuliers¹.

445. La notion d'acte discrétionnaire constitue le dernier obstacle à l'élaboration d'une conception rationnelle et cohérente du contrôle des motifs articulée avec la notion de violation de la loi. Le terme d'acte discrétionnaire, ou acte de pure administration, a changé de signification depuis le Second Empire. Au début des années 1850 encore, il désignait la décision bénéficiant d'une totale immunité juridictionnelle en raison de l'absence de tout droit subjectif susceptible d'être opposé à l'administration. La discrétionnarité de l'acte n'est donc pas définie selon une logique de hiérarchie des normes, en fonction de la latitude d'action accordée à l'administration par le corps de règles qui s'impose à elle. Le juge et la doctrine ne conçoivent pas encore clairement que la notion de motif suppose explicitement ou implicitement une confrontation de deux volontés : celle de l'administrateur qui édicte un acte et celle de l'autorité supérieure, essentiellement le législateur, qui pose les normes s'imposant à l'administration. A l'occasion de la confrontation de ces deux volontés, le juge doit examiner tous les éléments de droit et de fait qui ont déterminé le contenu de l'acte administratif, bref : les motifs. La théorie classique des actes discrétionnaires ne répond pas à cette logique. La catégorie dessine plutôt la sphère d'action dans laquelle l'administration peut se mouvoir librement sans violer les droits privés. Ce cadre conceptuel n'est pas propice au développement d'une doctrine et d'une pratique assumée du contrôle des motifs.

Néanmoins, malgré quelques survivances de cette notion traditionnelle, notamment chez Ducrocq, qui définit toujours l'acte discrétionnaire par rapport au contact de l'administration avec les droits privés², la fin du XIXe siècle connaît un glissement important du sens de l'acte discrétionnaire. L'expression désigne dorénavant, pour le juge et la majorité des auteurs³, la décision qui, tout en étant susceptible de recours pour excès de pouvoir, ne peut être contestée au

¹ Voir par exemple Laferrière, qui souligne que l'acte est souvent qualifié de discrétionnaire car l'administration dispose d'une compétence destinée à pourvoir des intérêts généraux et particuliers pour lesquels elle doit bénéficier d'une libre appréciation : Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, 1^{ère} éd, Berger-Levrault, 1888, p 393 ; Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Thèse, Paris, LGDJ, 1970 ; Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe siècle au XXe siècle*, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol 25, Dalloz, 2003, p 243 et s.

² Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome I, 6^{ème} éd, Paris, 1881, p 255

³ Par exemple : Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, 1^{ère} éd, Berger-Levrault, 1888, p 390 et s ; Jules Renault, *Des actes discrétionnaires*, Thèse, Paris, Pédone, 1899 ; Léon Marie, *Le droit positif et la juridiction administrative*, tome II, Paris, Maresq Aîné, 1903, p 372 et s ; Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, 1900.

fond pour violation de la loi ou illégalité des motifs¹. Jacques Chevallier explique ainsi : « *La théorie des actes discrétionnaires a donc considérablement évolué. Elle signifie surtout, à la fin du XIXe siècle, l'interdiction pour le juge administratif de contrôler la légalité interne de certaines catégories d'actes. Cantonnée dans des domaines précis, elle exprime la limitation des pouvoirs du juge par le principe d'indépendance de l'administration active.* »². Même si l'acte discrétionnaire s'éloigne d'une logique purement subjectiviste³, la notion n'en reste pas moins très ambiguë et peu claire.

Ainsi, la pratique du juge administratif consiste bien souvent à déduire l'irrecevabilité d'un recours contre un acte discrétionnaire de la nature même de la décision⁴ ; jamais il ne rejette la requête au fond, en raison de l'impossibilité pour le Conseil d'Etat de contrôler les motifs d'un acte pour l'édiction duquel l'administration dispose d'une faculté de libre appréciation. Tout en essayant de rationaliser les conceptions du Conseil d'Etat, Laferrière a bien montré le caractère défectueux de cette confusion de la recevabilité et du fond : « *Ce que le Conseil d'Etat a voulu dire c'est que ces sortes de décisions, à raison du caractère facultatif et discrétionnaire qui leur appartient le plus souvent, ne comportent pas de discussion sur le terrain des droits acquis et de la violation de la loi ; c'est pour cela que les anciens arrêts déclaraient que ces actes n'étaient pas susceptibles de recours contentieux, c'est-à-dire d'un recours fondé sur un droit lésé ; mais il n'en résultait pas qu'ils fussent affranchis de tout recours, car on a pu de tout temps invoquer contre eux les griefs tirés de l'incompétence ou du vice de forme. Il n'est donc pas exact de dire, comme l'on fait quelques arrêts, que les actes de pure administration, les actes discrétionnaires "ne sont pas de nature à être déférés par application des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872" ; leur nature ne répugne point à tout recours devant le Conseil d'Etat, et il n'y a, sous ce rapport, aucun rapprochement à faire entre eux et les actes de gouvernement. Seulement, il va de soi qu'il ne peuvent être attaqués que pour les griefs d'illégalité auxquels se prête leur nature plus ou moins discrétionnaire, griefs qui sont quelquefois très restreints, et qui peuvent se réduire au seul cas d'incompétence.* »⁵. En outre, Laferrière met le doigt sur la contradiction interne qui affecte la définition de l'acte discrétionnaire en évoquant la possibilité d'un contrôle des motifs de ce type de décisions par le biais du

¹ Jean Lodovici, *L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire*, Thèse, Lille, 1937, p 23 et s.

² Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Thèse, Paris, LGDJ, 1970, p 256.

³ Voir Frédéric Blancpain, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Thèse, Paris II, 1979, p 130 et s.

⁴ Louis Imbert, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir (1872-1900)*, Paris, Dalloz, 1952, p 177 et s.

⁵ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 394.

détournement de pouvoir¹ ; défini par l'exclusion du contrôle des motifs, l'acte discrétionnaire fait pourtant parfois l'objet d'un tel examen par le biais du détournement de pouvoir. Ces critiques annoncent le passage à la notion de pouvoir discrétionnaire.

La mise au point de Laferrière n'entraîne aucun changement notable dans la motivation des arrêts ou le discours des commissaires du gouvernement, même si certaines décisions de rejet mentionnent explicitement ou implicitement la notion de motif². Aussi, la confusion et l'inachèvement de la notion d'acte discrétionnaire qui prévalent à la fin du XIXe siècle freinent le développement d'une théorie jurisprudentielle mais aussi doctrinale du contrôle des motifs. Par exemple, dans sa thèse consacrée aux actes discrétionnaires, Jules Renault³ formule fidèlement la nouvelle conception de l'acte discrétionnaire, tout en admettant la possibilité d'un contrôle des motifs dans le cadre du détournement de pouvoir. Mais l'analyse du contrôle des motifs s'arrête là. Il ne considère pas la notion comme unifiée et cohérente, mais coupe la matière en deux d'une manière artificielle, en la traitant sous l'angle du détournement de pouvoir puis sous l'angle de la violation de la loi et des droits acquis. De même, dans ses réflexions sur le pouvoir de police administrative des maires, Tchernoff évoque à la fois l'obligation pour le maire de concilier les mesures de police avec les droits individuels et le contrôle exercé par le juge sur ces mesures, mais il se limite à une étude casuistique sans inclure son propos dans le cadre d'une conception globale du contrôle de la violation de la loi et du contrôle des motifs par le juge de l'excès de pouvoir⁴. Le renouvellement des conceptions du contrôle juridictionnel n'interviendra qu'au début du XXe siècle, lorsque quelques auteurs percevront la substitution en jurisprudence de la notion de pouvoir discrétionnaire à celle d'acte discrétionnaire⁵.

446. A cette stagnation des conceptions du contrôle juridictionnel depuis le Second Empire, s'ajoute une stagnation du champ d'application et de l'intensité du contrôle des motifs exercé empiriquement

¹ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 395.

² CE, 17 janvier 1879, *Spindler, Rec.*, p 8 : « le requérant [...] n'est pas recevable à discuter devant le Conseil d'Etat les motifs de cette mesure de pure administration » ; CE, 27 janvier 1893, *Laruelle, Rec.*, p 72 : « considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'apprécier les faits qui ont motivé la révocation du requérant » ; CE, 16 janvier 1880, *Barbarin et Créquer* (2 esp), *Rec.*, p 56, concl. Gomel : « l'appréciation des motifs qui ont déterminé cette mesure, ne saurait être soumise au Conseil d'Etat par application des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 » (dans cette affaire, le commissaire du gouvernement Gomel affirme sans ambiguïté le refus du juge d'examiner les motifs) ; CE, 13 novembre 1885, *Passerat de La Chapelle, Rec.*, p 839 : « Considérant qu'à l'appui de son pourvoi le sieur Passerat de La Chapelle se borne à soutenir qu'il ne se trouvait pas dans un cas de récidive prévu par l'art 13 précité et que, par suite, la décision attaquée a fait une fausse application de la loi du 28 mars 1882 ; mais que le sieur Passerat de La Chapelle n'est pas recevable à déférer pour ce motif au Conseil d'Etat, en vertu des lois des 7-14 octobre 1790 et du 24 mai 1872, la décision ci-dessus visée ».

³ Jules Renault, *Des actes discrétionnaires*, Thèse, Paris, Pédone, 1899.

⁴ M. Tchernoff, *Du pouvoir réglementaire des maires*, Pédone, 1899.

⁵ Voir *infra*, n°476.

par le Conseil d'Etat. Ce dernier se contente de perpétuer les jurisprudences acquises à partir des années 1860. Depuis cette époque, le contrôle s'est développé à l'égard des motifs de droit et de fait dans un nombre restreint de matières, essentiellement celles qui touchent à la réglementation du droit de propriété par l'administration, à la limitation de la liberté du commerce et de l'industrie, au retrait des grades et titres, au retrait des décisions administratives créatrices de droit, et aux refus de certaines autorisations prévues par la loi.

447. S'agissant des motifs de droit, le juge administratif sanctionne la fausse interprétation de la loi à l'égard de plusieurs types de décisions : retrait des actes de tutelle des collectivités locales créateurs de droits acquis¹ ; refus d'un permis de chasse² ; décisions qui méconnaissent les droits tirés des grades et des titres³. Après 1872, l'examen de l'erreur de droit connaît une brève avancée à la faveur des litiges nés du retrait de la Légion d'honneur. Ainsi, dans la mesure où les décrets des 16 mars et 24 novembre 1852 relatifs à l'Ordre de la Légion d'honneur prévoient une liste limitative de causes de retrait du titre honorifique, le Conseil d'Etat sanctionne l'erreur de droit en annulant les décisions de retrait fondées sur d'autres causes, telles que les erreurs commises dans l'appréciation des titres ayant motivé l'attribution de la décoration⁴. Par ailleurs, l'article 46 du décret du 16 mars 1852 prévoit que le chef de l'Etat peut exclure un membre de la Légion d'honneur si un délit a été commis, et si la nature du délit et la gravité de la peine prononcée le justifient. En 1875, le juge de l'excès de pouvoir accepte de contrôler l'erreur de droit dans l'interprétation des décrets de 1852⁵. Mais ce contentieux ne connaît aucun développement car un décret du 9 mai 1874 abroge le décret de 1852 en accordant au chef de l'Etat un pouvoir d'exclusion indéterminé. Le Conseil d'Etat en tire les conséquences en renonçant au contrôle des motifs de droit et de fait des décisions d'exclusion de la Légion d'honneur⁶.

Par ailleurs, pour protéger le droit de propriété, il contrôle la matérialité des faits en matière d'alignement individuel en vérifiant la limite entre les propriétés privées et la voie publique ; il s'assure aussi de la réalité d'une créance dans le contentieux de la tutelle des collectivités locales⁷.

¹ CE, 28 juillet 1864, *Bandy de Nalèche, Rec.*, p 695.

² CE, 13 mars 1867, *Bizet, Rec.*, p 272.

³ Par exemple : CE, 13 mars 1852, *Mercier, Rec.*, p 30 ; CE, 20 mai 1887, *Henri d'Orléans, duc d'Aumale et autres c/ ministre de la guerre, Rec.*, p 409, concl. Marguerie. Pour statuer sur la légalité d'un retrait du grade de général de division, le Conseil d'Etat exerce un contrôle de la qualification juridique des faits en recherchant si les requérants sont ou non membres d'une famille ayant régné sur la France au sens de la loi du 22 juin 1886.

⁴ CE, 30 mai 1873, *Burgues, Rec.*, p 491 ; CE, 22 novembre 1889, *Lamarque, Rec.*, p 1064.

⁵ CE, 15 janvier 1875, *Ballue, Rec.*, p 44, concl. David.

⁶ CE, 25 mai 1876, *Baudoin, Rec.*, p 492.

⁷ Par exemple : CE, 31 mai 1895, *Commune de Pithiviers, Rec.*, p 466.

Enfin, un contrôle de la qualification juridique des faits est mis en œuvre dans le contentieux de la délimitation des rivières et de la mer, dans celui de l'implantation des cimetières¹, en matière de refus de brevets d'invention² et, de manière très marginale compte tenu du développement de l'exception de recours parallèle, dans quelques affaires relatives à la police administrative³. Dans ce dernier secteur, nous le verrons, l'abandon progressif de l'exception de recours parallèle dans les années 1870 favorise un développement du contrôle des motifs⁴.

448. Penchons-nous d'abord sur deux exemples emblématiques de l'examen des motifs de fait qui permettent de saisir le raisonnement du juge administratif depuis le Second Empire : le contentieux de l'alignement individuel et de la délimitation des rivages de la mer et des rivières navigables. Ces deux domaines sont particulièrement instructifs pour cerner l'esprit du contrôle de la violation de la loi et des droits acquis hérité du Second Empire. Ils concernent ainsi l'exercice du droit de propriété, dont l'importance et la valeur sont élevées dans la théorie de l'Etat du Second Empire ; de plus, ils retiennent la liberté d'appréciation du juge dans la mesure où les constatations de fait à effectuer et les qualifications légales en jeu sont précises et quantifiables ; dès lors, le juge peut s'aventurer dans le contrôle des motifs sans que sa subjectivité ne prenne une part importante dans son raisonnement.

II. – Illustrations de la stagnation du contrôle des motifs depuis le Second Empire.

a. – *Le contentieux de l'alignement individuel.*

449. En l'absence dans une commune d'un plan d'alignement fixant la limite entre les propriétés privées et la voie publique, les particuliers peuvent obtenir du maire un alignement individuel. Depuis un avis du 6 avril 1824, le Conseil d'Etat considère qu'à l'occasion d'un tel alignement individuel, le maire doit non seulement constater la limite existante entre la propriété privée et le domaine public, mais peut aussi légèrement modifier cette limite dans un intérêt d'assainissement, de sûreté et d'amélioration locale, à charge d'indemnité⁵. Sous le Second Empire, certains édiles

¹ CE, 28 mai 1866, *Blondeau, Rec.*, p 519 ; CE, 6 février 1874, *Hanin, Rec.*, p 121. Dans ce contentieux, le juge administratif s'assure que l'autorité administrative a respecté, en fait, les dispositions du décret du 23 prairial an XII qui prescrit que les cimetières doivent être situés à une distance minimale de 35 à 40 mètres de l'enceinte des villes.

² CE, 14 avril 1864, *Laville, Rec.*, p 339, concl. Faré ; CE, 12 août 1879, *Giroud-Dargoud, Rec.*, p 606.

³ Voir Raymond Guillien, *L'exception de recours parallèle*, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p 26 et s.

⁴ Voir *infra*, n°476 et s.

⁵ Voir les explications de Serrigny, « Examen critique de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de fixation des limites des rues, des routes, des rivages de la mer et des rivières navigables », *R.C.L.J.*, 1869, tome 35, p 97-113.

locaux abusent de cette possibilité d'imposer un reculement aux constructions bordant la voie publique en procédant à de véritables expropriations par le biais de la procédure simple et rapide de l'alignement individuel.

En réaction, le Conseil d'Etat modifie sa jurisprudence par un arrêt *Lebrun* du 5 avril 1862¹. Dorénavant, l'alignement individuel doit se borner à constater la limite existante entre la propriété et le domaine public, en prenant en compte la largeur actuelle de la voie publique. Si le maire entend élargir la voie au détriment des propriétés privées, il devra recourir à un plan général d'alignement. En 1867, la solution est étendue au pouvoir du préfet d'accorder un alignement individuel en matière de grande voirie². Le souci du juge d'assurer une protection effective du droit de propriété ressort clairement des commentaires d'Aucoc sur cette jurisprudence. Dans des conclusions prononcées en 1869, il explique ainsi que « *les propriétaires riverains vous paraissent manquer, en pareil cas, des garanties sans lesquelles l'administration ne peut imposer des sacrifices à ceux qu'entraîne un alignement. L'alignement, quand il a pour effet de forcer le propriétaire riverain à reculer ses constructions, aboutit, en effet, à une expropriation pour cause d'utilité publique. Il peut même aboutir aussi à une expropriation, dans le cas contraire, si le propriétaire refuse d'acquérir le sol retranché de la voie publique. Or, n'était-il pas étrange que le maire pût, à lui seul, prononcer, en fixant l'alignement, la déclaration implicite d'utilité publique qui entraîne l'expropriation, alors que notre législation réserve, en principe, ce droit au chef de l'Etat, qui ne peut l'exercer qu'après de nombreuses formalités et notamment après des enquêtes dans lesquelles tous les intérêts atteints par la mesure projetée peuvent se faire entendre.* »³. La nouvelle jurisprudence conduit logiquement le juge de l'excès de pouvoir à examiner les circonstances de fait

¹ CE, 5 avril 1862, *Lebrun, Rec.*, p 289 : « *Considérant que si les maires chargés par la loi des 16-24 août 1790, de veiller à tout ce qui intéresse la sûreté et la facilité du passage sur les rues et places publiques de leurs communes, ont le droit de délivrer des alignements aux particuliers qui veulent élever des constructions le long, et joignant lesdites rues et places, ces alignements ne peuvent avoir pour effet de procurer l'élargissement de la voie publique en dehors d'un plan régulièrement arrêté par l'autorité supérieure, soit pour l'ensemble des rues et places de la commune, soit pour une ou plusieurs de ces rues ;* ».

² CE, 25 mars 1867, *Valleran, Rec.*, p 310, concl. De Belbeuf.

³ Concl. Aucoc sur CE, 7 janvier 1869, *Commune de Bourg-le-Roi, Rec.*, p 17. Voir aussi un commentaire d'Aucoc datant de 1862 : « *ainsi, le Conseil d'Etat reconnaît que les maires ont le droit, lors même qu'il n'existe pas de plan d'alignement arrêté par l'autorité supérieure, de donner l'alignement aux propriétaires qui veulent construire le long des rues, des villes ou des villages. Mais dans ce cas le maire ne peut que maintenir à la rue sa largeur existante. S'il croit nécessaire d'élargir la voie publique (ou de la rétrécir, la situation est évidemment la même), il doit faire dresser, soit un plan partiel, soit un plan général, le soumettre à enquête, appeler le conseil municipal à en délibérer, puis demander l'approbation du préfet, et c'est seulement en application de ce plan que la situation respective de la rue et des propriétés riveraines pourrait être modifiée. Cette décision est un nouveau témoignage du respect pour les droits de la propriété qui inspire la jurisprudence du Conseil d'Etat, et bien qu'elle apporte un changement considérable aux traditions de l'administration consacrées par la cour de cassation, nous croyons pouvoir espérer que l'administration s'y rangera sans résistance, et qu'elle sera acceptée également par l'autorité judiciaire, parce qu'elle est satisfaisante à tous les points de vue, aussi bien pour l'intérêt public de la viabilité que pour les intérêts de la propriété privée.* » (*Rec. 1862*, p 291, note).

dans lesquelles l'arrêté d'alignement individuel a été rendu. Il faut déterminer si la délimitation entre la propriété privée et la voie publique effectuée par l'administration respecte les limites existantes. Le contrôle du Conseil d'Etat donne donc lieu à des appréciations factuelles qui ressortent bien de la rédaction des arrêts. Dans ce contentieux, il s'agit d'ailleurs d'un contrôle de la matérialité des faits plutôt que d'un contrôle de la qualification juridique, car aucune catégorie légale n'existe pour encadrer le pouvoir de délimitation entre les propriétés privées et la voie publique ; l'administration, et le juge à sa suite, doivent simplement constater un fait. Dans la décision *Valleran*, le Conseil d'Etat juge ainsi « *qu'il résulte de l'instruction et notamment des rapports ci-dessus visés des ingénieurs des ponts-et-chaussées en date des 9 et 10 janvier 1867 et des plans joints aux dits rapports que, de l'alignement donné par le préfet au sieur Valleran à la date du 15 septembre 1865, il résulte un élargissement de la route aux dépens de la propriété du sieur Valleran ; qu'il suit de là que le préfet du département d'Eure-et-Loire, en donnant l'alignement en question, et notre ministre des trav. Pub., en refusant d'annuler l'arrêté pris à cet effet par le préfet, ont excédé la limite de leurs pouvoirs* »¹.

450. Après 1872, la jurisprudence perpétue les mêmes solutions en vérifiant, en fait, la limite entre les propriétés privées et la voie publique pour apprécier la légalité d'un refus d'alignement individuel², voire d'un plan d'alignement³. De même, sont sanctionnés les refus d'alignement fondés sur la perspective proche d'une expropriation⁴.

La jurisprudence de la fin du XIXe siècle se situe donc dans une parfaite continuité avec les solutions du Second Empire. Dans le cas du contentieux de l'alignement, le juge vérifie la matérialité des faits pour s'assurer que l'administration a bien agi dans les limites de sa compétence. Jamais cependant le Conseil d'Etat ne formule ce raisonnement, ni dans les motifs des arrêts, ni par la bouche des commissaires du gouvernement. L'appréciation des faits n'est pas théorisée ; elle apparaît simplement comme une étape du contrôle de la compétence de l'autorité administrative.

b. – Le contentieux de la délimitation des rivières et de la mer.

¹ CE, 25 mars 1867, *Valleran, Rec.*, p 310, concl. De Belbeuf. Voir aussi CE, 7 janvier 1869, *Commune de Bourg-le-Roi, Rec.*, p 17 ; et CE, 5 avril 1862, *Lebrun, Rec.*, p 289 ; voir aussi les décisions citées par Aucoc (*Rec.* 1869, p 18) : CE, 31 mars 1865, *Poncelet, Rec.*, p 380 ; CE, 5 mai 1865, *Gibault, Rec.*, p 394 ; CE, 21 mai 1867, *Cardeau, Rec.*, p 498.

² CE, 21 mars 1879, *Taddéi, Rec.*, p 233 ; CE, 16 janvier 1891, *Palfray, Rec.*, p 3.

³ CE, 13 juillet 1892, *Bidault, Rec.*, p 615 ; CE, 18 février 1898, *Barthelon, Rec.*, p 129.

⁴ CE, 23 février 1883, *Dame Sarlandie, Rec.*, p 208. Voir aussi CE, 12 janvier 1883, *Matussière, Rec.*, p 32.

451. La volonté d'assurer une protection énergique de la propriété privée qui ne se réduise pas au versement d'une indemnité à la suite d'une dépossession illégale est encore au cœur de l'extension du contrôle du juge de l'excès de pouvoir dans le contentieux de la délimitation des rivages de la mer et des rivières¹. Car, comme en matière d'alignement, la fixation des limites du rivage ou du lit d'un fleuve est souvent l'occasion pour l'administration d'empiéter sur des propriétés privées.

Pour faire cesser ces pratiques, le Conseil d'Etat abandonne sa jurisprudence traditionnelle qui considérait que les actes de délimitation étaient insusceptibles de recours², et entreprend de vérifier si, *en fait*, la délimitation a bien respecté les limites naturelles de la mer ou du fleuve³. De cette manière, le juge de l'excès de pouvoir protège la propriété et moralise l'action administrative en sanctionnant l'incorporation expéditive de terrains privés au domaine public sans recours à la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique.

L'action du préfet de la Seine, le Baron Haussmann, donne l'occasion au commissaire du gouvernement l'Hôpital de formuler pour la première fois la nécessité d'un contrôle du fait en matière de délimitation des rives d'un fleuve. Dans le cadre des grands travaux de Paris, les limites de la Seine ont été fixées par un arrêté préfectoral, en incluant plusieurs terrains privés pour lesquels la procédure d'expropriation n'a pas été mise en œuvre. Examinant le recours pour excès de pouvoir introduit contre les actes de délimitation, l'Hôpital explique que l'appréciation de la compétence du préfet implique nécessairement l'examen des circonstances de fait, c'est-à-dire la correspondance entre les limites retenues par l'administration et les limites naturelles de la Seine. C'est l'exigence d'effectivité du recours qui justifie l'extension du contrôle au domaine du fait : « *Nous sommes d'accord avec les demandeurs sur ce point, que le Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoirs, peut et doit apprécier et caractériser l'acte qui lui est déféré, et que, pour cela, il est bien obligé d'entrer dans l'examen des faits. Il serait difficile, en doctrine, de déterminer le point précis où l'abus de pouvoirs devient excès de pouvoirs ; mais, en pratique, nous reconnaissons que si, malgré cette difficulté, le Conseil d'Etat n'entrait pas dans l'examen du fait, le droit qui appartient à chacun de lui déférer, pour être corrigés, les excès sinon les abus de pouvoirs en matière administrative, serait illusoire et que le recours ne s'exercerait pas utilement.* »⁴. Mais cette déclaration si claire du commissaire du gouvernement est obscurcie par la suite de ses propos. L'Hôpital estime ainsi que le

¹ Sur cette volonté d'apporter une protection directe au droit de propriété, voir Léon Aucoc, *De la délimitation du rivage de la mer et de l'embouchure des fleuves et rivières*, Paris, 1887.

² CE, 4 avril 1845, *Barsalon, Rec.*, p 173 ; CE, 31 mars 1847, *Balias de Soubran et Casse, Rec.*, p 175.

³ Voir Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition (1800-1872)*, BSA, LGDJ, 1999, p 435 et s. Grégoire Bigot étudie le contentieux de la délimitation sous l'angle de la répartition des compétences et montre que le développement du contrôle de la violation de la loi et des motifs s'explique aussi pour des raisons stratégiques de concurrence entre le juge administratif et le juge judiciaire.

⁴ Concl. l'Hôpital sur CE, 19 juillet 1860, *Port de Bercy, Rec.*, p 562.

Conseil d'Etat ne peut apprécier la correction factuelle de la délimitation du fleuve que pour sanctionner une *erreur manifeste*, seule constitutive d'un excès de pouvoir. Ainsi, le contrôle du juge de l'excès de pouvoir ne pourrait avoir lieu que dans l'hypothèse où le préfet a eu l'intention, par son acte de délimitation, de se prononcer sur la propriété d'un terrain non seulement pour le présent et l'avenir, mais aussi pour le passé ; dans cette hypothèse, l'excès de pouvoir est manifeste. En revanche, si l'inclusion du terrain dans le domaine public n'a d'effet que pour l'avenir, alors il s'agit d'une expropriation indirecte dont la connaissance relève du juge judiciaire. Finalement, le Conseil d'Etat renvoie les propriétaires devant la juridiction judiciaire après avoir admis la compétence du préfet de la Seine, et sans avoir opéré un contrôle du fait¹.

452. Le revirement de jurisprudence intervient nettement en 1863², à propos d'un décret de délimitation du rivage de la mer pris par le chef de l'Etat en vertu du décret-loi du 21 février 1852. Les époux Drillet de Lannigou ont vu une partie de leurs terrains incorporée au domaine public par un décret de délimitation du rivage de l'embouchure de la Cauche. Aux termes de l'ordonnance d'août 1681 qui pose le critère de délimitation des limites naturelles de la mer, constitue le rivage « *tout ce que la mer couvre et découvre pendant les nouvelles et pleines lunes et jusqu'où le plus grand flot de mars se peut étendre sur les grèves* ». L'existence de cette catégorie légale, de cet encadrement matériel de la compétence de délimitation, ouvre la voie à un contrôle de l'exactitude matérielle des faits ainsi que de la qualification juridique des faits au regard de l'ordonnance de 1681. Le commissaire du gouvernement l'Hôpital se place implicitement sur ce terrain puisqu'il considère que la question d'excès de pouvoir tient intégralement dans la question de l'exacte application de l'ordonnance de 1681³. De même, l'arrêt procède à un contrôle de qualification juridique des faits ; après avoir constaté que les terrains litigieux sont situés à 15 kilomètres de l'embouchure de la rivière, c'est-à-dire en un point que le flux et le reflux de la marée n'atteint pas aux grands flots de mars, le Conseil d'Etat en conclut que le décret de délimitation n'a pas respecté le critère posé par l'ordonnance de 1681⁴. Postérieurement à cet arrêt, le contrôle du fait se développe en matière de délimitation du domaine public. Le plus souvent d'ailleurs, l'opération de qualification juridique n'est pas aussi claire que dans l'arrêt *Drillet de Lannigou*, car en dehors de l'hypothèse de la délimitation des rivages de la mer, il n'existe pas de critère explicite posé par la loi

¹ CE, 19 juillet 1860, *Port de Bercy, Rec.*, p 562.

² CE, 27 mai 1863, *Drillet de Lannigou, Rec.*, 471, concl. l'Hôpital. Déjà, en matière de délimitation des rives des fleuves, un arrêt précurseur : CE, 23 mai 1861, *Coquart, Rec.*, p 412. Voir aussi Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, p 165.

³ Concl. l'Hôpital sur CE, 27 mai 1863, *Drillet de Lannigou, Rec.*, 471.

⁴ CE, 27 mai 1863, *Drillet de Lannigou, Rec.*, 471.

pour déterminer les limites du domaine public. Le contrôle s'apparente alors plutôt à une simple vérification de l'exactitude matérielle des faits¹.

453. Encore une fois, le juge administratif républicain hérite de cette jurisprudence sans apporter de modification du point de vue de la conception du contrôle ou de son intensité². Dans les affaires les plus importantes de la fin du XIXe siècle, les commissaires du gouvernement ne reviennent pas sur les raisons qui justifient l'examen du fait en matière de délimitation, et ne profitent pas de ce contentieux pour reformuler les techniques de contrôle ; ils se contentent de faire référence à la jurisprudence traditionnelle du Second Empire³. En revanche, le Conseil d'Etat républicain prend une part plus active que sous le Second Empire dans l'établissement des faits ; en atteste la vérification sur les lieux effectuée par la formation de jugement dans l'affaire *Duval* de 1882, ou les vérifications contradictoires menées lors de l'affaire *Drouet* de 1890⁴.

B. – Vers des techniques modernes de contrôle des motifs ? L'exemple du contentieux des mesures de police municipale.

454. Pour affiner la compréhension de la nature du contrôle des motifs effectué par le juge administratif à la fin du XIXe siècle, il est instructif de se pencher sur le contentieux des mesures de police municipale. Il illustre l'inachèvement et la stagnation des techniques de contrôle, mais aussi les efforts et les tâtonnements du Conseil d'Etat pour faire évoluer son contrôle et l'adapter aux institutions républicaines. En outre, son étude permettra de mieux comprendre les évolutions consacrées par la jurisprudence développée par le Conseil d'Etat dans le contentieux de la police des cultes après la Séparation.

455. Alors que le contentieux des arrêtés de police administrative était résiduel sous le Second Empire en raison du développement de l'exception de recours parallèle, l'abandon de cette fin de non-recevoir en la matière dans les années 1870⁵ ouvre la voie au contrôle juridictionnel. Si le

¹ Voir, en matière de délimitation du domaine portuaire et fluvial : CE, 3 décembre 1863, *Meurillon, Rec.*, p 797, concl. Faré ; CE, 9 février 1865, *D'Andigné de Resteau, Rec.*, p 171, concl. l'Hôpital ; CE, 12 juillet 1866, *Follin, Rec.*, p 815 ; CE, 13 décembre 1866, *Richet et Coicaud* (2 esp), *Rec.*, p 1150.

² CE, 23 avril 1875, *Bélamy, Rec.*, p 376 ; confirmation implicite par CE, 4 août 1876, *Courage Du Parc, Rec.*, p 782 ; CE, 10 mars 1882, *Duval et autres riverains de la basse Seine, D.P.*, 1883, III, p 73 ; CE, 24 janvier 1890, *Drouet, Rec.*, p 73. Et voir la présentation de Laferrière : Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, 1^{ère} éd, Berger-Levrault, 1888, p 512.

³ Concl. Le Vavasseur de Précourt sur CE, 10 mars 1882, *Duval et autres riverains de la basse Seine, D.P.*, 1883, III, p 73 ; Concl. Le Vavasseur de Précourt sur CE, 24 janvier 1890, *Drouet, Rec.*, p 73.

⁴ CE, 10 mars 1882, *Duval et autres riverains de la basse Seine, D.P.*, 1883, III, p 73 ; CE, 24 janvier 1890, *Drouet, Rec.*, p 73.

⁵ Voir *supra*, n°415 et s.

nombre de recours progresse effectivement, le Conseil d'Etat n'est pas face à un contentieux de masse, comme il le deviendra au début du XXe siècle. De plus, la consultation des études doctrinales sur la police municipale montre que cette matière reste largement perçue sous l'angle de la jurisprudence judiciaire, qui est beaucoup plus ancienne et abondante que la jurisprudence administrative¹. Il n'en reste pas moins que le développement de ce contentieux donne une occasion au Conseil d'Etat d'étendre le domaine du contrôle de la violation de la loi et des motifs. Mais ce mouvement ne se déroule pas selon la logique moderne de la violation de la loi. On ne trouve donc pas encore formulées, à la fin du XIXe siècle, les étapes modernes du contrôle de légalité interne des mesures de police, c'est-à-dire l'examen de la matérialité des faits, le contrôle subjectif du détournement de pouvoir, le contrôle objectif de l'erreur de droit, le contrôle de la qualification juridique des faits et l'examen de l'adéquation des mesures prises au regard de la nature des menaces à l'ordre public.

456. En fait, c'est la continuité avec le Second Empire qui domine la jurisprudence, notamment s'agissant des catégories de droits protégés par le juge administratif. La continuité se manifeste de plusieurs manières. Elle résulte d'abord de la prédominance de la logique du détournement de pouvoir dans le contrôle de la légalité interne (I.) ; par ailleurs, la sanction de la violation de la loi reste dominée par la logique de l'incompétence (II.) ; ceci étant dit, la continuité n'est pas totale car certaines évolutions jurisprudentielles préparent la modernisation du contrôle des motifs (III.).

I. – La prédominance du détournement de pouvoir dans le contentieux des mesures de police.

457. Une des premières explications de la stagnation du contrôle des motifs à la fin du XIXe siècle tient à la prédominance du détournement de pouvoir dans ce contentieux. Ce cas d'ouverture est le principal moyen de légalité interne invoqué à l'appui des arrêtés de police administrative². Or, si la naissance du détournement de pouvoir est un progrès indéniable du contrôle juridictionnel, et du contrôle des motifs en particulier, ce progrès est limité. En effet, alors que le cas d'ouverture de la

¹ Rappelons que cette jurisprudence judiciaire, émanant de la chambre criminelle de la Cour de cassation, résulte de la compétence du juge de simple police pour apprécier la légalité des arrêtés municipaux à l'occasion d'un procès. Pour un exemple de présentation doctrinale qui se fonde essentiellement sur la jurisprudence judiciaire pour décrire le contrôle juridictionnel sur les mesures de police, voir Léon Béquet, *Traité de la commune (extrait du Répertoire du droit administratif)*, Paris, 1888, p 136 et s.

² Voir la jurisprudence rapportée par M. Tchernoff, *Du pouvoir réglementaire des maires*, Pédone, 1899, p 119 et s ; Jules Renault, *Des actes discrétionnaires*, Thèse, Paris, Pédone, 1899, p 117 et s ; Louis Imbert, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir (1872-1900)*, Paris, Dalloz, 1952, p 151 et s.

violation de la loi porte en lui la potentialité d'un contrôle de tous les antécédents de droit et de fait qui fondent une décision au regard du droit positif, le détournement de pouvoir n'ouvre la voie qu'à un examen du but poursuivi par l'administrateur. A cet égard, le détournement de pouvoir se rapproche de l'erreur de droit, car il porte sur les *motifs de droit* de l'acte administratif. En matière de police, le détournement de pouvoir a pour effet, comme l'erreur de droit, de sanctionner l'adoption de motifs ou la poursuite de buts non prévus par la compétence de police municipale. La spécificité du détournement de pouvoir résulte de ce qu'il rend possible la recherche des motifs occultes des décisions administratives ; c'est d'ailleurs ce qui fait son succès à une époque où la motivation des actes administratifs est rare et souvent peu fournie.

Cette fonction du détournement de pouvoir résulte clairement des explications données par les juristes de la fin du XIX^e siècle, et des différentes catégories de détournement de pouvoir sanctionnées par le Conseil d'Etat. Selon une formulation souvent reprise par les arrêts, le détournement de pouvoir est constitué lorsque l'autorité administrative a usé de ses pouvoirs pour un objet autre que celui à raison duquel ils lui ont été conférés¹. Aussi, comme l'indique Laferrière, la juridiction administrative ne peut pas « *rechercher si un préfet ou un maire a fait de la bonne ou mauvaise police, mais elle a le droit de se demander s'il a réellement fait de la police ou bien s'il a fait, sous cette apparence, quelque chose qu'il n'avait pas le droit de faire.* »². Ici apparaît l'idée que le contrôle du détournement de pouvoir permet de déterminer si une mesure de police, *fondée sur les motifs qui sont les siens*, rentre bien dans le champ du pouvoir de police exercé par l'autorité administrative.

Deux grandes hypothèses émergent de la jurisprudence. D'abord, l'administration peut, sous couvert de police administrative, poursuivre des buts totalement étrangers à l'ordre public, comme des buts politiques ou une vengeance³, ou encore des intérêts purement privés. Ainsi, dans l'exercice de ses pouvoirs de réglementation des halles et marchés, le maire doit veiller à la fidélité et à la salubrité des denrées vendues, et non avoir pour objectif de favoriser le commerce local⁴. Ensuite, l'autorité de police ne peut se contenter de poursuivre n'importe quel aspect de l'intérêt général. Elle doit viser seulement la réalisation de l'ordre public tel qu'il a été défini par la

¹ Voir Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, 1^{ère} éd, Berger-Levrault, 1888, p 521 et s.

² Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, 1^{ère} éd, Berger-Levrault, 1888, p 524.

³ CE, 13 janvier 1893, *Potiron, Rec.*, p 6 ; CE, 1^{er} juillet 1898, *La Seymoise, Rec.*, p 498. Ces arrêts sanctionnent des arrêtés municipaux qui, par volonté de vengeance, interdisent à des sociétés de musique déterminées de défiler sur la voie publique alors que les autres sociétés de musique y sont autorisées.

⁴ CE, 3 décembre 1875, *Clarouin, Rec.*, p 951 ; CE, 22 mai 1896, *Carville et autres, S.*, 1897, III, p 121, note Hauriou. Voir en outre la jurisprudence rapportée par Louis Imbert, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir (1872-1900)*, Paris, Dalloz, 1952, p 152 et s.

compétence qu'elle exerce. Par exemple, il n'est pas possible de poursuivre des objectifs fiscaux par le biais d'une compétence de police générale ou spéciale. L'autorité de police ne peut donc prescrire l'arrachage des herbes dans les interstices des pavés de la voie publique dans le seul but d'éviter des dépenses à la commune¹. De même, un maire ne peut pas réglementer la vente de la viande ou du poisson dans les marchés, non pas pour assurer la fiabilité et la salubrité des denrées, mais pour accroître les ressources financières de la commune². Enfin, le préfet doit exercer la police des établissements insalubres dans l'intérêt de la salubrité publique, et non pour éviter à l'Etat d'avoir à verser des indemnités dues à raison de l'établissement d'un monopole de la production d'allumettes³.

458. Ces quelques exemples montrent que le contrôle du détournement de pouvoir ne permet pas un contrôle poussé des motifs. L'examen du Conseil d'Etat ne s'étend pas aux faits ; et si le juge prolonge ses investigations au *contexte factuel* d'une décision, ce n'est pas pour apprécier les motifs de fait de cette décision, mais pour identifier les buts poursuivis par l'administrateur. Le détournement de pouvoir permet au juge de s'assurer qu'une mesure de police rentre bien dans le champ du pouvoir de police. En revanche, le juge ne peut, sur le fondement du détournement de pouvoir, apprécier si les limitations aux droits ou aux libertés contenues dans une mesure de police sont bien strictement justifiées au regard des objectifs d'ordre public poursuivis. Ainsi donc, la logique du détournement de pouvoir ne permet pas le développement d'un contrôle de la qualification juridique des faits ou de l'adéquation. De ce point de vue, les potentialités du détournement de pouvoir pour faire progresser le contrôle des motifs sont limitées.

Elles le sont d'autant plus que l'efficacité de ce cas d'ouverture est compromise par les difficultés de l'administration de la preuve. Depuis le Second Empire, le Conseil d'Etat refuse de rechercher lui-même le détournement de pouvoir par des mesures d'instruction ou en mandant les administrateurs à la barre. En ce sens, Laferrière explique que « *le détournement de pouvoir étant ainsi caractérisé par l'incorporation du but, des intentions qui ont guidé l'administrateur, plutôt que par des prescriptions ouvertement illégales, il en résulte que la tâche du Conseil d'Etat, dans l'appréciation de ce grief, est particulièrement délicate. Juge administratif, il ne peut pas mander à sa barre les agents de l'administration active pour leur demander compte des motifs de leurs décisions, il ne peut pas non plus organiser d'enquêtes en dehors d'eux, pour scruter leurs arrières pensées et vérifier les motifs de leurs actes. De telles investigations, permises au supérieur*

¹ CE, 20 décembre 1872, *Billette, Rec.*, p 732.

² CE, 15 février 1895, *Tostain, Leboucher et autres, Rec.*, p 150 ; CE, 21 décembre 1900, *Trotin et autres, S.*, 1903, III, p 57, note Hauriou ; CE, 24 mars 1899, *Syndicat des bouchers de Bolbec, Rec.*, p 241.

³ CE, 26 novembre 1875, *Pariset et Laumonier-Carriol, Rec.*, p 936.

hiérarchique, sont interdites au juge administratif qu'elles feraient indument pénétrer dans l'administration active. La preuve du détournement de pouvoir doit donc résulter, autant que possible, de documents émanés de l'administration elle-même et versés par elle au dossier, soit spontanément, soit sur la demande que le Conseil d'Etat a pu faire »¹. Dès lors, l'illégalité doit résulter du dispositif même de la décision, ou des motifs apparents, ce qui est rare, ou enfin du dossier transmis par l'administration au Conseil d'Etat, notamment des courriers échangés entre services ou avec les administrés².

II. – La perpétuation de la logique de l'incompétence dans le cadre de la violation de la loi.

459. Si le détournement de pouvoir est dominant dans le contentieux des mesures de police administrative, il coexiste avec le contrôle de la violation de la loi et des droits acquis. Des arrêtés municipaux ou préfectoraux sont régulièrement contestés sur le fondement du droit de propriété, de la liberté du commerce et de l'industrie, ou plus rarement d'une autre liberté publique. A la fin du XIXe siècle, l'idée que l'exercice des pouvoirs de police administrative doit respecter les droits subjectifs et les libertés des administrés est admise par le juge administratif, comme en attestent les déclarations des commissaires du gouvernement³. Compte tenu de l'indétermination de la notion d'ordre public et du large champ d'application des droits et des libertés invoqués par les administrés, l'appréciation de la légalité d'une mesure de police conduit inmanquablement le Conseil d'Etat à entreprendre un examen précis des motifs de droit et de fait dans chaque affaire. Les explications du conseiller d'Etat Léon Béquet montrent que cette dynamique est bien perçue par les membres de la juridiction administrative : « *L'autorité municipale peut se rendre coupable d'excès de pouvoir de deux manières différentes, soit que le maire prenne un arrêté contraire à une disposition de loi ou qu'il statue sur les objets qui n'ont pas été confiés à son autorité par les lois sur la matière, empiétant ainsi sur les attributions d'un autre pouvoir, soit que le maire, agissant dans l'intérêt communal, prenne un arrêté sur une matière rentrant dans le cercle de ses attributions, mais en*

¹ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, 1^{ère} éd, Berger-Levrault, 1888, p 523.

² Sur les modalités de preuve du détournement de pouvoir, voir Henri Ebrén, *Théorie du détournement de pouvoir*, Thèse, Lyon, 1901 ; et Louis Imbert, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir (1872-1900)*, Paris, Dalloz, 1952, p 160 et s.

³ Voir par exemple concl. Le Vasseur de Précourt sur CE, 18 janvier 1884, *Belleau, Rec.*, p 49 : « *Les pouvoirs de police municipale ne peuvent porter atteinte ni aux principes fondamentaux du droit public proclamés en 1789, ni aux règles établies par une législation spéciale sur une matière déterminée.* ». La formule est reprise par le même commissaire dans des conclusions prononcées à l'occasion de CE, 13 mars 1885, *Vignet, Rec.*, p 296.

ayant recours à des mesures qui blessent d'une manière notable des intérêts qui ont droit à la protection de la loi. Dans le premier cas, l'excès de pouvoir du maire est évident, mais il n'en est pas de même dans le second. Les lois s'étant contentées de confier à la vigilance de l'autorité municipale la protection de certains intérêts, tels que la tranquillité de la commune, la salubrité, etc, sans expliquer quelles mesures elle pourrait prendre pour atteindre ce but, on comprend qu'il est impossible d'établir d'une manière générale quand les arrêtés municipaux ne sont que l'usage régulier mais excessif du pouvoir municipal, et quand ils en présentent l'usage irrégulier et par conséquent illégal. Ce n'est que par l'examen des faits qu'on peut prononcer, en examinant, dans chaque espèce particulière, si l'avantage général, au nom duquel agit le maire, existe d'une manière sérieuse, et s'il doit l'emporter ou non sur les droits qui luttent contre lui. »¹.

Cette présentation n'est pas éloignée des conceptions modernes du contrôle juridictionnel des mesures de police, mais elle s'en distingue sur plusieurs points. D'une part, elle reste marquée par son niveau de généralité. Si Léon Béquet relève l'idée d'une conciliation entre les pouvoirs de police et les libertés, ainsi que la nécessité d'un examen factuel pour le juge, il en reste là. Il ne décompose pas le travail du juge sur les motifs, en distinguant l'exactitude des faits, leur qualification juridique et l'adéquation ou la nécessité des mesures prises. D'autre part, la conception du contrôle des mesures de police n'est pas, à la fin du XIXe siècle, rattachée et articulée à une conception d'ensemble du contrôle juridictionnel en général et du contrôle des motifs en particulier. Le raisonnement du juge et les réflexions de la doctrine sont donc dominés à cette époque par l'empirisme, de sorte que la formulation d'une doctrine cohérente de la violation de la loi et du contrôle des motifs est essentiellement inachevée au début de la IIIe République.

L'inachèvement se manifeste particulièrement par la place que tient la notion de compétence dans l'opération de conciliation entre les pouvoirs de police et les droits individuels. Souvent, le juge administratif ne recherche pas directement si les limitations aux droits individuels qui résultent d'une mesure de police sont justifiées compte tenu de la menace pour l'ordre public, mais tente *de déterminer si la manière dont la mesure de police a réglementé un droit individuel ne révèle pas l'exercice par l'autorité de police d'une compétence dont elle ne dispose pas*. Dans ce cadre, les potentialités du contrôle des motifs de fait ne sont pas complètement exploitées ; l'inachèvement des méthodes du juge de l'excès de pouvoir limite donc les progrès de l'examen du fait. Le phénomène est nettement illustré par la jurisprudence relative aux restrictions à la liberté du commerce et de

¹ Léon Béquet, *Traité de la commune (extrait du Répertoire du droit administratif)*, Paris, 1888, p 164. Voir aussi M. Tchernoff, *Du pouvoir réglementaire des maires*, Pédone, 1899 ; Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900. Toutefois, l'idée d'une forte limitation des investigations du juge en matière de police représente l'opinion commune avant les années 1880. En ce sens, voir Maurice Block, « Police », in *Dictionnaire de l'administration française*, Maurice Block (dir), Berger-Levrault, p 1505.

l'industrie. L'exemple de quelques arrêts importants de la fin du XIXe siècle, éclairés par les conclusions des commissaires du gouvernement, va permettre de saisir le raisonnement du juge administratif.

460. Commençons par évoquer les arrêts relatifs aux limitations à la liberté du commerce et de l'industrie. Dans l'affaire *Syndicat des propriétaires des Bains de Paris et du département de la Seine*¹ du 27 mars 1887, le requérant conteste une ordonnance du préfet de police réglementant les établissements de bains par le biais de diverses normes techniques très précises relatives aux chaudières, aux réservoirs d'eau chaude, à l'ouverture des cabines de bain, à la pose de robinets, ou encore à la dimension des étuves et à leur mode d'aération. Le requérant estime que par leur trop grande précision et leur caractère contraignant, ces dispositions violent la liberté du commerce et de l'industrie.

Pour apprécier le bien fondé du moyen, le commissaire du gouvernement Valabrègue se place sur le terrain de la compétence ; il cherche à savoir si « *les mesures prescrites par l'ordonnance du 25 novembre 1885 sont renfermées dans le cercle des attributions conférées par les lois à l'autorité municipale* »². Valabrègue explique que deux limites encadrent le pouvoir de police administrative. D'abord, l'autorité inférieure doit respecter les mesures prises par l'autorité supérieure. Ensuite, l'autorité de police ne peut sortir de sa compétence en réglementant et en organisant une profession au lieu de faire de la police administrative : « *Toute prescription qui aurait pour objet de soumettre, sous prétexte de salubrité et de sécurité publiques, à une réglementation plus ou moins heureuse, une industrie ou un commerce qui peut librement s'exercer, sans aucune autorisation, serait prise en dehors des attributions légales de l'autorité municipale. La liberté du commerce et de l'industrie fait obstacle à ce que le maire règle par ses arrêtés l'exercice de ces professions* »³. Le raisonnement est construit à partir de la notion d'incompétence. Le commissaire du gouvernement ne cherche pas à déterminer si telle limitation de la liberté du commerce et de l'industrie est justifiée par un risque pour la salubrité publique ; il veut plutôt savoir si la décision du préfet, compte tenu de ses dispositions, se rattache à la compétence de police municipale ou bien à la compétence d'organisation d'une profession que seul le législateur peut exercer.

La nature des questions posées par le commissaire du gouvernement impose donc de rechercher le but et l'objet de la mesure de police pour déterminer si l'administration est sortie de sa

¹ CE, 25 mars 1887, *Syndicat des propriétaires des Bains de Paris et du département de la Seine*, Rec., p 255, concl. Valabrègue.

² Concl. Valabrègue sur CE, 25 mars 1887, *Syndicat des propriétaires des Bains de Paris et du département de la Seine*, Rec., p 255.

³ Concl. Valabrègue sur CE, 25 mars 1887, *Syndicat des propriétaires des Bains de Paris et du département de la Seine*, Rec., p 255.

compétence et a, par suite, méconnu la liberté du commerce et de l'industrie : « *Quand il s'agira d'examiner la légalité des mesures prescrites pour ces industries ou commerces qui s'exercent dans les lieux publics, il y aura lieu de rechercher quel est le but et l'objet des dispositions imposées. Si ces dispositions ont pour but et pour objet la salubrité, la sécurité et le maintien du bon ordre, elles seront légales et obligatoires ; si, au contraire, elles constituent une restriction à l'exercice d'une profession libre, si elles sont une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ou imposent des obligations à une industrie et un commerce non soumis à autorisation, elles auront été prises en dehors des limites des pouvoirs conférés à l'autorité municipale* »¹. La motivation de l'arrêt du Conseil d'Etat confirme que contrôle du juge administratif, tel qu'il est présenté par Valabrègue, est focalisé sur l'examen du but et des motifs de droit des mesures de police : « *En ce qui concerne la disposition n°2 relative à l'aménagement du local contenant les réservoirs d'eau chaude : – Considérant que s'il appartient au préfet de police d'enjoindre aux propriétaires des établissements de bains de faire disparaître le danger pouvant résulter pour les habitations du voisinage desdits réservoirs, aucune disposition de loi ne l'autorisait à spécifier le travail à effectuer ; que par suite, en prescrivant de préserver les murs séparatifs par un contre-mur hourdé et enduit au ciment dans toute la longueur de l'étage, le préfet de police a excédé ses pouvoirs ; / En ce qui concerne les dispositions n°3, 4, 5, 7, 8, relatives aux bains chauds et médicinaux qui règlent le mode d'ouverture des cabines, la pose des robinets à eau chaude, l'écoulement des eaux sulfureuses et les dispositions générales relatives à l'installation d'une boîte de secours : – Considérant que ces diverses prescriptions ont pour but d'assurer les unes la sécurité des baigneurs et les autres la salubrité des voies publiques ; que, par suite, elles rentrent dans les attributions conférées au préfet de police ; / En ce qui concerne la disposition n°6 relative aux bains chauds et médicinaux et les dispositions relatives aux bains de vapeur qui ont trait aux dimensions des cabines et des étuves, à leur mode d'aération et aux matériaux des parois des étuves dans les établissements de bains déjà existants : Considérant que s'il appartient au préfet de prescrire les mesures que lui paraîtrait exiger l'aération des cabines et étuves et d'interdire l'usage de celles qui ne pourraient pas être ventilées d'une façon suffisante, il n'a pu, sans excéder ses pouvoirs, imposer des dimensions uniformes et obligatoires pour les cabines des étuves des établissements de bains déjà existants ni prescrire un mode déterminé d'aération* »².

Le rapprochement des conclusions de Valabrègue et de l'arrêt montre que le contrôle du juge consiste à identifier le type de compétence – ou d'intervention normative – mise en œuvre par le

¹ Concl. Valabrègue sur CE, 25 mars 1887, *Syndicat des propriétaires des Bains de Paris et du département de la Seine, Rec.*, p 255.

² CE, 25 mars 1887, *Syndicat des propriétaires des Bains de Paris et du département de la Seine, Rec.*, p 255.

préfet de police. Si le but et l'objet de la décision relèvent de la compétence de police, alors l'acte est légal et il n'est pas nécessaire de rechercher si les limitations à la liberté du commerce et de l'industrie sont correctement justifiées *en fait* par des risques de trouble à l'ordre public (« *Considérant que ces diverses prescriptions ont pour but d'assurer les unes la sécurité des baigneurs et les autres la salubrité des voies publiques ; que, par suite, elles rentrent dans les attributions conférées au préfet de police* »). En revanche, si le Conseil d'Etat reconnaît dans l'acte contesté l'exercice d'une compétence d'organisation et de réglementation d'une profession, alors la liberté du commerce et de l'industrie a été violée.

Pour discriminer entre la police municipale et l'organisation d'une profession, le juge administratif s'intéresse à la teneur des prescriptions prévues par la décision attaquée. Ainsi, le préfet de police peut légalement imposer des *obligations de faire* sur le fondement de sa compétence de police municipale, mais il ne peut imposer les *moyens* permettant de remplir ces obligations sans empiéter sur la compétence d'organisation d'une profession qui appartient au législateur (« *aucune disposition de loi ne l'autorisait à spécifier le travail à effectuer ; que par suite, en prescrivant de préserver les murs séparatifs par un contre-mur hourdé et enduit au ciment dans toute la longueur de l'étage, le préfet de police a excédé ses pouvoirs* » ; « *il n'a pu, sans excéder ses pouvoirs, imposer des dimensions uniformes et obligatoires pour les cabines les étuves des établissements de bains déjà existants ni prescrire un mode déterminé d'aération* »). Comme l'explique Hauriou, la jurisprudence de la fin du XIXe siècle en matière de police développe son contrôle par le biais de l'opposition entre les objectifs et les moyens¹. Mais Hauriou n'a pas perçu les limites de ces conceptions. L'opposition objectifs/moyens s'inscrit en effet dans une forme de raisonnement juridictionnel dominé par la logique de l'incompétence, ce qui a pour effet de freiner la construction d'un contrôle poussé des motifs dans le cadre de la violation de la loi.

461. L'arrêt *Belleau* du 18 janvier 1884² illustre à la fois la permanence de la logique de l'incompétence et les divergences au sein de la juridiction administrative sur la portée à donner à la législation républicaine en construction dans le domaine des libertés publiques. Le requérant conteste un arrêté municipal soumettant à autorisation préalable l'exercice de la profession de crieur public. Relevons immédiatement qu'il existe à l'époque deux catégories de crieurs publics : ceux

¹ Voir par exemple Maurice Hauriou, note sous CE, 4 février 1898 et 18 mars 1899, *T. et Nonalhier ; les gardes-faisans et les cliniques de tuberculeux, S.*, 1899, III, p 1 ; note sous CE, 9 mars 1900, *Héritiers Bouchers d'Argis et Syndicat des propriétés immobilières de la ville de Paris, S.*, 1901, III, p 1. De même, M. Tchernoff, *Du pouvoir réglementaire des maires*, Pédone, 1899.

² CE, 18 janvier 1884, *Belleau, Rec.*, p 49, concl. Le Vavasseur de Précourt ; note anonyme, *D.P.*, 1885, III, p 73.

qui diffusent les annonces diverses, annoncent les ventes publiques ou les objets trouvés, et ceux qui vendent des journaux et des écrits dans la rue.

L'arrêté du maire concerne la première catégorie de crieurs et l'enjeu du litige consiste à déterminer l'influence de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 sur le sort de ces derniers. En reconnaissant la liberté de la presse, le législateur a-t-il soustrait les crieurs d'annonces au régime de l'autorisation préalable qui prévalait antérieurement ? Dans une perspective résolument libérale fondée sur l'étude des travaux préparatoires de la loi du 29 juillet 1881, le commissaire du gouvernement Le Vavasseur de Précourt estime que le législateur a établi un régime étendu de liberté comprenant la communication par la *parole*, incluant ainsi l'activité des crieurs d'annonces dans le champ de la liberté de la presse, alors même que, contrairement aux crieurs de journaux, il ne diffusent pas la presse ou des écrits.

Si l'existence d'un régime de liberté est affirmée par Le Vavasseur de Précourt, cela ne signifie pas qu'aucune réglementation ne peut désormais intervenir à l'égard des crieurs publics. Le pouvoir de police du maire subsiste et doit respecter les droits individuels, notamment la liberté du commerce et de l'industrie. Comme dans l'affaire précédente, le commissaire du gouvernement se place sur le terrain de la compétence pour opposer la simple police municipale et la réglementation d'une profession par l'instauration d'un monopole ou d'un système d'autorisation préalable. Lorsque le maire passe de l'une à l'autre, il exerce une compétence qui n'est pas la sienne et commet un excès de pouvoir. En l'espèce, aux yeux du commissaire du gouvernement, l'arrêté du maire s'est aventuré dans le domaine de la réglementation d'une profession et doit être jugé illégal à ce titre.

Mais le Conseil d'Etat rejette la requête en éludant la question de l'examen des motifs. Il se place sur le terrain du champ d'application de la loi, excluant les crieurs d'annonces de la protection de la loi du 29 juillet 1881 aux termes d'une interprétation moins libérale que celle de son commissaire du gouvernement. Le régime restrictif des lois du 10 décembre 1830 et 16 février 1834 subsiste donc à l'égard des crieurs d'annonces, autorisant le maire à instituer un régime d'autorisation préalable¹.

462. L'arrêt *Vignet*² du 13 mars 1885 présente une situation similaire, mais se distingue de l'affaire *Belleau* en ce qu'aucune législation spéciale ne vient confier des pouvoirs d'autorisation préalable à l'autorité de police. Le sieur Vignet demande l'annulation d'une ordonnance du préfet de police de

¹ La Cour de cassation adopte une solution convergente : Cass., 30 octobre 1885, *Enault c/ Ministère public*, D.P., 1886, I, p 177, rapport Vételay, note anonyme ; Cass., 16 février 1888, rapport Vételay, *Journal du droit administratif*, juin 1888, 237.

² CE, 13 mars 1885, *Vignet*, Rec., p 296, concl. Le Vavasseur de Précourt.

Paris soumettant l'élevage des abeilles à Paris à autorisation préalable. Classiquement, le commissaire du gouvernement rappelle que les mesures de police ne doivent pas porter atteinte aux droits individuels, puis montre ensuite que l'instauration d'un régime d'autorisation préalable ne relève plus de la police municipale mais de la réglementation d'une profession. Ici encore, c'est le niveau de contrainte et de précision des prescriptions d'un arrêté de police municipale qui fait passer une mesure dans le champ de la compétence d'organisation d'une profession. Le Conseil d'Etat adopte ce raisonnement en annulant la décision du préfet de police¹.

463. Enfin, dans l'arrêt *Ponthas* du 7 décembre 1888², le requérant attaque une décision du préfet de police refusant l'autorisation de créer un service d'omnibus à Paris. Pour justifier la légalité de la décision au regard de la liberté du commerce et de l'industrie, le commissaire du gouvernement Gauvain raisonne exclusivement sous l'angle de la compétence. Il se borne à affirmer l'existence de limites à la liberté du commerce et de l'industrie, limites concrétisées par la compétence de police administrative générale exercée à Paris par le préfet de police. Ainsi, la seule évocation d'une compétence de réglementation en vue de préserver l'ordre public suffit à justifier la décision attaquée. Encore faut-il que le préfet de police ait bien fait de la police, et qu'il n'ait pas, par exemple, agi dans le seul but de réglementer une profession. Gauvain vérifie ce point en examinant un moyen tiré du détournement de pouvoir, expliquant que le préfet de police n'a pas eu en vue de perpétuer un monopole des services d'omnibus, donc de réglementer une profession, mais a vraiment poursuivi la préservation de l'ordre public. Ces considérations suffisent au commissaire du gouvernement pour conclure au rejet de la requête, et convainquent le Conseil d'Etat.

464. Dans les exemples qui précèdent, la forme de raisonnement employée par le juge garde la trace des conceptions classiques et anciennes du juge administratif. Ces dernières postulent que les limitations que l'administration peut apporter aux droits et libertés ont été prévues et validées *a priori* par l'acte législatif ou réglementaire qui institue la compétence de l'autorité administrative. L'atteinte aux droits individuels est donc légitimée en bloc et il n'est pas nécessaire de vérifier, à chaque décision individuelle, si les limites imposées aux droits sont strictement justifiées et proportionnées compte tenu du contexte factuel.

Cette logique est exprimée par Foucart en 1843 dans le contexte conceptuel de l'époque : « *Il ne faut pas croire que la réclamation soit fondée sur un droit, et par conséquent soit contentieuse,*

¹ Pour une décision analogue à propos de la vente à la criée, voir CE, 9 avril 1886, *Argellier, Merlat, Soviche, Rec.*, p 310.

² CE, 7 décembre 1888, *Ponthas, D.P.*, 1890, III, p 9, concl. Gauvain.

par cela seul qu'elle s'élève à l'occasion d'un droit qui est froissé, car il n'y a guère de décision administrative qui ne froisse très légalement soit un droit personnel, soit un droit réel : ainsi, par exemple, un arrêté du maire ordonnant de balayer les rues froisse la liberté individuelle ; un arrêté du préfet qui établit un chemin de halage sur le bord d'une rivière navigable froisse le droit de propriété. Cependant ces actes émanent du pouvoir discrétionnaire, et ne peuvent être attaqués par la voie contentieuse. Ce n'est point, comme on l'a dit, une exception, un déclassement, c'est une application du principe fondamental qui donne au pouvoir exécutif une autorité discrétionnaire, laquelle autorité ne peut s'exercer que sur les personnes et les choses, et doit, par conséquent modifier la liberté et la propriété. Mais le pouvoir discrétionnaire, dans ce cas, est autorisé par la loi, et ne s'exerce que dans les limites qu'elle a fixées »¹. L'attribution par la loi d'un pouvoir de réglementation des droits individuels accorde donc un « blanc seing » à l'autorité administrative, qui conduit, dans le raisonnement de Foucart, à la fermeture complète de tout recours. Transposée à la question du contrôle des motifs à la fin du XIXe siècle, cette forme de raisonnement décrit bien la position du juge administratif illustrée par les exemples qui précèdent.

Du reste, la systématisation doctrinale de la jurisprudence confirme l'esprit général du contrôle juridictionnel des motifs en matière de police. Puisque la notion de compétence est au cœur du raisonnement du juge, la doctrine s'attache surtout à déterminer le contenu de la compétence de police plutôt qu'à clarifier les techniques de contrôle juridictionnel en articulant dans une conception cohérente les notions de violation de la loi, de motif, de contrôle du fait. Ainsi, Maurice Hauriou décrit et classe « *les droits contenus dans la police communale* »², tandis que Tchernoff³ ou Léon Béquet⁴ dressent une liste des mesures admissibles pour chaque secteur de la police municipale.

III. – Les prémices de la modernisation du contrôle des motifs.

465. Terminons en abordant deux exemples qui annoncent les évolutions à venir du contrôle juridictionnel.

Le premier met en lumière la multiplication des types de droits et libertés protégés par le juge administratif dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, et les tâtonnements dans l'élaboration

¹ E. V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, tome III, 3^{ème} éd, Paris, 1843, p 268.

² Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 570 ; voir aussi note Hauriou sous CE, 3 décembre 1897, *Ville de Dax*, S., 1898, III, p 145.

³ M. Tchernoff, *Du pouvoir réglementaire des maires*, Pédone, 1899, p 119 et s.

⁴ Léon Béquet, *Traité de la commune (extrait du Répertoire du droit administratif)*, Paris, 1888.

des modes de raisonnement du juge. Il s'agit d'un arrêt du 6 juillet 1888¹ qui se situe dans le prolongement de l'arrêt *Belleau* en ce qu'il précise les conséquences de la reconnaissance de la liberté de la presse. En 1886, le journal *le Soleil du Midi*, ayant son siège à Marseille, installe des panneaux lumineux destinés à inscrire les nouvelles politiques sur la façade et sur la porte de son immeuble. Cette attraction suscite rapidement des rassemblements et des échauffourées troublant la sécurité publique. Au titre de ses compétences domaniales, le préfet des Bouches-du-Rhône interdit une partie des panneaux lumineux qui empiètent sur le domaine public. Mais d'autres panneaux subsistent, et le maire de Marseille décide, pour prévenir des troubles futurs, de faire usage de ses pouvoirs de police générale en interdisant toute forme d'affichage au journal *le Soleil du Midi*. Ce dernier conteste alors l'arrêté sur le fondement de la liberté de la presse et de l'affichage.

Le commissaire du gouvernement Gauvain commence par admettre sans restriction l'invocabilité de la liberté d'affichage dans le cadre d'un recours fondé sur la violation de la loi et des droits acquis. L'influence de la législation républicaine est très nette. Depuis le Second Empire, le juge de l'excès de pouvoir n'admettait de protéger, dans le cadre de la violation de la loi, que les droits subjectifs patrimoniaux tels que le droit de propriété ou les droits acquis résultant de décisions individuelles de l'administration. Quant aux facultés générales et abstraites comme les libertés publiques, le Conseil d'Etat ne consentait à protéger que la liberté du commerce et de l'industrie ; au début de la III^e République, il s'agit encore de la principale liberté à laquelle le juge de l'excès de pouvoir accorde sa protection².

¹ CE, 6 juillet 1888, *Albert Armand et Chevenaz, président du conseil d'administration et directeur du journal le Soleil du Midi, Rec.*, p 602, concl. Gauvain ; *Journal du droit administratif*, juillet 1888, p 297, concl. Gauvain.

² Maurice Block indique par exemple qu'il s'agit de la principale liberté suscitant du contentieux. Voir Maurice Block, « Police », in *Dictionnaire de l'administration française*, Maurice Block (dir), Paris, 1877, p 1510.

L'arrêt du 6 juillet 1888 démontre que la liste des libertés efficaces s'allonge¹. Face à la forte reconnaissance qui résulte de la loi du 29 juillet 1881, le commissaire du gouvernement inclut la liberté d'affichage dans le contrôle du juge. Gauwain va même très loin dans la détermination de la portée juridique de la liberté d'affichage. S'appuyant sur les travaux préparatoires et l'esprit de la loi, il considère que la police municipale n'est plus compétente pour limiter ce droit. Il explique ainsi : « *Il nous paraît donc impossible de justifier l'arrêté attaqué en ce qui concerne les affiches proprement dites. Depuis la loi du 29 juillet 1881, aucune mesure préventive de nature à restreindre la liberté d'affichage ne peut plus être prise.* »². Aux yeux du commissaire du gouvernement, la reconnaissance de la liberté de la presse n'a pas pour conséquence un contrôle juridictionnel renforcé sur la justification et l'adéquation des mesures de police compte tenu de la situation de fait, mais une neutralisation pure et simple de la compétence de police. L'inachèvement des techniques de contrôle des motifs conduit paradoxalement à un résultat très libéral pour les administrés.

Mais la démonstration de Gauwain ne s'arrête pas là. Probablement conscient des conséquences de sa doctrine, il en réduit fortement la portée dans la présente affaire en interprétant

¹ Pour un exemple d'un recours pour excès de pouvoir impliquant une atteinte à la liberté des cultes, voir CE, 11 juin 1875, *Hallé et autres, Rec.*, p 558, concl. David (Il s'agit du contentieux de la police des cimetières, qui ne relève pas du recours pour abus). Dans cette affaire, les requérants contestent une décision du maire de Saint-Hilaire-la-Gravelle refusant l'inhumation d'un corps dans la partie catholique du cimetière, ainsi que le refus du préfet de Loir-et-Cher d'annuler cette décision. Dans ses conclusions, David accepte de se placer sur le terrain de la violation de la loi. Il explique en effet que la décision du maire n'est pas prise en application des pouvoirs de police générale, qui impliquent un large pouvoir discrétionnaire, mais d'une législation de police spéciale – le décret du 23 prairial an XII – qui ne se contente pas de confier au maire la préservation de l'ordre public matériel dans les cimetières, mais place aussi sous sa garde la protection des droits et intérêts du culte. La présence d'un droit individuel restreint le marge d'appréciation du maire, et justifie un contrôle poussé du Conseil d'Etat : « *La police des lieux de sépulture, telle que le décret du 23 prairial an XII n'a instituée, ne s'arrête pas à ces intérêts d'ordre matériel qui rentrent dans les pouvoirs municipaux, elle embrasse les intérêts les plus élevés de l'ordre religieux et de l'ordre moral. Il s'agit, à ce point de vue, de veiller à l'observation des dispositions prescrites par la loi dans l'intérêt de la liberté des cultes et du respect dû à la mémoire des morts. Ici, le maire n'agit plus comme simple officier de la police municipale, il agit comme délégué de l'autorité civile dans l'acception la plus élevée du mot, pour assurer le respect des droits que la loi a établis soit au profit des divers cultes, soit au profit des citoyens. Là, son action n'est plus libre et discrétionnaire, comme en matière de police municipale ordinaire. Elle est obligatoire et subordonnée.* ». De ce caractère obligatoire et subordonné, il résulte que le juge de l'excès de pouvoir doit statuer sur la méconnaissance des dispositions du décret du 23 prairial an XII et de la liberté des cultes, ces dispositions impliquant le respect de la mémoire due au morts. Sur le fond, David repousse l'argumentation des parties. Ces dernières, pour contester la légalité de l'existence d'un carré de non-croyants, invoquent le décret du 23 prairial an XII qui prévoit qu'il y aura autant de subdivision dans le cimetière que de cultes pratiqués dans la commune. Mais David estime que la présence du seul culte catholique n'entache pas d'illégalité la constitution d'une subdivision du cimetière destinée aux non-catholiques. Enfin, il considère que la liberté du culte n'a pas été violée par l'appréciation de l'autorité ecclésiastique qui a exclu le défunt de la communauté catholique. Par prudence et volonté d'apaisement dans une affaire qui a semble-t-il choqué les esprits, le commissaire du gouvernement fait valoir des considérations d'opportunité et s'en remet au pouvoir spirituel pour conclure au rejet de la requête. Dans le même sens, le Conseil rejette le pourvoi en évoquant les circonstances dans lesquelles le refus du maire est intervenu. En 1872, le Conseil d'Etat a déjà annulé une décision désignant un emplacement de sépulture pour fausse application de la loi : CE, 13 mars 1872, *Tamelier, Rec.*, p 152, concl. David. Enfin, sur les aspects procéduraux de la police des cimetières, voir CE, 8 février 1868, *Jousseau, Rec.*, p 137, concl. Aucoc.

² Concl. Gauwain sur CE, 6 juillet 1888, *Albert Armand et Chevenaz, président du conseil d'administration et directeur du journal le Soleil du Midi, Rec.*, p 602.

strictement le champ d'application de la loi du 29 juillet 1881. En ce sens, si l'affichage classique sur papier est bien libre, les panneaux lumineux sont considérés comme des objets de fantaisie qui ne méritent pas de bénéficier de la liberté d'affichage : « *Pour revenir à l'affaire actuelle, nous disons que cette liberté n'implique pas non plus la liberté de la lanterne magique, et que les exercices de physique plus ou moins amusante ne constituent pas par eux-mêmes un mode de manifestation de la pensée.* »¹. Dès lors, l'apposition de panneaux lumineux peut être réglementée par le maire.

Le Conseil d'Etat adopte cette solution et annule l'arrêté du maire, mais seulement en ce qu'il a interdit toute forme d'affichage, l'interdiction des panneaux lumineux étant donc confirmée.

En définitive, le commissaire du gouvernement et le Conseil d'Etat raisonnent en trois temps : après avoir exclu la situation factuelle propre au litige (les panneaux lumineux) du champ de la liberté de la presse et de l'affichage, ils en déduisent que cette situation factuelle entre dans le champ des pouvoirs de police municipale ; enfin, le juge se borne à un contrôle des motifs de droit en relevant qu'un motif d'ordre public a été invoqué par le maire pour fonder la décision attaquée. Ni la qualification juridique des faits, ni l'adéquation de la mesure ne sont examinées. Voici une décision particulièrement significative des hésitations et de l'inachèvement des techniques juridiques à la disposition du juge, et illustrative de la recherche compliquée d'un équilibre entre le libéralisme certain qui anime le juge administratif et la volonté de préserver les pouvoirs de l'autorité de police.

466. Une dernière décision permet de saisir à travers les explications du commissaire du gouvernement les premières formulations d'un contrôle de l'adéquation ou de la proportionnalité des mesures de police. Dans un arrêt *Languellier* du 28 mars 1885, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la légalité, au regard du droit de propriété, d'un arrêté du préfet de la Seine imposant aux habitants l'usage de récipients spécifiques pour l'enlèvement des ordures ménagères (ces récipients seront plus tard baptisés poubelles du nom de ce préfet de la Seine). Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Gomel examine d'abord la légalité de l'interdiction de déposer des ordures dans la rue et de l'obligation de se munir d'un récipient. Estimant qu'il s'agit d'une charge de propriété résultant d'une législation préétablie, il juge ces prescriptions légitimes.

Gomel se penche ensuite sur les dispositions qui fixent les caractéristiques précises et les dimensions imposées aux récipients. Le commissaire s'écarte de la logique traditionnelle de la compétence, développant un raisonnement très proche d'un contrôle de la qualification juridique des faits au regard de la notion légale d'ordre public : « *Il est en effet enseigné par tous les auteurs et il*

¹ Concl. Gauvain sur CE, 6 juillet 1888, *Albert Armand et Chevenaz, président du conseil d'administration et directeur du journal le Soleil du Midi, Rec.*, p 602.

est reconnu par la jurisprudence tant du Conseil d'Etat que de la Cour de cassation, que les pouvoirs de police des maires, si étendus qu'ils soient quand il s'agit de procurer la commodité et la sécurité du passage sur la voie publique ou la salubrité, ne sont pas pourtant illimités, et que les arrêtés de police sont entachés d'excès de pouvoir quand les mesures qu'ils prescrivent ne sont pas légitimées par l'intérêt réel de la circulation ou de la salubrité. »¹. Cette formulation suggère un contrôle concret des motifs de fait. La suite des conclusions confirme cette analyse. Examinant les diverses prescriptions relatives aux dimensions, au matériau, au type de poignées des récipients, Gomel écarte les dispositions qui limitent le droit de propriété et qu'il estime inutiles pour assurer une protection efficace de la salubrité publique.

Mais en dépit de la précision du raisonnement de Gomel, le Conseil d'Etat valide en bloc l'arrêté du préfet de la Seine, sans que transparaisse de la motivation de l'arrêt l'exercice d'un contrôle des motifs de fait².

Conclusion du titre I.

467. Le parcours que nous venons d'achever dans l'histoire doctrinale et jurisprudentielle de la fin du XIXe siècle permet de saisir la complication des liens entre les institutions républicaines et le recours pour excès de pouvoir. Ce dernier doit son développement à la théorie de l'Etat du Second Empire, sans laquelle le recours serait peut-être resté une branche marginale du contentieux administratif. Pendant cette période, le recours pour excès de pouvoir se dote d'une doctrine autonome, principalement élaborée au sein de la juridiction administrative, qui précise son sens et ses fonctions dans le dispositif institutionnel de l'Empire. Dans le même temps, et portée par le dynamisme des conceptions doctrinales de l'excès de pouvoir, la jurisprudence enregistre des progrès notoires. Le domaine et l'intensité du contrôle juridictionnel connaissent d'importantes avancées, illustrées notamment par la naissance du détournement de pouvoir et l'émergence d'une forme de contrôle de la violation de la loi et de contrôle des motifs de l'acte administratif.

Mais ces progrès portent en eux une limite qui résulte directement des motifs politiques pour lesquels le recours pour excès de pouvoir a été mis en avant par le régime de Napoléon III. Sous le Second Empire, le recours pour excès de pouvoir n'est pas une voie de droit objective visant la

¹ Concl. Gomel sur CE, 28 mars 1885, *Languellier, Rec.*, p 389.

² CE, 28 mars 1885, *Languellier, Rec.*, p 389 : « *En ce qui touche l'art 3, qui détermine les conditions auxquelles doivent satisfaire les récipients, et les art 5 et 6, qui excluent les débris provenant de l'exécution de travaux ou d'opérations industrielles et prescrivent le triage des débris de vaisselle : considérant d'une part que les prescriptions de l'art 3 ont pour but d'assurer la salubrité des récipients et leur prompt déversement dans les tombereaux chargés de l'enlèvement* ».

protection de la légalité abstraite, mais un expédient juridique permettant à l'Empereur d'atténuer les effets potentiellement délétères de sa responsabilité politique devant le pays. Dans ce cadre, clarifier le raisonnement du juge de l'excès de pouvoir ou mettre en avant son rôle de gardien de la légalité n'est pas utile et peut même être nuisible. Le recours pour excès de pouvoir doit rester un outil souple dont le juge administratif et, indirectement, le pouvoir politique gardent la maîtrise. De ce point de vue, l'extension de l'exception de recours parallèle dans les années 1860 illustre la nécessité pour le Conseil d'Etat de pouvoir apprécier *l'opportunité* d'ouvrir ou de fermer la soupape de sûreté du recours pour excès de pouvoir. Dans le même sens, les avancées du contrôle juridictionnel interviennent en ordre dispersé, de manière empirique, sans que les conceptions du recours pour excès de pouvoir ne soient fondamentalement modifiées et modernisées. Ainsi, la notion de violation de la loi n'est pas individualisée et reste dépendante de l'incompétence. De même, l'idée de contrôle des motifs n'est pas formulée et théorisée alors qu'elle est pratiquée implicitement par le Conseil d'Etat dans le cadre du détournement de pouvoir et de la violation de la loi. Enfin, la pratique du contrôle des motifs est strictement cantonnée à quelques contentieux dans lesquels le droit de propriété et des droits patrimoniaux sont en jeu.

468. La chute de Napoléon III et le développement d'institutions républicaines à la fin du XIXe siècle auraient pu profondément changer la conception du recours pour excès de pouvoir et inaugurer une période de progrès du contrôle juridictionnel. Si le recours ne dispose plus de l'appui de la théorie de l'Etat du Second Empire, il se développe dorénavant dans le cadre d'une philosophie politique qui valorise le constitutionnalisme, la limitation des pouvoirs de l'Etat et le contrôle des actes de l'exécutif, ce dernier étant subordonné au législateur. Pourtant, les premières décennies de la IIIe République se soldent par une nette stagnation de la jurisprudence et de la réflexion doctrinale en matière d'excès de pouvoir. Certes, les conditions de recevabilité et les pouvoirs du juge sont remaniés par le Conseil d'Etat, dans un sens d'ailleurs globalement restrictif. Mais la jurisprudence sur la violation de la loi et le contrôle des motifs évolue très peu. Dans l'ensemble, les solutions et les conceptions du Second Empire sont perpétuées, même si la notion de violation de la loi et des droits acquis tend à se détacher du cas d'ouverture de l'incompétence, sous l'influence de Laferrière notamment.

La contribution de ce dernier domine d'ailleurs la réflexion sur l'adaptation du recours pour excès de pouvoir à la République, et influe fortement sur l'évolution de la jurisprudence. Homme clé de la justice administrative de la fin du XIXe siècle, Laferrière a donné le ton pendant cette époque sur la question du recours pour excès de pouvoir. L'éminent juriste républicain rejette la doctrine des fonctions politiques élaborée sous le Second Empire. Bien plus, il disqualifie l'idée

même de fonction politique, même déduite des institutions républicaines ; le recours doit rester une voie de droit strictement juridictionnelle et technique.

La diffusion de ces idées au sein de la juridiction administrative et dans une partie de la doctrine a certainement provoqué une crise des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir, qui a freiné la réflexion doctrinale sur le sens du recours dans un régime républicain. Cette crise a en outre favorisé l'immobilisme de la jurisprudence sur la question de la violation de la loi et du contrôle des motifs, de sorte que la période 1872-1900 n'enregistre aucun progrès substantiel du contrôle juridictionnel¹, notamment du contrôle du fait.

469. Ainsi donc, il existe un net décalage entre l'état du droit positif jurisprudentiel et les conceptions républicaines du contrôle de l'Etat qui commencent à recevoir une formulation précise et technique à la fin du XIXe siècle. Alors que la doctrine républicaine met en lumière la nécessité d'un contrôle poussé des actes de la puissance publique et d'une limitation accrue du pouvoir discrétionnaire, le contrôle de la violation de la loi et des motifs de droit et de fait est resté pratiquement identique à ce qu'il était sous le Second Empire. Alors qu'émerge une conception objective de la légalité comme ensemble de normes s'imposant à l'administration selon une stricte logique de hiérarchie des normes, alors que Léon Duguit s'attaque aux droits subjectifs de puissance publique et insiste sur les obligations de l'Etat, alors enfin que le rôle et la légitimité du juge sont affirmés pour arbitrer les conflits entre l'Etat et les citoyens², le recours pour excès de pouvoir se singularise par son manque de dynamisme.

¹ Louis Imbert, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir (1872-1900)*, Dalloz, 1952 ; Pierre Landon, *Histoire abrégé du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, BDP, n°51, LGDJ, 1962. François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995 ; et Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002.

² Si la première moitié du XXe siècle est l'âge d'or des théories juridiques de l'Etat républicain, nombre de leurs éléments sont déjà présents ou en cours de maturation dès la fin du XIXe siècle. Voir ainsi les débuts de la doctrine objectiviste de Léon Duguit : Léon Duguit, *Le droit constitutionnel et la sociologie*, Armand Colin, 1889 ; *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901 ; *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Fontemoing, 1903. Par ailleurs, sur la formulation du constitutionnalisme républicain et la place prééminente du législateur parmi les pouvoirs publics : Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2^{ème} éd, Larose, 1899. Sur l'exigence de limitation du pouvoir discrétionnaire de l'administration : Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Larose, 1900 ; note Hauriou sous CE, 31 janvier 1902, *Grazietti, S.*, 1903, III, p 113 ; Maurice Hauriou, *La gestion administrative, étude théorique de droit administratif*, Paris, 1899 (Dans cet ouvrage, Maurice Hauriou raisonne sur la distinction acte d'autorité/acte de gestion. Il tente d'élaborer une correspondance entre les premiers et le recours pour excès de pouvoir et les seconds et le recours de pleine juridiction. Constatant la timidité du recours pour excès de pouvoir, il propose une définition très large de l'acte de gestion destinée à élargir le domaine du recours de pleine juridiction) ; Léon Marie, « L'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative », *R.D.P.* 1901, p 266-296 et p 476-524 ; Léon Marie, *Le droit positif et la juridiction administrative*, tome II, Paris, 1903 (Léon Marie met en lumière les insuffisances du recours pour excès de pouvoir au regard d'une conception exigeante de la légalité et de l'office du juge. Il insiste particulièrement sur les lacunes du recours pour excès de pouvoir du point de vue des pouvoirs du juge pour apprécier complètement la situation de droit et de fait des litiges qui lui sont soumis, et pour assurer l'effectivité de ses décisions). Sur l'évolution des conceptions de la légalité :

La donne change radicalement au début du XXe siècle, et nous allons voir, en étudiant le contentieux de la police des cultes, que la séparation des Eglises et de l'Etat a eu une influence déterminante dans le renouveau du recours pour excès de pouvoir, car elle a favorisé à la fois les progrès concrets du contrôle juridictionnel et la conversion du recours pour excès de pouvoir à la conception républicaine de l'Etat.

TITRE II

L'ESSOR DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR REPUBLICAIN AU XXe SIÈCLE : L'APPORT DU CONTENTIEUX DE LA POLICE DES CULTES APRÈS LA SEPARATION.

Le contexte général : le renouveau du recours pour excès de pouvoir au début du XXe siècle.

470. Pour l'historiographie contemporaine du droit public français, les deux premières décennies du XXe siècle sont considérées comme une époque héroïque au cours de laquelle le Conseil d'Etat et la

Tournyol du Clos, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Bordeaux, 1905 ; Henry Nézard, *Le contrôle juridictionnel des règlements d'administration publique*, Berger-Levrault, 1910 ; et déjà, pour une proposition d'unification du cas d'ouverture de la violation de la loi, note A. Choppin sous CE, 13 mars 1867, *Bizet, S.*, 1868, III, p 93. Les évolutions doctrinales du début du XXe siècle ont donné lieu à d'importantes études de référence, dont : Marie-Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions doctrinales de la Doctrine Publiciste Française (1879-1914)*, Thèse, Economica-PUAM, 1992 ; Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Thèse, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003 ; Philippe Raynaud, « Des droits de l'homme à l'Etat de droit chez les théoriciens français classiques du droit public », *Droits*, n°2, 1985, p 61-73 ; Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002, p 229 et s ; Eric Maulin, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, PUF, coll. Léviathan, 2003 ; Luc Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2002.

doctrine ont conjugué leurs forces pour élaborer les bases du droit administratif moderne¹. Cette appréciation est particulièrement valable s'agissant du recours pour excès de pouvoir. En effet, après l'émergence sous le Second Empire et la stagnation au début de la III^e République, le recours connaît, au début du XX^e siècle, les plus importants progrès de son histoire.

471. Le législateur n'est pas étranger à ce mouvement. L'article 3 de la loi du 17 juillet 1900 généralise ainsi le mécanisme de la décision implicite de rejet, étendant de ce fait les possibilités de contestation des silences de l'administration². De même, par l'article 4 de la loi de finance du 27 avril 1906, le législateur manifeste sa faveur envers le recours pour excès de pouvoir en dispensant les requérants du paiement des droits d'enregistrement, qui ne se sont dûs dorénavant qu'en cas de rejet partiel ou total de la requête³.

472. Mais l'impulsion provient surtout de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Tous les aspects du régime du recours sont concernés, à commencer par les règles de recevabilité. Ainsi, le prétoire du juge de l'excès de pouvoir s'ouvre largement par un renouvellement de la notion d'intérêt à agir. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, le requérant devait démontrer au juge de l'excès de pouvoir que la décision attaquée le touchait personnellement et directement, et le Conseil d'Etat était plutôt rigoureux dans l'appréciation de l'intérêt à agir⁴. Dès 1900, la jurisprudence se fait plus souple et, surtout, le Conseil d'Etat élargit la notion d'intérêt à agir en admettant que les requérants peuvent utilement invoquer pour se pourvoir en excès de pouvoir une qualité abstraite partagée par un

¹ Outre le recours pour excès de pouvoir, l'âge d'or concerne notamment la responsabilité, le régime des contrats, le droit des collectivités locales, la répartition des compétences juridictionnelles. Sur cette période, voir notamment François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995 ; Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002 ; Pierre Landon, *Histoire abrégé du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, BDP, n°51, LGDJ, 1962 ; Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Thèse, LGDJ, 1970 ; Marie-Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions doctrinales de la Doctrine Publiciste Française (1879-1914)*, Thèse, Economica-PUAM, 1992 ; Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003.

² Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, p 251.

³ Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002, p 250.

⁴ Louis Imbert, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir (1872-1900)*, Paris, Dalloz, 1952 ; Pierre Landon, *Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, BDP, n°51, LGDJ, 1962 ; François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995 ; Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002 ; Lucien Bérard, *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1932, p 11 et s ; Marcel Baudouin, *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1904 ; Maurice Penin, *L'ouverture progressive du prétoire au recours pour excès de pouvoir dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Thèse, Paris, 1935.

nombre plus ou moins grand d'individus¹. C'est ainsi qu'est reconnu l'intérêt à agir du contribuable communal pour contester les décisions ayant une influence sur les finances de la commune², de même que l'intérêt à agir du contribuable départemental pour attaquer les délibérations du conseil général qui influent sur les finances du département³. En outre, la simple qualité de propriétaire⁴, d'habitant⁵ ou d'usager suffit dorénavant pour contester des actes administratifs qui modifient l'organisation d'un service public d'une commune. L'électeur bénéficie, en cette seule qualité, d'un intérêt à agir contre les délibérations des conseils généraux déterminant le sectionnement électoral des communes⁶. Enfin, la seule qualité de fidèle ou de ministre du culte confère un intérêt à agir contre les actes administratifs qui réglementent la jouissance des édifices du culte ou les manifestations extérieures du culte⁷.

Les fonctionnaires sont aussi les bénéficiaires de la politique jurisprudentielle d'ouverture du prétoire du juge de l'excès de pouvoir. L'intérêt à agir est accordé aux candidats d'un concours pour contester les nominations effectuées à l'issue des opérations de recrutement⁸. Mais souvent, la nomination des fonctionnaires n'est pas subordonnée à l'organisation d'un concours, l'administration disposant d'une liberté de choix. Cependant, certaines dispositions encadrent cette liberté en prévoyant que seuls les titulaires de certains diplômes ou de certains grades peuvent être nommés. En 1903, le Conseil d'Etat revient sur son refus traditionnel⁹ en admettant l'intérêt à agir des titulaires de ces diplômes ou de ces grades pour attaquer les nominations faites en violation des textes¹⁰.

¹ Dès les années 1880, l'intérêt à agir est accordé à des catégories abstraites de requérants, mais de manière très marginale. Il s'agit principalement des membres d'une même profession qui sont dotés par le Conseil d'Etat d'un intérêt à agir contre les décisions de police réglementant cette profession. Voir par exemple CE, 30 juillet 1880, *Brousse, Rec.*, p 703 ; CE, 25 mars 1887, *Syndicat des propriétaires des Bains de Paris et du département de la Seine, Rec.*, p 255, concl. Valabrègue.

² CE, 29 mars 1901, *Casanova, Rec.*, p 333. Jurisprudence antérieure contraire : CE, 22 novembre 1878, *Gauthier, S.*, 1880, II, p 127 ; CE, 10 février 1893, *Bied-Charenton, S.*, 1894, III, p 129, note Hauriou.

³ CE, 27 janvier 1911, *Richemont, Rec.*, p 109.

⁴ CE, 3 février 1905, *Storch, Rec.*, p 116.

⁵ CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, S.*, 1907, III, p 33, note Hauriou. Les arrêts *Storch* et *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli* clarifient une jurisprudence qui n'était pas véritablement fixée sur la question de l'intérêt à agir des habitants et des propriétaires. Voir à ce propos les explications d'Hauriou (note sur CE, 29 mars 1901, *Casanova, S.*, 1901, III, p 73 et s).

⁶ CE, 24 juillet 1903, *Commune de Massat, Rec.*, p 556 ; CE, 7 août 1903, *Chabot, Rec.*, p 620.

⁷ Pour les ministres du culte : CE, 8 février 1908, *Abbé Deliard, D.P.*, 1909, III, p 33 ; CE, 17 mars 1911, *Abbé Bouchon et Hardel, D.P.*, 1913, III, p 57, concl. Blum ; CE, 8 avril 1911, *Abbé Anselme, Rec.*, p 464 ; pour les fidèles : CE, 23 janvier 1920, *Abbé Barraud, Rec.*, p 75.

⁸ CE, 16 novembre 1894, *Brault, Rec.*, p 595 ; CE, 26 juillet 1895, *Genevay-Montax, Rec.*, p 615. Voir aussi Gaston Jèze, « La jurisprudence du Conseil d'Etat et la sanction des règles sur le recrutement des fonctionnaires publics », *R.D.P.*, 1904, p 517-539.

⁹ CE, 11 novembre 1887, *Lefebvre, S.*, 1889, III, p 48 ; CE, 17 novembre 1899, *D'Argent de Deux-Fontaines, S.*, 1902, III, p 19.

¹⁰ CE, 11 décembre 1911, *Lot et Molinier (2 espèces), Rec.*, p 780 ; CE, 18 mars 1904, *Savary, Rec.*, p 232.

La jurisprudence admet par ailleurs l'intérêt à agir des fonctionnaires contre les actes qui organisent le service dont ils sont les agents¹. Enfin, alors que le contentieux des traitements relève normalement de la pleine juridiction, le Conseil d'Etat ouvre aux fonctionnaires la voie du recours pour excès de pouvoir – qui est quasiment gratuit et dispensé de l'obligation du ministère d'avocat – pour défendre leurs intérêts pécuniaires de faible importance².

L'assouplissement de l'intérêt à agir ne concerne pas que les individus. Il touche aussi les groupements de droit privé. Ainsi, les associations et les syndicats ont un intérêt à agir pour défendre leurs intérêts collectifs ou professionnels³. Cette jurisprudence est appliquée aux associations de fonctionnaires, implicitement en 1908⁴, puis explicitement en 1913⁵.

Enfin, les autorités décentralisées bénéficient de la nouvelle jurisprudence sur la recevabilité. Le Conseil d'Etat revient sur son ancienne position⁶ en admettant que le maire peut attaquer les actes de tutelle du préfet⁷. De même, les membres des assemblées délibérantes ont intérêt à agir contre les actes de ces assemblées faisant obstacle à l'exercice de leur mandat ou méconnaissant leurs prérogatives d'élus⁸.

Ce spectaculaire élargissement de l'intérêt à agir n'intervient pas au hasard. Des motifs politiques ou de bonne administration animent le Conseil d'Etat dans la construction de sa politique jurisprudentielle. Ainsi, quand le juge admet largement l'intérêt à agir des fonctionnaires, c'est pour pallier par la voie juridictionnelle les carences d'un droit de la fonction publique qui favorise le favoritisme et le clientélisme. Lorsqu'il reconnaît l'intérêt à agir des autorités décentralisées, c'est

¹ CE, 14 juin 1912, *Fédération des professeurs de lycée*, *Rec.*, p 672.

² CE, 8 mars 1912, *Lafage et Schlemmer (2 espèces)*, *S.*, 1913, III, p 7, concl. Pichat, note Hauriou.

³ CE, 29 juin 1900, *Syndicat agricole d'Herblay*, *Rec.*, p 441, et surtout CE, 28 décembre 1906, *Chambre syndicale des patrons coiffeurs de Limoges*, *Rec.*, p 984. Avant de début du XXe siècle, la solution n'était qu'implicite en jurisprudence. Voir par exemple CE, 25 mars 1887, *Syndicat des propriétaires des Bains de Paris et du département de la Seine*, *Rec.*, p 255 ; CE, 9 mars 1900, *Bouchers d'Argis*, *S.*, 1901, III, p 1.

⁴ CE, 11 décembre 1908, *Association professionnelle des employés civils de l'administration centrale du ministère des colonies c/ Depasse*, *S.*, 1909, III, p 17, note Hauriou.

⁵ CE, 17 janvier 1913, *Fedel et fédération des professeurs de lycée*, *R.D.P.*, 1913, p 532, note Jèze. Le Conseil d'Etat revient sur la jurisprudence en 1922 en déniait l'intérêt à agir d'une association de fonctionnaires contre une décision qui concerne toute une catégorie de fonctionnaires : CE, 17 février 1922, *Fedel*, *R.D.P.*, 1922, p 68, note Jèze. En revanche, durant la IIIe République, le Conseil d'Etat n'admettra jamais ni l'intérêt à agir, ni la légalité des *syndicats* de fonctionnaires : CE, 13 janvier 1922, *Boisson et syndicat national des agents des contributions indirectes*, *S.*, 1922, III, p 1, note Hauriou.

⁶ CE, 29 janvier 1886, *Maire de Wassy*, *S.*, 1887, III, p 46. Pour les hésitations de la jurisprudence : CE, 17 novembre 1893, *Commune de Lavardin*, *S.*, 1895, III, p 73.

⁷ CE, 6 août 1900, *Commune de Jargeau*, *Rec.*, p 270 ; et surtout CE, 18 avril 1902, *Commune de Nérès-les-Bains*, *Rec.*, p 275.

⁸ CE, 1^{er} mai 1903, *Bergeon, Dalle et autres*, *S.*, 1905, III, p 1, note Hauriou, pour les conseillers municipaux ; CE, 4 août 1905, *Martin*, *Rec.*, p 749 et CE, 22 mars 1912, *Le Moign*, *Rec.*, p 414, pour les conseillers généraux. Avant la loi du 5 avril 1884, le Conseil d'Etat jugeait recevables les conseillers municipaux à attaquer les délibérations du conseil municipal dont ils faisaient partie (CE, 7 mai 1867, *Commune De Saint-Jean-d'Angély*, *Rec.*, p 443). Mais à la suite de l'adoption de la loi du 5 avril 1884, le Conseil d'Etat interprète restrictivement l'article 67 en excluant l'intérêt à agir des conseillers municipaux (CE, 15 juillet 1887, *Hème et autres*, *Rec.*, p 574).

pour donner sa pleine effectivité à l'idée de décentralisation et corriger les insuffisances de l'exercice de la tutelle des collectivités locales par les préfets. En ce sens, la jurisprudence sera appliquée avec rigueur en matière de police des cultes, en sanctionnant les préfets qui se substituent aux maires pour des motifs de politique religieuse dans l'exercice du pouvoir de police¹. De même, quand le Conseil d'Etat ouvre largement le recours pour excès de pouvoir aux fidèles et aux ministres du culte, cela répond au souci d'assurer la paix religieuse et la jouissance effective de la liberté des cultes². Pour Maurice Hauriou ou Gaston Jèze, le justiciable est ainsi placé en position d'auxiliaire de la légalité, exerçant, selon Hauriou, l'équivalent d'une fonction de ministère public³. Ainsi donc, si le recours pour excès de pouvoir n'est pas une *actio popularis*, il s'en rapproche fortement avec la jurisprudence du début du XXe siècle.

473. En matière de recevabilité, le recours pour excès de pouvoir progresse en outre du côté des actes susceptibles de recours. Traditionnellement, les actes unilatéraux qui s'inscrivent dans une opération contractuelle, comme l'autorisation de contracter ou l'approbation du contrat par l'organe délibérant d'une commune, faisaient corps avec le contrat et relevaient en bloc du juge du plein contentieux. Seules les parties au contrat étaient donc recevables à contester les actes unilatéraux

¹ CE, 16 décembre 1910, *Commune de Saint-Marc, Rec.*, p 957 ; CE, 19 juillet 1918, *Mgr Berthoin, évêque d'Autun, D.P.*, 1920, III, p 17, concl. Corneille.

² Concl. Chardenet sur CE, 8 février 1908, *Abbé Deliard, D.P.*, 1909, III, p 33.

³ Gaston Jèze, « La jurisprudence du Conseil d'Etat et la sanction des règles sur la discipline et la révocation des fonctionnaires publics », *R.D.P.*, 1904, p 780-808 ; « La jurisprudence du Conseil d'Etat et la sanction des règles sur le recrutement des fonctionnaires », *R.D.P.*, 1904, p 517-539, p 517 : « *En France, bien que les partis extrêmes aient toujours eu une tendance fâcheuse à introduire les néfastes pratiques américaines, et à soumettre les fonctionnaires au contrôle despotique des politiciens, on a compris que rien ne serait plus funeste aux services publics. Ce qu'il faut, en effet, ce sont des fonctionnaires, et non des laquais à tout faire, recrutés au hasard sur une recommandation politique en récompense de services plus ou moins avouables. Rien, au surplus, n'est plus contraire à la nature juridique de la fonction publique que d'en faire la chose d'un individu ou d'un groupe d'individus. En droit, la fonction publique est un ensemble de pouvoirs et de devoirs organisés impersonnellement par la loi en vue d'assurer l'accomplissement d'un service public. [...] Le fonctionnaire n'est donc, à aucun degré, l'homme lige de celui qui l'a nommé ; il est l'homme de la fonction ; son pouvoir, il le tire uniquement de la loi de la fonction, et c'est uniquement cette même loi qui doit lui tracer son devoir. [...] Tout ceci ne serait que d'une utilité pratique très relative s'il n'y avait une sanction effective. Cette sanction ne peut être qu'un recours juridictionnel. Il faut organiser un moyen de droit permettant aux administrés de signaler l'irrégularité à une autorité impartiale, statuant en la forme juridictionnelle, et qui aura l'obligation de répondre au recours en appliquant à l'acte attaqué toute la loi. Tout autre moyen est insuffisant. La responsabilité politique des Ministres devant le Parlement, le contrôle hiérarchique n'offrent aucune garantie sérieuse. L'administré ne peut compter ni sur la capacité technique du Parlement ou du supérieur hiérarchique, ni surtout sur leur impartialité et sur leur volonté de faire triompher le règle légale au risque de désavouer un ami politique.* » ; voir aussi Maurice Hauriou, note sur CE, 29 mars 1901, Casanova, S., 1901, III, p 73 : « *Il devenait urgent que le Conseil d'Etat assumât la tutelle des administrations locales, au moins pour sauvegarder leurs finances. D'une part, les assemblées démocratiques sont dépensières, parce qu'elles ont une clientèle électorale à satisfaire ; elles ont une tendance à créer des emplois inutiles, à organiser des services coûteux, à donner des fêtes où l'argent des contribuables se volatilise en feux d'artifices ; elles ne s'oublient point elles-mêmes d'ailleurs, et on leur sait plusieurs moyens de tourner la règle de la gratuité du mandat de conseiller municipal.* » ; voir enfin Maurice Hauriou, note sur CE, 11 décembre 1911, *Lot et Molinier (2 espèces)* et 18 mars 1904, *Savary, S.*, 1904, III, p 113.

connexes au contrat. Mais, en 1905, le Conseil d'Etat individualise ces actes en admettant à leur égard le recours pour excès de pouvoir des tiers au contrat¹. Il s'agit de moraliser l'activité contractuelle de l'administration, spécialement des collectivités, en plaçant certains actes sous la tutelle contentieuse des administrés. Par ailleurs, revenant sur une ancienne jurisprudence, le Conseil d'Etat ouvre le recours pour excès de pouvoir contre les règlements d'administration publique².

474. Le droit positif change peu sur l'importante question des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir, et plusieurs auteurs s'inquiètent d'ailleurs des carences du contentieux administratif sur ce point³. Mais, au début du XXe siècle, le Conseil d'Etat rétablit cependant la pratique du renvoi pour faire ce que de droit, marquant ainsi son souci pour l'effectivité de ses arrêts et une rupture avec la réserve et la prudence qui prévalaient à la fin du XIXe siècle⁴.

475. Outre les règles de recevabilité, ce sont les techniques de contrôle juridictionnel qui enregistrent des progrès décisifs dans les premières décennies du XXe siècle. D'abord, au sein des cas d'ouverture, la violation de la loi acquiert une véritable autonomie par rapport à l'incompétence. Cette autonomie est reconnue et réclamée par une grande partie de la doctrine⁵ et clairement affirmée par le Conseil d'Etat, par la voie des commissaires du gouvernement. Il suffit pour s'en convaincre de lire les conclusions de Romieu sur l'arrêt *Jacquin* de 1906⁶, celles de Pichat sur l'arrêt *Lafage* de 1912⁷, ou encore celles de Corneille sur l'arrêt *Camino* de 1916⁸. A l'occasion de ces affaires, les commissaires du gouvernement posent sans équivoque la parfaite indépendance de la violation de la loi par rapport aux autres cas d'ouverture. De plus, contrairement aux conceptions du XIXe siècle, ils tendent à considérer la légalité comme une notion unifiée et synthétique, qui ne peut être réduite à la simple addition de cas d'ouverture. En ce sens, Romieu explique que ce n'est pas « *la nature du grief invoqué* »⁹ qui distingue le recours pour excès de pouvoir et le contentieux

¹ CE, 4 août 1905, *Martin, Rec.*, p 749, concl. Romieu ; CE, 30 mars 1906, *Ballande, Rec.*, p 279.

² CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est, Rec.*, p 915, concl. Tardieu.

³ C'est le cas de Léon Marie, et de Maurice Hauriou, note sous CE, 29 juin 1900, *Merlin, S.*, 1900, III, p 65 ; et note sous CE, 26 juin 1908, *Daroux, S.*, 1909, III, p 129.

⁴ CE, 30 novembre 1906, *Denis et Rage-Roblot, S.*, 1907, III, p 17, note Hauriou. Voir aussi concl. Romieu sur CE, 30 novembre 1906, *Jacquin et autres (11 espèces)*, Rec, p 863 ; CE, 28 juin 1908, *Daroux, S.*, 1909, III, p 129, note Hauriou.

⁵ Voir *supra*, n°440. Par exemple, voir Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 290 et s ; Henri Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 2^{ème} éd, Paris, 1902, p 890 ; Léon Marie, *Le droit positif et la juridiction administrative. Etude critique de législation et de jurisprudence*, tome II, Paris, Maresq aîné, 1903, p 845 ; René Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Giard et E. Brière, 1899, p 248.

⁶ Concl. Romieu sur CE, 30 novembre 1906, *Jacquin et autres (11 espèces)*, Rec., p 863.

⁷ Concl. Pichat sur CE, 8 mars 1912, *Lafage et Schlemmer (2 espèces)*, S., 1913, III, p 7.

⁸ Concl. Corneille sur CE, 14 janvier 1916, *Camino, S.*, 1917, III, p 10.

⁹ Concl. Romieu sur CE, 30 novembre 1906, *Jacquin et autres (11 espèces)*, Rec., p 863.

de pleine juridiction. Dans les deux cas, le juge doit examiner au fond la légalité des décisions qui lui sont déférées, en statuant sur toutes les causes d'illégalité. Ce sont plutôt « *la nature de l'acte attaqué* » et « *la nature des conclusions* » qui distinguent excès de pouvoir et plein contentieux. Aussi bien, le commissaire du gouvernement se démarque de la tradition du XIX^e siècle qui voyait dans le recours pour excès de pouvoir une voie de droit dédiée à la sanction des seules irrégularités de forme, proche du contrôle de cassation. Pichat adopte une conception analogue lorsqu'il fait du recours pour excès de pouvoir, dans les termes les plus généraux, « *un instrument mis à la portée de tous, pour la défense de la légalité méconnue* »¹.

Si une vision unifiée de la légalité a pu se développer, c'est en partie le résultat d'une banalisation de la violation de la loi parmi les cas d'ouverture. A la fin du XIX^e siècle encore, le Conseil d'Etat n'examine un moyen tiré de la violation de la loi qu'à la condition que le requérant fasse utilement valoir la méconnaissance d'un droit acquis. Peu à peu, le juge de l'excès de pouvoir abandonne cette condition, comme l'illustrent les arrêts *Lot* et *Molinier* déjà évoqués. En effet, dans ces affaires de fonction publique, des décisions de nomination sont attaquées pour violation de la loi. A s'en tenir à la jurisprudence traditionnelle, le requérant ne peut donc se limiter à démontrer un intérêt à agir, mais doit faire valoir la violation d'un véritable droit acquis. Or, dans le cas des arrêts *Lot* et *Savary*, les fonctionnaires requérants n'ayant pas été nommés ne peuvent se prévaloir d'aucun droit acquis à la nomination. En admettant la recevabilité des requêtes, le Conseil d'Etat montre qu'il est en train d'abandonner la notion de violation de la loi et des droits acquis au profit de la pure et simple violation de la loi. Le quatrième cas d'ouverture est ainsi en passe de devenir une composante comme les autres de l'excès de pouvoir². En séparant la question de la légalité de celle des droits subjectifs, la jurisprudence tend ainsi à faire du recours pour excès de pouvoir une voie de droit purement objective, sanctionnant le respect par l'administration des règles de droit auxquelles elle est soumise, selon une stricte logique de hiérarchie des normes³.

¹ Concl. Pichat sur CE, 8 mars 1912, *Lafage et Schlemmer (2 espèces)*, S., 1913, III, p 7.

² Voir note Hauriou sous CE, 11 décembre 1903, *Lot et Molinier (2 espèces)* et 18 mars 1904, *Savary*, S., 1904, III, p 113. Quelques temps encore, certains auteurs veulent préserver la spécificité de la violation de la loi. Ainsi, Hauriou et Jèze reconnaissent que le Conseil d'Etat abandonne la condition du droit acquis, mais avancent que l'invocation de la violation de la loi nécessite la démonstration d'un droit éventuel (Maurice Hauriou, S., 1904, p 113), ou d'un intérêt renforcé (Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 1^{ère} éd, Berger-Levrault, 1904). Mais l'idée est bien vite abandonnée.

³ Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002 ; Fabrice Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, BDP, n°212, LGDJ, 2001. La doctrine promeut aussi une conception unifiée de la légalité. Voir par exemple : Jean Tournyol du Clos, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Bordeaux, 1905 ; André Georjgin, *La violation de la loi, cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, Rousseau, 1915 ; E. Chalvon-Demersay, *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1922 ; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome III, 3^{ème} éd, De Boccard, p 732 et s.

476. C'est dans ce contexte renouvelé que se développent d'importants progrès du contrôle des motifs de l'acte administratif. A cet égard, il faut distinguer les motifs de droit et les motifs de fait.

S'agissant des motifs de droit, le contrôle du Conseil d'Etat peut intervenir dans plusieurs contextes. Il est d'abord mis en œuvre dans le cadre du détournement de pouvoir, car pour déterminer si l'administrateur a agi dans un but différent de celui qui a été fixé par le droit positif, le juge doit vérifier si l'auteur de l'acte administratif a correctement interprété les limites de la compétence qu'il exerce. De même, le contrôle de la violation de la loi implique un contrôle plus ou moins poussé des motifs de droit. Hormis la violation directe de la règle de droit, qui peut être saisie dans le dispositif de l'acte administratif, la violation de la loi peut résulter de la fausse interprétation de la loi, c'est-à-dire de l'erreur de droit selon la terminologie moderne. L'erreur de droit et le détournement de pouvoir se recoupent en partie. L'un comme l'autre permettent de sanctionner la prise en compte de motifs non prévus par la législation pour fonder un acte administratif. Un arrêté de police municipale peut ainsi être annulé pour détournement de pouvoir parce que son auteur l'a édicté dans un but financier, mais il est aussi critiquable sous l'angle de l'erreur de droit dans la mesure où en s'appuyant sur un motif financier, l'autorité de police a incorrectement interprété l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 qui limite l'action de la police à la protection de l'ordre public, à l'exclusion de tout autre motif. Toutefois, les deux causes d'illégalité ne sont pas interchangeables car le détournement de pouvoir sanctionne surtout l'adoption *volontaire* par l'administrateur d'un motif non prévu par la loi, tandis que l'erreur de droit s'en tient à un examen plus objectif de toutes les erreurs d'interprétation du droit positif, quels que soient les *mobiles* qui animent l'autorité administrative.

Dès les toutes dernières années du XIXe siècle, le contrôle des motifs de droit par le biais du détournement de pouvoir progresse en jurisprudence. Depuis le Second Empire, le détournement de pouvoir était presque exclusivement cantonné au contentieux des arrêtés de police. Dorénavant, il se généralise en direction notamment des actes de tutelle en matière de décentralisation¹, dans le domaine des sanctions aux fonctionnaires², ou en matière de gestion domaniale. Par ailleurs, l'erreur de droit est de plus en plus souvent sanctionnée, comme en attestent par exemple les décisions *Grazietti* du 31 janvier 1902³, *Boisselet* du 28 juin 1912¹ ou encore *Commune de Venoix et Badin* du 27 avril 1917².

¹ CE, 23 juin 1911, *Larnaudie, Rec.*, p 712.

² Par exemple CE, 16 novembre 1900, *Maugras, S.*, 1901, III, p 57, note Hauriou ; CE, 23 juillet 1909, *Commune de Cotignac, Rec.*, p 727 ; CE, 12 mars 1915, *Vandenberg, Rec.*, p 96.

³ CE, 31 janvier 1902, *Grazietti, S.*, 1903, III, p 113, note Hauriou : « *Considérant qu'il appartient au Président de la République, aux termes de l'article 43 de la loi du 5 avril 1884, de dissoudre tout conseil municipal en fonctions, et que les motifs d'un décret de dissolution pris en vertu des pouvoirs conférés au chef de l'Etat par cet article ne peuvent être discutés par la voie contentieuse ; mais que, si étendues que soient ces attributions*

La généralisation du contrôle du détournement de pouvoir et de l'erreur de droit signe la fin de la notion d'acte discrétionnaire³. En effet, si tout acte administratif peut être examiné du point de vue de ses motifs, sous l'angle du détournement de pouvoir ou de la violation de la loi, alors aucun acte n'échappe par principe au contrôle de légalité au fond. La discrétionnarité ne peut donc plus faire référence à la qualité d'un acte, mais à une dose plus ou moins importante de liberté laissée à l'administration dans chaque acte administratif.

Les progrès de la jurisprudence au début du XXe siècle sont ainsi l'occasion d'un profond renouvellement des conceptions doctrinales du pouvoir discrétionnaire. Alors que la traditionnelle notion d'acte discrétionnaire se concrétise par une liste d'actes presque entièrement soustraits au contrôle de la légalité interne, émerge l'idée qu'une certaine dose de discrétionnarité existe dans chaque acte administratif, qui peut être plus ou moins forte en fonction des prévisions de la loi, de l'importance des intérêts dont l'administration a la charge ou des droits privés susceptibles d'être froissés par l'action administrative. Maurice Hauriou et Léon Marie sont les auteurs qui formulent le plus précocément le thème du pouvoir discrétionnaire dont ils décèlent l'émergence dans la jurisprudence. Pour Hauriou, le développement du contrôle des motifs marque l'arrêt de mort de la notion d'acte discrétionnaire car si la plupart des actes administratifs, y compris ceux qui sont qualifiés de discrétionnaires, peuvent faire l'objet d'un contrôle du fond et d'un examen des motifs, alors la notion perd toute cohérence. C'est pourquoi Hauriou change de perspective à l'occasion du commentaire de l'arrêt *Grazietti* de 1902 qui illustre la sanction du détournement de pouvoir en matière de dissolution des conseils municipaux. Dans une formule devenue célèbre par sa clarté, il avance « *qu'il n'y a pas d'acte discrétionnaires ; il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l'Administration, qui se retrouve plus ou moins dans tous les actes, et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives.* »⁴. Dans le même sens, Léon Marie explique, sans employer toutefois le terme de pouvoir discrétionnaire, que « *l'acte discrétionnaire*

dévolues au Président de la République par la disposition de loi précitée, elle ne peuvent être exercées en vue d'obtenir le redressement d'irrégularités qui se seraient produites au cours des opérations électorales effectuées pour la nomination des membres du conseil municipal, et dont la connaissance a été expressément réservée par la loi à la juridiction administrative ; Considérant qu'il résulte des termes mêmes du décret attaqué que la dissolution du conseil municipal de Vezzani n'a été prononcée qu'à raison des irrégularités dont aurait été entachée l'élection des membres de ce conseil, élection qui, d'ailleurs, avait fait l'objet de protestations devant la juridiction compétente, et sur le mérite desquelles il n'avait pas encore définitivement statué ; que, dès lors, le décret attaqué est entaché d'excès de pouvoir ». La formule retenue par le Conseil d'Etat, selon laquelle il ne contrôle pas les motifs des décrets de dissolution, est d'ailleurs trop générale, car s'il n'examine pas les motifs de fait, il apprécie les motifs de droit du décret.

¹ CE, 28 juin 1912, *Boisselet*, *Rec.*, p 740.

² CE, 27 avril 1917, *Commune de Venoix et Badin*, *Rec.*, p 335.

³ Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Thèse, Paris, LGDJ, 1970, p 256 ; Voir Frédéric Blancpain, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Thèse, Paris II, 1979 ; Jean Lodovici, *L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire*, Thèse, Lille, 1937.

⁴ Note Hauriou sous CE, 31 janvier 1902, *Grazietti*, *S.*, 1903, III, p 113.

touche de tous côtés au droit, et il n'est discrétionnaire que lorsqu'il est accompli dans les limites fixées par le droit ; le recours contentieux est donc recevable d'une manière générale toutes les fois qu'il s'agit de vérifier si ces limites ont été ou non dépassées. Le recours peut triompher non-seulement sur les griefs d'incompétence ou de vice de formes sont justifiés, mais encore si on démontre que l'administration a dépassé la limite mise par la loi à ses pouvoirs, si on établit, par exemple, qu'elle a usé de ceux-ci en vue d'une fin autre que celle pour laquelle ils lui ont été confiés, car alors elle a violé la loi, elle a agi sans droit ; seuls, comme nous l'avons indiqué les griefs invoqués contre la manière dont l'administration a fait usage de la liberté d'appréciation que lui laisse la loi en se renfermant dans les limites mises par celle-ci à cette liberté d'appréciation, seuls ces griefs ne peuvent être appréciés par la juridiction saisie, parce que ces griefs ne reposent pas sur une atteinte portée au droit.»¹. Ces nouvelles conceptions des techniques de contrôle juridictionnel, dont les premiers éléments apparaissent au début du XXe siècle, seront approfondies dans les décennies suivantes par la doctrine et la jurisprudence, notamment à l'occasion du contentieux de la Séparation.

477. Pour le juge de l'excès de pouvoir, la question des motifs de fait est plus délicate que celle des motifs de droit, car elle est volontiers rattachée à la notion d'opportunité. La pratique du contrôle des faits n'est toutefois pas absente en matière d'excès de pouvoir, mais reste très marginale. Depuis les années 1860, sont principalement concernés les contentieux de l'alignement individuel, de la délimitation des rivages et des rivières ou de l'implantation des cimetières. Le début du XXe siècle inaugure un bouleversement de la jurisprudence sur ce point. A partir des années 1906/1907, les hypothèses de contrôle du fait se multiplient, quant à la qualification juridique des faits et quant à la matérialité des faits. Dans ces *contentieux pionniers* du contrôle des motifs de fait, se manifestent à la fois *l'extension* du domaine de cette forme de contrôle et la *reformulation du raisonnement*

¹ Léon Marie, *Le droit positif et la juridiction administrative. Etude critique de législation et de jurisprudence*, tome II, Paris, Maresq aîné, 1903, p 387. Dans le même sens, p 372 : « L'acte discrétionnaire envisagé comme nous venons de la faire n'échappe pas, par sa nature, à tout recours contentieux. On ne peut pas dire qu'à son égard ce recours n'est pas recevable et doit être écarté par une fin de non-recevoir tirée de la nature de l'acte ; une pareille affirmation reviendrait à dire qu'un acte administratif, par cela seul qu'il a donné à un administrateur l'occasion d'exercer un pouvoir discrétionnaire à un point de vue quelconque, échappe entièrement au recours contentieux quels que soient les griefs articulés contre lui. Rien n'est plus faux qu'une pareille manière de voir, car un acte discrétionnaire n'est pas discrétionnaire à tous les points de vue, c'est-à-dire que sa validité et ses effets ne dépendent pas à tous les points de vue de la libre volonté de l'administration ; comme nous l'avons dit, cet acte de tous côtés touche au droit. Loin d'être irrecevable contre un acte discrétionnaire, le recours contentieux sera d'abord recevable, et il devra être examiné au fond si les griefs invoqués contre cet acte ne concernent en rien le pouvoir discrétionnaire qui appartient à l'administration et vise l'acte sous un rapport particulier dans lequel il n'est pas question pour l'administrateur d'exercer un pouvoir discrétionnaire. ».

juridictionnel dans son ensemble. Evoquons les principaux exemples qui marquent le début du XXe siècle.

478. Il s'agit d'abord du contentieux du repos hebdomadaire. La loi du 13 juillet 1906 a fixé au dimanche le jour de repos hebdomadaire dont doivent bénéficier les salariés. Elle a prévu en outre des exceptions générales concernant plusieurs secteurs économiques, mais aussi un système de dérogations individuelles délivrées par le préfet. Pour accorder la dérogation, ce dernier doit apprécier si le refus serait *préjudiciable au public*, ou *compromettrait le bon fonctionnement de l'établissement* demandeur. Il y a là une question de qualification juridique des faits au regard de catégories légales particulièrement floues et indéterminées, qui semble donc relever de l'opportunité. Pourtant, à l'occasion de l'arrêt fondateur de la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière¹, le commissaire du gouvernement Romieu affirme que le juge de l'excès de pouvoir est parfaitement compétent pour contrôler l'appréciation des circonstances de fait par le préfet². Si le contrôle du fait s'impose, cela tient à un contexte juridique favorable. En ce sens, Romieu explique que la question du repos hebdomadaire met en cause la jouissance d'un droit individuel – la liberté du commerce et de l'industrie en l'occurrence – dont il faut rigoureusement contrôler les limitations apportées par l'administration à l'occasion de l'application de la loi du 13 juillet 1906. Cette mission du juge de l'excès de pouvoir est d'autant plus fondée que le législateur a expressément prévu un recours au Conseil d'Etat contre les refus de dérogation. La loi a ainsi voulu apporter aux commerçants une garantie juridictionnelle plus énergique que le simple examen par l'administration dont l'impartialité et la diligence ne sont pas au dessus de tout soupçon³. Le Conseil d'Etat, suivant son commissaire, inaugure une jurisprudence audacieuse en matière de repos hebdomadaire dans laquelle il exerce un contrôle étroit de la qualification juridique des faits.

479. Dans le domaine de la fonction publique, le contentieux de la révocation des maires illustre aussi l'approfondissement du contrôle des motifs de fait. L'article 86 de la loi du 5 avril 1884

¹ CE, 30 novembre 1906, *Jacquin et autres (11 espèces)*, *Rec.*, p 863, concl. Romieu.

² CE, 30 novembre 1906, *Jacquin et autres (11 espèces)*, *Rec.*, p 863, concl. Romieu : « *Le recours pour excès de pouvoir peut être fondé non seulement sur des moyens d'incompétence, de violation des formes ou de détournement de pouvoir, mais aussi sur la violation des droits que la loi a entendu assurer aux citoyens : or, cette violation de la loi entraîne, la plupart du temps, l'appréciation des circonstances de fait dont la légalité de l'acte peut dépendre. Aussi constamment le Conseil d'Etat est-il amené à rechercher, en fait, si dans la manière dont l'administration a usé de ses pouvoirs, elle a respecté les droits que les citoyens tiennent des lois générales ou spéciales, si telle mesure prescrite rentre, à raison de son caractère de gravité, dans la catégorie de celle qu'elle veut imposer, sans violer le droit de propriété ou la liberté du commerce, ou tel autre droit individuel, si la situation de fait correspond bien aux conditions que le législateur a mises à l'obtention de telle autorisation, etc* ».

³ Concl. Romieu sur CE, 30 novembre 1906, *Jacquin et autres (11 espèces)*, *Rec.*, p 863.

modifié par la loi du 8 juillet 1908 permet aux préfets et au ministre de suspendre ou de révoquer les maires. Cette législation impose la motivation des décisions de suspension ou de révocation et prévoit la possibilité d'un recours pour excès de pouvoir. Implicitement en 1915¹, puis explicitement en 1916 dans l'arrêt *Camino*², le Conseil d'Etat revient sur sa jurisprudence traditionnelle qui consistait à ne pas contrôler les appréciations factuelles ayant motivé les mesures contre les maires. Désormais, le juge de l'excès de pouvoir se reconnaît le pouvoir de contrôler à la fois la matérialité des faits invoqués par l'administration pour caractériser une faute du maire, mais aussi la qualification juridique des faits au regard de la notion de faute. L'arrêt *Camino* explique ainsi : « *Considérant que, si le Conseil d'Etat ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférés par la voie de recours pour excès de pouvoir, il lui appartient, d'une part, de vérifier la matérialité des faits qui ont motivé ces mesures, et d'autre part, dans le cas où lesdits faits sont établis, de rechercher s'ils pouvaient légalement motiver l'application des sanctions prévues par la disposition précitée* »³. Si le Conseil d'Etat a fait progresser son contrôle dans ce contentieux, c'est que des facteurs législatifs et politiques ont poussé en ce sens. Dans l'affaire *Camino*, l'obligation de motivation des décisions de suspension ou de révocation constitue ainsi un argument de poids justifiant le contrôle du fait aux yeux du commissaire du gouvernement Corneille. Si le législateur a prévu cette obligation, c'est que le juge doit pouvoir vérifier non seulement l'existence d'un motif, mais aussi sa correction juridique. Si le Conseil d'Etat ne contrôlait pas ces deux points, l'obligation posée par le législateur n'aurait aucun sens. Par ailleurs, l'audace du juge administratif s'explique aussi par des considérations plus politiques que nous avons déjà rencontrées à propos de l'intérêt à agir. En approfondissant le contrôle des motifs, il s'agit, comme l'indique par exemple Gaston Jèze⁴, de contribuer à la moralisation de l'usage du pouvoir disciplinaire par les préfets et les ministres.

480. Dans le contentieux des congrégations, l'approfondissement du contrôle juridictionnel est un signe de l'abandon de l'anticongréganisme jurisprudentiel et du souci d'apaisement religieux qui aiment le Conseil d'Etat. C'est principalement l'application de la loi du 7 juillet 1904 qui est concernée. Ce texte représente l'apogée de la politique anticléricale des républicains. Il ordonne la suppression de tout enseignement par les congrégations, qu'elles soient autorisées ou non. Pour exécuter la loi, le ministre des cultes dispose d'un pouvoir de fermeture des établissements

¹ CE, 18 juin 1915, *Ponsonnaille*, *Rec.*, p 206.

² CE, 14 janvier 1916, *Camino*, *S.*, 1917, III, p 10, concl. Corneille. Autre exemple, en matière de mise en congé d'un préfet : CE, 20 janvier 1922, *Trépont*, *R.D.P.*, 1922, p 81, note Jèze.

³ CE, 14 janvier 1916, *Camino*, *S.*, 1917, III, p 10.

⁴ Gaston Jèze, « De la vérification des motifs des actes administratifs », *R.D.P.*, 1917, p 443-467.

enseignants. Mais l'article 1^{er} de la loi prévoit que le ministre ne peut faire cesser que l'activité d'enseignement. Si, comme c'est fréquent, une congrégation mène d'autres activités en plus de l'enseignement, alors l'établissement, s'il est autorisé, garde un droit à l'existence pour les activités distinctes de l'enseignement. Pour vérifier la bonne application de la loi par l'administration, le juge doit donc se livrer à des appréciations factuelles poussées. Il doit non seulement rechercher quelles sont les activités prévues par les statuts des congrégations, mais aussi s'assurer si, *en fait*, ces activités étaient toujours exercées à la date de la décision de fermeture. Le Conseil d'Etat peut ainsi être confronté à une congrégation exclusivement enseignante, qui peut donc être totalement supprimée. Est aussi envisageable une congrégation autorisée pour plusieurs objets qui continue de poursuivre ces deux objets ; dans ce cas, la congrégation peut être fermée, mais uniquement pour ce qui concerne l'activité d'enseignement. Il peut aussi se rencontrer des établissements autorisés pour plusieurs objets mais qui, à la date de la fermeture, n'exerçaient plus que l'enseignement ; la fermeture totale est alors légale. Enfin, si la congrégation dont les statuts prévoient plusieurs objets a abandonné l'enseignement à la date de la décision de fermeture, cette dernière décision est illégale. Résolu à développer un contrôle effectif sur l'application de la loi du 7 juillet 1904, le Conseil d'Etat étend l'examen des faits en la matière après la Séparation¹.

481. A l'occasion de l'application de la législation sur la protection des perspectives monumentales, les progrès concernent le contrôle de la qualification juridique des faits. L'article 118 de la loi du 13 juillet 1911 impose notamment aux propriétaires qui souhaitent construire un bâtiment de se soumettre aux prescriptions édictées par le préfet dans l'intérêt de la sûreté publique, de la salubrité, de la conservation des perspectives monumentales et des sites. Encore une fois, le juge de l'excès de pouvoir rompt avec la retenue propre à la jurisprudence du XIX^e siècle en acceptant de rechercher si le préfet a correctement caractérisé la perspective monumentale dont il invoque l'existence, et si la construction pour laquelle le demandeur sollicite une autorisation est susceptible de lui porter atteinte². C'est donc au regard de deux catégories légales (la notion de perspective monumentale et l'atteinte à une perspective monumentale) que le juge de l'excès de pouvoir étend son contrôle de la

¹ Arrêts de principe : CE, 23 février 1906, *Dame Aunillon, supérieure des Bénédictines de Notre-Dame-du-Calvaire de Poitiers*, Rec., p 178, concl. Teissier ; CE, 6 avril 1906, *Communauté des Sœurs de la Visitation Sainte-Marie à Paris*, Rec., p 329, concl. Teissier. Et parmi un contentieux abondant jusqu'en 1916 environ, quelques exemples d'arrêts d'annulation manifestant un contrôle poussé des motifs de fait : CE, 23 novembre 1906, *Sœurs de la Visitation de Limoges*, Rec., p 833 ; CE, 28 juin 1907, *Congrégation des Sœurs du Saint-Nom de Joseph de Mailhac*, Rec., p 607 ; CE, 27 mai 1910, *Congrégation des Filles de la Charité de Saint-Vincent-de-Paul, D.P.*, 1912, III, p 81 ; CE, 15 mai 1914, *Congrégation des petites servantes de Marie Immaculée et directeur général des domaines*, Rec., p 589 ; CE, 12 mars 1915, *Filles de la Croix de Saint-André à Nantes*, Rec., p 77 ; CE, 25 février 1916, *Filles de la Croix de La Puye à Cauteret*, Rec., p 95.

² CE, 4 avril 1914, *Gomel, S.*, 1917, III, p 25, note Hauriou.

qualification juridique des faits. L'implication du droit de propriété est le principal facteur de l'extension du contrôle. Cela ressort de la rédaction même de l'arrêt *Gomel*, aux termes duquel le juge doit vérifier la bonne conciliation entre « *la conservation desdites perspectives avec le respect dû au droit de propriété* »¹. Les explications du commissaire du gouvernement dans l'affaire *Lévy et Michel* de 1922 confirment cette explication².

482. Parmi les contentieux pionniers, le contentieux des cultes occupe une place de choix. On y trouve le domaine des subventions aux cultes, que nous avons déjà rencontré, dans lequel le Conseil d'Etat développe son contrôle du fait pour juger de l'existence de subventions déguisées³. Mais c'est surtout le contentieux de la police des manifestations extérieures du culte qui doit retenir l'attention. Ce dernier occupe une place à part au début du XXe siècle en raison de son ampleur quantitative. Contrairement aux autres domaines précités, le Conseil d'Etat a rendu des centaines d'arrêts sur une longue période de trois décennies, de 1905 à 1940 environ. Le juge de l'excès de pouvoir a donc pu développer une politique jurisprudentielle dense et cohérente qui a peu d'équivalents dans les autres secteurs. Cette spécificité n'a d'ailleurs pas échappé à la doctrine qui, nous le verrons, s'est abondamment appuyée sur le contentieux de la police des cultes pour élaborer une théorie juridique du pouvoir discrétionnaire et du contrôle des motifs.

En outre, le contentieux de la police des cultes suscite l'intérêt par l'existence d'un contexte législatif et politique particulièrement propice aux progrès du contrôle juridictionnel. Ce contexte résulte principalement de la Séparation, car l'adoption de la loi du 9 décembre 1905 a modifié la structure du contentieux de la police des cultes (Chapitre I.) dans le sens de sa « républicanisation » et de sa modernisation (passage du recours pour abus au recours pour excès de pouvoir, importance du contexte politique et social du contentieux des cultes, promotion de la protection des libertés publiques dans l'office du juge de l'excès de pouvoir).

De cette « républicanisation », a résulté un approfondissement du contrôle du juge de l'excès de pouvoir qui s'est traduit par des progrès du contrôle des motifs de fait et une reformulation du raisonnement juridictionnel. En bref, le contentieux de la police des cultes consacre une modernisation du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif (Chapitre II.). C'est dire qu'avec le contentieux de la police des cultes tel qu'il se développe après la Séparation, c'est une étape de la construction du recours pour excès de pouvoir républicain qui se joue.

¹ CE, 4 avril 1914, *Gomel, S.*, 1917, III, p 25. Voir aussi CE, 1^{er} août 1914, *Wiriot et Pillot, Rec.*, p 1011. CE, 15 novembre 1918, *Société d'assurance mutuelle de Paris, Rec.*, p 999 ; CE, 24 mars 1922, *Lévy et Michel, Salin (2 espèces)*, *R.D.P.*, 1923, p 45.

² CE, 24 mars 1922, *Lévy et Michel, Salin (2 espèces)*, *R.D.P.*, 1923, p 45, concl. Rivet.

³ Voir *supra*, n°311 et s.

Chapitre I. – L'influence de la Séparation sur la structure du contentieux de la police des cultes.

Chapitre II. – La modernisation du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif.

CHAPITRE I

L'INFLUENCE DE LA SÉPARATION SUR LA STRUCTURE DU CONTENTIEUX DE LA POLICE DES CULTES.

483. Le contentieux de la police des manifestations extérieures du culte n'est pas né de la Séparation. Il a une histoire sous le régime concordataire mais son développement est tardif puisqu'au XIXe siècle la jurisprudence est atone jusqu'aux années 1880. A partir de cette époque, les litiges liés aux manifestations du culte se multiplient devant le Conseil d'Etat. Le phénomène est une conséquence de la prise de contrôle des institutions par les républicains à partir de 1879, qui se traduit, dans le domaine de la politique religieuse, par le lancement d'une campagne anticléricale à laquelle les maires républicains participent.

Jusqu'en 1905, le contentieux de la police des cultes est dominé par la logique du régime concordataire, c'est-à-dire l'idée que les rapports entre les cultes et l'Etat sont structurés par des relations institutionnelles entre deux puissances¹. Du point de vue du traitement des litiges, cette conception a pour conséquence l'existence du recours pour abus. Le contentieux de la police des

¹ Voir *supra*, n°51 et s.

cultes est donc soustrait à la compétence d'un organe juridictionnel et échoit à la formation administrative de l'assemblée générale du Conseil d'Etat qui prépare les décrets d'abus pris par le chef de l'Etat. De plus, le recours pour abus ne protège pas la liberté *des* cultes en général, mais la liberté accordée à chaque culte reconnu, tantôt par le Concordat, dans le cas du culte catholique, tantôt par les Articles Organiques des cultes protestants, ou par les textes législatifs reconnaissant un statut légal au culte israélite.

484. La loi de Séparation rompt avec la logique institutionnelle du régime concordataire, ce qui entraîne d'importantes conséquences sur la structure du contentieux de la police des cultes.

Le changement concerne d'abord le cadre procédural du contentieux de la police des cultes, sur lequel la Séparation joue un rôle modernisateur. Ainsi, la logique institutionnelle du recours pour abus laisse la place à la logique juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir. C'est donc un vestige de la justice retenue qui disparaît, ce qui répond aux exigences d'indépendance de la justice dont la place est primordiale dans la conception républicaine de l'Etat.

Ensuite, la Séparation contribue à définir les missions du recours pour excès de pouvoir républicain dans le cadre du contentieux de la police des cultes. Prenant en compte la forte valorisation des libertés de conscience et des cultes par la loi de 1905, le juge de l'excès de pouvoir met la protection de ces libertés au cœur de son office. A cet égard, la loi de 1905 est une manifestation d'un mouvement plus large de valorisation des libertés publiques par les institutions républicaines qui se traduit sur le plan législatif par les grandes lois de la fin du XIXe et du début du XXe siècle (principalement : libertés de réunion, de la presse, des syndicats, d'association). La Séparation n'est pas sans précédents du point de vue de la promotion des libertés publiques. Si, toutefois, c'est la Séparation qui suscite des changements profonds des pratiques du juge de l'excès de pouvoir dans le contentieux de la police des cultes, cela tient à plusieurs facteurs.

D'une part, le contentieux de la police des cultes est très abondant pendant plusieurs décennies au début du XXe siècle, ce qui permet au Conseil d'Etat de construire une politique jurisprudentielle sur le long terme.

D'autre part, la loi de 1905 suscite un dialogue inédit entre le législateur et le juge, dialogue grâce auquel les techniques de contrôle juridictionnel sont renouvelées pour permettre une limitation efficace du pouvoir discrétionnaire de l'autorité de police, dans l'intérêt de la liberté des cultes.

Enfin, les progrès du contrôle juridictionnel sont favorisés par les enjeux politiques et sociaux du contentieux de la police des cultes au moment de la Séparation. Les manifestations extérieures du culte – sonneries de cloches, processions, convois funèbres ou transport du viatique – sont alors la source de multiples conflits déterminés par des facteurs politiques qui opposent deux visions de la

société, celles des catholiques militants et celle des républicains anticléricaux ; les luttes autour des cérémonies du culte ont en outre des ressorts sociaux et culturels dans la mesure où elles s'inscrivent dans un contexte de mutation des sensibilités vis-à-vis de la spiritualité, et de redéfinition de la frontière entre la sphère publique et la sphère privée. La juridiction administrative n'a sans doute pas perçu toute l'ampleur des enjeux sociaux liés aux manifestations extérieures du culte. En revanche, elle a compris que sa jurisprudence pouvait avoir un rôle décisif de pacification sociale. C'est pourquoi le Conseil d'Etat a endossé le rôle d'arbitre des conflits sociaux, incité du reste par le législateur qui a clairement affirmé sa volonté d'apaisement religieux lors de l'adoption de la loi de Séparation, notamment par la bouche d'Aristide Briand¹. Pour être efficace, l'objectif de pacification devait s'accompagner d'un contrôle énergique de l'action des autorités de police. Le Conseil d'Etat l'a bien compris, de sorte que les enjeux sociaux du contentieux de la police des cultes ont été des facteurs de progrès du contrôle juridictionnel.

Nous allons aborder la question des enjeux politiques et sociaux du contentieux de la police des cultes (Section I.), avant d'analyser l'influence de la Séparation sur le cadre procédural du contentieux de la police des cultes (Section II.) et sur la définition des missions du recours pour excès de pouvoir républicain (qui consacre un renforcement du rôle des libertés publiques dans l'office du juge ; section III.).

Section I. – Le juge administratif et le défi de la pacification religieuse : les enjeux politiques et sociaux du contentieux de la police des cultes à l'heure de la Séparation.

485. D'un point de vue politique, la loi de 1905 marque la volonté des gouvernements républicains d'abandonner l'anticléricisme des décennies précédentes pour adopter une attitude de pacification religieuse. Cet objectif de pacification amplifie les enjeux politiques et sociaux du contentieux de la police des cultes, car il impose au juge administratif de construire une jurisprudence libérale et efficace dans un domaine lourdement chargé de signification, de sentiments et du souvenir des luttes inaugurées dans les années 1880. En d'autres termes, la Séparation a pour effet de placer au premier plan du travail du juge les enjeux politiques et sociaux de la police des cultes.

486. Plusieurs types de manifestations extérieures du culte entrent dans le champ de la police municipale. Traditionnellement, les catholiques organisent des cortèges sur la voie publique, qui font partie intégrante de la célébration du culte ; les plus courants sont les processions, les convois

¹ Voir *supra*, n°88.

funèbres et le port du viatique. Ensuite, le culte implique souvent l'exhibition dans l'espace public, individuellement ou collectivement, de signes et d'emblèmes religieux. Enfin, depuis des siècles, l'Eglise catholique dispose du droit de faire sonner les cloches pour scander certains sacrements et les moments importants de la liturgie.

Des années 1880 au début des années 1930 environ, ces manifestations de la vie religieuse suscitent d'innombrables conflits locaux dont une part importante aboutit dans le prétoire du juge administratif. Toutes les configurations se rencontrent. Au début des années 1880, certains maires catholiques marginalisent les enterrements civils en reléguant leur célébration à l'aube ou à la tombée du jour¹. Dans certaines communes, ce sont au contraire des citoyens laïques ou libre-penseurs qui incitent un maire indifférent ou inactif à prendre un arrêté restreignant les processions ou l'usage des cloches. Mais le plus souvent, c'est l'action d'un édile anticlérical qui suscite l'opposition des catholiques. En réglementant les sonneries de cloches, en interdisant ou en limitant la pratique des processions, des convois funèbres ou du port du viatique, certains maires cristallisent à l'échelle locale le conflit entre les républicains et les catholiques, trait caractéristique de l'histoire politique de la III^e République. L'évocation de ces menus événements de la vie communale du début du XX^e siècle ranime inévitablement un cortège d'images d'Epinal que le personnage de Dom Camillo a fixé dans la mémoire collective. Plusieurs protagonistes entrent alors en scène : face aux vieilles dévotes et au curé de campagne directeur de l'école libre, se dressent le maire radical, les instituteurs laïques et le peuple républicain ou libre-penseur.

487. On aurait tort cependant de ne voir dans les luttes autour des manifestations extérieures du culte qu'une série d'épisodes « clochermerlesques » sans réelle importance. En effet, ces conflits locaux et le contentieux administratif qu'ils suscitent révèlent de profonds enjeux sociaux, voire de civilisation. Derrière les questions de la maîtrise des cloches ou de la place de l'Eglise sur la voie publique, c'est le problème de la maîtrise symbolique de l'espace public qui se pose. Or les républicains veulent briser la domination de l'Eglise catholique dans la rue qui caractérise le XIX^e siècle. Cet objectif procède d'une volonté de *laïciser l'espace public*, en assurant la neutralité des voies publiques et de l'environnement urbain et rural ; mais il s'est aussi agi d'achever la *sécularisation de la société* à l'œuvre depuis la fin du XVIII^e siècle au moins².

¹ Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001.

² Roger Chartier, « Trajectoires et tensions culturelles de l'Ancien Régime », in *Histoire de la France. Choix culturels et mémoire*, André Bruguière et Jacques Revel (dir), Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2000 ; Jacques Le Goff et René Rémond (dir), *Histoire de la France religieuse. 3. Du roi Très Chrétien à la laïcité républicaine, XVIII^e-XIX^e siècle*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2001. Le phénomène de sécularisation n'est d'ailleurs pas uniforme. La place de la religion dans la société a connu des mouvements de flux et de reflux, du XVIII^e siècle à la fin du XIX^e siècle, en fonction notamment des évolutions théologiques, de l'efficacité des institutions ecclésiastiques ou encore

Par l'éducation laïque, par la laïcisation des institutions et des services publics, ou encore par la promotion de la science, l'Etat républicain entend conquérir le magistère moral sur la société et arracher cette dernière des mains d'une Eglise catholique jugée hostile aux valeurs modernes de la démocratie. Pour les républicains, l'Eglise ne peut plus détenir le monopole dans la construction de la vie morale et spirituelle des individus ; la religion doit devenir une affaire strictement privée. La question des manifestations extérieures du culte s'inscrit dans cette problématique. Car l'Eglise impose ses symboles et ses rites à tous les citoyens par la multitude de signes religieux occupant l'espace public, par la présence physique fréquente et massive des fidèles et ministres du culte dans la rue lors des cortèges religieux, ou encore par la maîtrise de l'environnement sonore qui résulte de l'usage des cloches. Il y a là un héritage historique avec lequel les républicains veulent rompre radicalement. Aussi bien, chaque conflit local sur les sonneries de cloches ou chaque arrêté municipal réglementant les processions est une expression de cette confrontation de deux visions du monde et de la lutte entre l'Eglise et la République pour le magistère moral sur la société française.

A cet égard, les manifestations extérieures du culte soulèvent essentiellement trois enjeux, que nous allons successivement aborder. D'abord les enjeux liés à l'occupation de l'espace public (§1.), puis les enjeux liés à l'évolution des sensibilités devant la mort (§2.) ; enfin, nous aborderons la question de la sécularisation du paysage sonore que pose la réglementation des sonneries de cloches (§3.).

§1. – Les enjeux liés à l'occupation de l'espace public.

488. Au XIXe siècle, la présence de l'Eglise et de la religion catholique dans l'espace public est massive. D'abord, le territoire est parsemé de milliers d'églises et autres édifices du culte qui marquent avec force que la France est une terre de chrétienté. Ensuite, les villes et les campagnes sont constellées par un maillage serré de signes et de symboles religieux ; depuis des siècles en effet, l'Eglise et le peuple catholique ont construit des statues des Saints ou de la Vierge, des ex-voto, des

de la sollicitude de l'Etat envers le catholicisme. Dans la seconde moitié du XVIIIe siècle, le déclin des pratiques est ainsi favorisé par la diffusion des doctrines jansénistes qui, en raison de leur rigorisme moral et des exigences spirituelles qu'elles impliquent, décourage et éloigne une partie du peuple chrétien. De même, la Révolution contribue au reflux de la religion en désorganisant profondément les structures de l'Eglise catholique qui ne peut plus assurer un encadrement serré des fidèles par les ministres du culte. Mais dès le début du XIXe siècle, le catholicisme connaît une période de renouveau. Le cadre concordataire permet d'abord de reconstituer les institutions ecclésiastiques et les armées de prêtres voués à ranimer la flamme de la foi chez une population souvent indifférente. Ensuite, l'Eglise a pu rétablir une forte position au sein de la société grâce au soutien du pouvoir politique, particulièrement du régime de la Restauration, qui fait du catholicisme la religion de l'Etat et lui accorde d'importantes ressources matérielles et symboliques. Enfin, les changements de la théologie et de la liturgie, comme le développement du culte marial ou du culte des saints, favorisent une piété plus sentimentale qui stimule d'essor de la dévotion populaire (voir Gérard Cholvy, *Christianisme et société en France au XIXe siècle, 1790-1914*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2001).

croix ou des calvaires¹ installés sur les places, les chemins, ou au croisement des routes. Enfin, le peuple catholique est très présent sur la voie publique. Sans parler des cérémonies publiques religieuses organisées par le gouvernement², il existe dans chaque région de nombreuses processions traditionnelles qui conduisent les fidèles à défiler plusieurs fois par an. Selon les données liturgiques, la procession désigne « *un cortège religieux avec chants et prières, présidé par un prêtre revêtu de son surplis ou des ornements sacerdotaux et comportant habituellement la présence de serviteurs de l'église, tels que suisses, bedeaux ou enfants de chœurs.* »³. La procession est donc une marche ordonnée du clergé et des fidèles, dirigée par un ministre du culte. Il s'agit d'une cérémonie religieuse qui concourt à la célébration du culte, et se distingue en cela de la simple manifestation d'opinion religieuse par laquelle les fidèles peuvent vouloir défendre leur foi face aux pouvoirs publics par exemple. La procession se distingue encore du port du viatique. Cette cérémonie consiste pour les fidèles, dirigés par le prêtre, à se réunir en cortège pour conduire le Saint-Sacrement couvert d'un voile blanc au domicile d'un mourant⁴. Pendant une bonne partie du XIXe siècle, la pratique de ces cérémonies, particulièrement des processions, a été pour les catholiques une occasion d'affirmer une forme d'appropriation momentanée de la voie publique par la religion. A cet égard, nous avons déjà évoqué le pavoisement des maisons sur le passage des processions, qui était souvent imposé aux non catholiques au début du XIXe siècle⁵. Dans les années 1870 encore, au moment de l'Ordre Moral, le tribunal correctionnel de Poitiers relaxe, par un jugement du 16 décembre 1878⁶, un abbé qui avait quitté les rangs d'une procession pour retirer de force le chapeau d'un jeune homme qui se tenait à l'écart du cortège. Pour motiver sa décision, le tribunal avance que le parcours de la procession devient provisoirement un lieu de culte ; l'abbé exerçait donc son pouvoir de direction et de police et ne pouvait être poursuivi avant que le Conseil d'Etat n'ait déclaré son comportement abusif. En 1880, la Cour de cassation censure le jugement au motif qu'en quittant la procession pour aller sur une autre partie de la rue, le ministre du culte n'était plus dans l'exercice de ses fonctions⁷ ; l'appropriation de la rue par la religion comporte donc des limites.

¹ Sur les croix et calvaires, voir A. Champion, *Manuel pratique de droit civil ecclésiastique*, 2^{ème} éd, Paris/Caen, 1876, p 111.

² A. Champion, *Manuel pratique de droit civil ecclésiastique*, 2^{ème} éd, Paris/Caen, 1876, p 121.

³ Lucien Crouzil, *La publicité du culte catholique*, Paris, 1904, p 31.

⁴ Lucien Crouzil, *La publicité du culte catholique*, Paris, 1904, p 42.

⁵ *Supra*, n°27 ; et Jacqueline Lalouette, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. l'Univers Historique, 2005, p 102 et s.

⁶ Cité par Adrien Dubief et Victor Gottofrey, *Traité de l'administration des cultes*, tome I, Paris, 1891-1892, p 73.

⁷ Cass. crim., 16 avril 1880, *Huas, S.*, 1881, I, p 137 : « *Attendu que d'après les énonciations du fait, l'acte reproché au prévenu se serait produit au préjudice d'une personne étrangère à la cérémonie, au moment même où s'éloignait de la voie publique sur laquelle aurait pu s'exercer régulièrement et dans une juste mesure, son*

489. A partir des années 1880, ces manifestations religieuses dans l'espace public deviennent une source importante de conflits entre l'Eglise et les catholiques d'une part, l'Etat républicain et le peuple anticlérical d'autre part. Au niveau national, l'Etat conduit une politique de retrait des signes religieux. Ainsi, dans le cadre des réformes scolaires, le ministre de l'instruction publique prend plusieurs circulaires, de 1882 à 1906, pour ordonner la suppression des croix des salles de classes et des locaux d'enseignement¹. L'application s'avère difficile et s'oppose à la résistance d'une partie de la population catholique, parfois même du maire². Ensuite, incité par les libres-penseurs, le gouvernement décide le retrait des croix des salles d'audience des tribunaux par une circulaire du 1^{er} avril 1904³. Pour certains catholiques, cette mesure affaiblit la justice en retirant des prétoires les marques de religion qui peuvent conduire le témoin à ne pas mentir ou l'accusé à avouer ses crimes⁴. Des mesures analogues sont prises dans les hôpitaux, dans lesquels l'Etat républicain veut substituer aux références catholiques des pratiques exclusivement fondées sur la science et l'hygiène⁵.

A l'échelle de la commune, l'hostilité des maires républicains envers l'Eglise s'exprime fréquemment. Elle est très nette lorsque des rues portant des noms « trop » catholiques sont rebaptisées à la gloire de grandes victimes des persécutions de l'Eglise (Etienne Dolet ou le Chevalier de la Barre par exemple). Mais l'essentiel de l'action municipale passe par l'exercice du pouvoir de police administrative. Certains édiles ordonnent par exemple l'enlèvement de la voie publique des croix ou des statues traditionnelles⁶. Le plus souvent, ce sont les cortèges sur la voie publique qui sont visés, qu'ils soient frappés d'interdiction ou soumis à une réglementation plus ou moins stricte. La délibération d'un conseil municipal adoptée en 1904 illustre le type d'arguments invoqué par les municipalités hostiles à la religion. Voulant justifier un arrêté d'interdiction des manifestations religieuses sur la voie publique, le conseil expose : « *Considérant qu'on ne saurait exiger de tous les citoyens qu'ils aient le respect des convictions d'autrui qu'à la condition que celles-ci ne tendront pas à s'imposer à eux ; considérant que les sorties sur la voie publique des pratiquants d'un culte, entourées de la pompe qui leur est habituelle, constituent une atteinte à la*

droit de surveillance et de police, l'occasion de la procession [...] qu'ainsi il avait cessé d'être dans l'exercice du culte. ».

¹ Voir Pierre Chevallier, *La séparation de l'Eglise et de l'école, Jules Ferry et Léon XIII*, Fayard, 1981.

² Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001, p 302 et s.

³ Voir Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001.

⁴ Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001, p 302 et s.

⁵ Jean Baubérot et Séverine Mathieu, *Religion, modernité et culture au Royaume-Uni et en France, 1800-1914*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2002 ; Christian Chevandier, « Laïciser les hôpitaux ? Les rythmes de la société et du politique », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 373.

⁶ Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001, p 301.

liberté de conscience en ce qu'elles assujettissent les citoyens à manifester leurs sentiments dans un sens ou dans l'autre »¹.

Mais l'opposition entre les catholiques et les républicains ne se limite pas aux institutions ; les conflits sont plus profonds et impliquent la population. Entre alors en scène le groupe actif des anticléricaux et libres-penseurs. Engagés dans une lutte assumée contre le catholicisme, ces derniers attaquent la religion sur son propre terrain. Jacqueline Lalouette relate ainsi les nombreuses destructions de signes religieux qui se déroulent dans les années 1880-1914², et les multiples projets de construction de statues en l'honneur des victimes de l'Eglise ou des gloires de la Science, tel Giordano Bruno ou Galilée³. Le combat des libres-penseurs consiste aussi à tourner la religion en ridicule en organisant des cérémonies carnavalesques et caricaturales dans le but de montrer le grotesque des rites catholiques. Plus grave, les cortèges des processions rencontrent parfois les cortèges concurrents des libres-penseurs, provoquant des affrontements violents, dont quelques uns ont été mortels.

§2. – Les enjeux liés à l'évolution des sensibilités devant la mort.

490. Les convois funèbres représentent une autre source de conflits au sein des communes. Le phénomène s'inscrit dans le contexte des mutations profondes qui affectent les attitudes devant la mort depuis le XVIIIe siècle⁴. Au XIXe siècle, les cultes reconnus, spécialement l'Eglise catholique, jouissent traditionnellement d'une position largement dominante en matière d'administration de la mort. En ce sens, l'article 15 du décret du 23 prairial an XII sur les cimetières, en vigueur jusqu'en 1881, prévoit que chaque culte reconnu pratiqué dans une commune doit disposer d'un cimetière particulier, ou, à défaut de place, que le cimetière doit être découpé en autant de parties, séparées par des murs, qu'il y a de cultes dans la commune⁵. Quant aux morts des cultes non-reconnus, ils sont placés dans un espace spécifique du cimetière, sans distinction selon les confessions⁶. Mais rien n'a

¹ Cité par Patrick Cabanel, *Entre religions et laïcité, la voie française : XIXe-XXIe siècles*, Privat, 2007, p 41 (Chapitre 2. Dans la rue : l'Eglise catholique et le contrôle de la voie publique en France, XIXe-XXe siècles).

² Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001, p 300.

³ Pour un exemple typique de l'hagiographie des libres-penseurs, voir Jules Barni, *Les martyrs de la libre-pensée*, 2^{ème} éd, Paris, 1880. L'auteur étudie entre autres Socrate, Abélard, Michel Servet, Gallilée, Jean-Jacques Rousseau ou Madame de Staël.

⁴ Sur l'évolution des attitudes devant la mort depuis le XVIIIe siècle : Michel Vovelle, *Mourir autrefois. Attitudes devant la mort aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Gallimard, coll. Folio-Histoire, 2008 ; Philippe Ariès, *L'homme devant la mort. Tome 2, la mort ensauvagée*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 1985.

⁵ A. Campion, *Manuel pratique de droit civil ecclésiastique*, 2^{ème} éd, Paris/Caen, 1876, p 149.

⁶ F. Meynier, D. Teissère, Ch. Teissère, Ambard, Ch. Caseneuve, A. Bergasse, Sivan, O. Maurin, P. Benet, Timon-David, De Jessé-Charleval, Guigou, « Consultation. Question relative à la séparation des lieux de sépulture dans les cimetières », *R.C.I.D.*, 1876, tome 12, p 373-388.

été prévu pour les défunts non-croyants, dont le nombre augmente au cours du XIXe siècle à la faveur du mouvement de déchristianisation et de sécularisation progressive de la société. Jusqu'à la fin du XIXe siècle, l'Eglise réserve un sort peu enviable à ces non-croyants en les reléguant dans une partie non consacrée et méprisée du cimetière, souvent dénommée « coin des réprouvés »¹. De même, l'Eglise a longtemps exercé une influence prépondérante autour du lit de mort. C'est souvent le prêtre, ou une partie de la famille, qui recueille les dernières volontés et les dernières paroles du mourant. Lorsque ce dernier est non-croyant, c'est parfois l'occasion d'arracher une conversion ou une déclaration de religiosité qui justifiera un enterrement religieux. L'opération est d'autant plus facile que, traditionnellement, le droit civil n'accordait de valeur juridique qu'aux dispositions testamentaires portant sur le sort des biens du disposant² ; les prévisions du testament relatives aux convictions religieuses et à l'organisation des funérailles, notamment leur nature religieuse ou civile, pouvaient toujours être contredites par des éléments factuels postérieurs au testament, notamment les déclarations des proches sur les intentions du mourant sur son lit de mort. Cela laissait la place à toutes les manipulations et avait souvent pour conséquence de méconnaître les choix spirituels des mourants³.

491. A partir des années 1880, les gouvernements républicains mènent une politique de laïcisation des pratiques funéraires qui déstabilise la position de force détenue par l'Eglise. La laïcisation des pratiques funéraires est consacrée par la loi du 14 novembre 1881 abrogeant l'article 15 du décret du 23 prairial an XII⁴. Dorénavant, le cimetière, propriété communale, est un lieu laïque ouvert à tous sans distinction de culte. Dès lors, il n'est plus possible de délimiter des zones dédiées aux seuls

¹ F. Meynier, D. Teissère, Ch. Teissère, Ambard, Ch. Caseneuve, A. Bergasse, Sivan, O. Maurin, P. Benet, Timon-David, De Jessé-Charleval, Guigou, « Consultation. Question relative à la séparation des lieux de sépulture dans les cimetières », *R.C.I.D.*, 1876, livre 12, p 373-388.

² G. Théry, « Des enterrements civils. A qui appartient le droit de régler ce qui concerne les funérailles d'un défunt ? », *R.C.I.D.*, 1876, tome 7, p 263-273.

³ Sur l'influence de l'Eglise au chevet des mourants et l'action de l'entourage pour obtenir des conversions de dernière minute, voir Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001, p 334 et s. Pour un exemple tardif des craintes des libres-penseurs vis-à-vis de l'emprise cléricale sur le mort et sa famille, voir les conseils donnés par un groupe de libre-pensée dans un recueil de textes relatifs aux funérailles civiles publié en 1926 : « *Homme ou femme de bon sens, n'obligez pas vos parents ou vos familles à payer des prêtres, qui font des enterrements de 1^o, 2^o ou 3^o classe, en chantant une langue morte, que la majorité ne comprend pas... C'est une duperie, un abus de confiance, une non-valeur, que l'on fait payer, en profitant du malheur et du désarroi occasionnés par la perte d'un être bien-aimé. Confiez votre Testament à des amis (voir modèle ci-contre) ; les parents, éprouvés par la douleur, n'ayant pas la force d'exécuter vos dernières volontés, ni d'affronter l'opinion publique asservie aux plus sots préjugés. Il faut multiplier le nombre des enterrements sans charlatanisme et sans cérémonial plus ou moins grotesque, c'est un des meilleurs moyens de réagir contre les menées cléricales et contre la tyrannie grandissante du parti catholique* ». S'en suit un modèle de « *lettre du mort* » destinée à un éventuel prêtre indélicat, qui exprime en des termes vigoureux le refus du défunt d'être enterré religieusement (*Pour les funérailles civiles, contre les exploiters de la mort, recueil de discours libres penseurs, modèles de Testaments, documents divers*, Editions de l'idée libre, 1926, p 33).

⁴ Voir Léon Béquet, *Traité de la commune (extrait du répertoire du droit administratif)*, Paris, 1888, p 231 et s.

cultes reconnus, ou d'exclure les corps des non-croyants. Par ailleurs, la loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles apporte une plus grande sécurité juridique relativement au respect des dispositions testamentaires sur le mode d'enterrement et les funérailles. L'article 3 reconnaît le droit de prévoir, par des dispositions juridiquement obligatoires, la nature et les conditions de ses funérailles, par testament authentique ou olographe¹. Ensuite, l'article 2 dispose qu'il « *ne pourra jamais être établi, même pas voie d'arrêté, des prescriptions particulières applicables aux funérailles, en raison de leur caractère civil ou religieux.* ». Enfin, la loi du 28 décembre 1904 met fin au monopole des fabriques (et des consistoires protestants et israélites) sur les pompes funèbres en confiant aux communes le monopole du service extérieur, laissant le service intérieur aux institutions des différents cultes².

492. Cette imposante législation républicaine inspire l'hostilité des catholiques qui y voient des mesures de combat destinées, non pas à assurer la neutralité des services publics, mais à marginaliser l'Eglise et la religion³ ; le mécontentement est d'autant plus grand que la laïcisation fait perdre à l'Eglise son monopole symbolique sur les cimetières. Dans certaines communes, les croix et signes religieux sont concurrencés par les symboles des non-croyants ou des libres-penseurs. S'instaure alors une course à la maîtrise symbolique des cimetières qui conduit certains catholiques à ériger sur les tombes des croix monumentales richement ornées pour rendre insignifiantes les sépultures libres-penseuses⁴. Ensuite, la loi du 28 décembre 1904 est considérée comme une spoliation de l'Eglise, pour qui le service extérieur était à la fois une prérogative traditionnelle et une source de revenus. Dans un article de 1905, le juriste catholique E. Jac y voit un acte dirigé contre l'Eglise, menant nécessairement à la séparation des Eglises et de l'Etat⁵ : « *Le service extérieur est le plus lucratif. Les associations cultuelles, qui vont prochainement succéder aux fabriques, sont privées par avance de leur principale source de revenus. La loi de 1904 a admirablement, suivant l'expression de M. Combes, "préparé la Séparation"* ».

¹ Pierre-Yves Baudot, « La mort en attente de laïcisation (1887-1904) », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 391 et s. La loi semble relativement bien accueillie par les juristes catholiques, à en juger par un commentaire paru en 1888 : Albert Passama, « La loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles », *R.C.I.D.*, 1888, livre 4, p 302-332.

² Emmanuel Bellanger, « La mort laïcisée, neutralisée et rationalisée. Municipalisation des pompes funèbres, syndicalisation des communes et magistère mayoral en banlieue parisienne au XXe siècle », in *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 417 et s.

³ Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001, p 312 et s.

⁴ Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001, p 314.

⁵ E. Jac, « Un préliminaire de la séparation de l'Eglise et de l'Etat. La loi du 28 décembre 1904 sur les inhumations », *R.C.I.D.*, 1905, août 1905, p 148 et s ; novembre 1905, p 435 et s.

493. Les pratiques funéraires ne se limitent pas aux funérailles et aux enterrements. La mort est aussi mise en scène dans la rue à l'occasion des cortèges funèbres. Pendant la plus grande partie du XIXe siècle, seuls les convois funèbres catholiques ont droit de cité sur la voie publique ; les fidèles, sous la direction du ministre du culte, conduisent alors en cortège le corps d'un défunt de la maison mortuaire à l'église et de l'église au cimetière. Mais l'Eglise et la population catholique n'admettent pas que la rue soit occupée par des cortèges purement civils. Ces derniers sont alors perçus comme des manifestations de négativité, de scandale et de dénigrement des valeurs morales chrétiennes. En atteste, par exemple, une déclaration du ministre de l'intérieur prononcée en 1873 sous le gouvernement d'Ordre Moral, à l'intention des citoyens participant à des enterrements civils : « *Vous outragez de la façon la plus sanglante la conscience publique quand vous venez ainsi tous les jours, régulièrement, à l'heure la plus favorable, quand le travail cesse, quand le délassement commence, montrer votre triste cortège, [...] vos symboles qui effraient, [...] vos négations désespérées* »¹. Le même gouvernement d'Ordre moral refuse, en méconnaissance du décret du 24 messidor an XII, d'accorder les honneurs militaires aux membres de la Légion d'honneur inhumés civilement. De plus, dans certaines communes, les réactions de la population catholique sont souvent empreintes d'une grande violence. En ce sens, Jacqueline Lalouette rapporte que les convois funèbres civils doivent parfois subir les insultes des passants, voire des jets de pierres sur le cercueil. Quant au mort enterré civilement, il peut être comparé à un chien, voire à des excréments². L'hostilité de la population est parfois formalisée juridiquement par un arrêté préfectoral ou municipal réglementant très rigoureusement les enterrements civils. La plupart du temps, l'arrêté consiste à ne permettre les cortèges civils que très tôt le matin ou tard le soir, et à limiter la longueur du parcours et le nombre des participants³. L'enjeu est donc de limiter la visibilité d'une manifestation de scandale d'autant moins supportée par les catholiques qu'elle touche à l'épineuse question de la mort.

494. La réaction de la République des républicains ne se fait pas attendre. L'article 97§4 de la loi du 5 avril 1884 prévoit ainsi que la police municipale doit régler : « *Le mode de transport des personnes décédées, les inhumations et les exhumations, le maintien du bon ordre et de la décence dans les cimetières, sans qu'il soit permis d'établir des distinctions ou des prescriptions particulières à raison des croyances ou du culte du défunt ou des circonstances qui ont accompagné*

¹ Rapporté par Patrick Cabanel, *Entre religions et laïcité, la voie française : XIXe-XXIe siècles*, Privat, 2007, p 52 (Chapitre 2. Dans la rue : l'Eglise catholique et le contrôle de la voie publique en France, XIXe-XXe siècles).

² Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001, p 346 et s.

³ Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001, p 351.

sa mort. »¹. L'article 93 dispose en outre que « *Le maire, ou à son défaut le sous-préfet pourvoit d'urgence à ce que toute personne décédée soit ensevelie et inhumée décentement, sans distinction de culte ni de croyance.* ». Ces dispositions font donc juridiquement obstacle aux arrêtés touchant les enterrements civils, de même qu'elles interdisent que les convois funèbres catholiques soient visés en tant que tels par des arrêtés de police.

495. Mais les conflits locaux autour des convois funèbres ne s'apaisent pas pour autant. Aux arrêtés municipaux « anti-enterrement civil » des années 1870 succèdent les mesures des maires républicains limitant la liberté des convois funèbres catholiques. Les édiles locaux peuvent être guidés par des intentions diverses. Parfois, il s'agit d'accompagner la politique de laïcisation conduite par le gouvernement et le législateur. Mais souvent, ce sont des sentiments anticléricaux qui motivent l'action du maire, quelques fois sous l'influence des libres-penseurs de la commune. Par un arrêté d'interdiction ou de réglementation, il arrive même que les républicains entendent se venger des mesures discriminatoires prises pendant l'Ordre Moral par un maire catholique appuyé par le prêtre². Il y a là un fait très significatif de l'enracinement des conflits de valeurs qui traversent la France au début de la III^e République.

§3. – *Le processus de sécularisation du paysage sonore.*

496. Au XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, les sonneries de cloches et leur réglementation sont chargées d'importants enjeux sociaux et politiques. Pour bien le comprendre, il faut se départir du regard de l'homme du XXI^e siècle qui incline à ne voir dans les conflits locaux autour des cloches que des épisodes pittoresques et anecdotiques, révélateurs d'une forme de mentalité archaïque. Il faut considérer que pour les hommes du XIX^e siècle, les cloches sont investies de significations riches et complexes qui sont presque totalement perdues de nos jours. Comme l'a magistralement montré Alain Corbin, elles font partie intégrante du « *paysage sonore* » du XIX^e siècle, et donc de la culture sensible des français de cette époque³. Ainsi, les cloches sont à la fois des symboles religieux, des outils de communication et des objets de fierté communautaire.

¹ La référence aux « *circonstances qui ont accompagné sa mort* » a pour but de faire échec au refus de sépulture parfois opposé par l'Église aux personnes suicidées.

² Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001, p 353.

³ Alain Corbin, *Les cloches de la terre. Paysage sonore et culture sensible dans les campagnes au XIX^e siècle*, Champs-Flammarion, 1994. Voir aussi Philippe Boutry, « Le clocher », in *Les lieux de mémoire*, Pierre Nora (dir), tome III, volume 2, Gallimard, 1984, p 57 et s.

497. Les cloches tiennent une place importante dans les doctrines chrétiennes. Objet sacré béni au moment de sa construction¹, la cloche intervient abondamment dans la liturgie catholique². Elle annonce la messe aux fidèles et peut sonner au cours de certaines messes. Des sonneries marquent aussi plusieurs offices, comme les matines célébrées à l'aube, ou les vêpres qui se déroulent le soir. Quotidiennement, les cloches accompagnent l'*Angelus*, sonné matin, midi et soir³. En outre, des sonneries sont pratiquées pour les sacrements, principalement les baptêmes, les mariages et les enterrements. Enfin, les cloches peuvent sonner pour saluer l'arrivée d'un nouveau prêtre ou d'un nouvel évêque, ou célébrer les fêtes religieuses comme Pâques, la Pentecôte, Noël ou l'Ascension par exemple.

En raison de la forte présence liturgique des sonneries de cloches, le peuple catholique investit ces dernières d'une importante valeur spirituelle. Le phénomène est d'ailleurs accompagné et renforcé par le clergé qui développe une lecture symbolique des cloches. Dans une brochure de 1913, un bénédictin explique ainsi que les cloches, par leur pouvoir d'évocation sur les fidèles, sont un puissant auxiliaire de la prédication : « *Dans la main du prêtre, la cloche devient comme un instrument pour dire aux fidèles : Elevez vers Dieu vos cœurs. Bien plus, les prières liturgiques nous invitent à voir dans la cloche le modèle d'une âme contemplative : la cloche plane dans les airs au dessus des bruyantes agitations du siècle, c'est Marie choisissant la meilleure part, le bois qui la surmonte et sert à la suspendre représente la croix du Sauveur pour nous apprendre que la contemplation en cette vallée de larmes ne va pas sans la souffrance, que Jésus sur le Thabor s'est entretenu de la pensée de sa mort prochaine.* »⁴.

498. Mais la signification des cloches dépasse leur valeur religieuse. Elles sont aussi un puissant outil de communication, spécialement dans la société rurale. En un temps où les horloges et les montres sont rares, la régularité des sonneries de cloches est un des seuls repères temporels à la disposition de la population. Les *angelus* quotidiens permettent ainsi aux ouvriers agricoles de connaître le début et la fin de la journée de travail, ou le moment de la pause de midi. De même, la sonnerie sert au pouvoir municipal pour informer rapidement et efficacement la population des incendies ou autres calamités publiques. Parfois, le pouvoir civil fait exécuter des sonneries civiles pour annoncer le début et la fin du travail. Dans une société où l'alphabétisation n'est pas encore généralisée, le signal sonore revêt une importance capitale, de sorte que la sensibilité sonore des

¹ Dom Jules Baudot (bénédictin de Farnborough), *Les cloches*, Paris, 1913, p 33 et s.

² Dom Jules Baudot (bénédictin de Farnborough), *Les cloches*, Paris, 1913, p 43 et s.

³ Sur l'importance de l'*Angelus*, voir Alain Corbin, *Les cloches de la terre. Paysage sonore et culture sensible dans les campagnes au XIXe siècle*, Champs-Flammarion, 1994, p 127 et s.

⁴ Dom Jules Baudot (bénédictin de Farnborough), *Les cloches*, Paris, 1913, p 57.

hommes du XIXe siècle est beaucoup plus développée qu'aujourd'hui. La valeur sociale et émotionnelle dont les cloches sont investies en est d'autant plus grande. En ce sens, Alain Corbin rapporte l'attention soutenue de la population à la beauté et à la puissance des sonneries, à leur pouvoir d'évocation et au plaisir qu'elles procurent. Il faut d'ailleurs remarquer que la durée des sonneries est sans commune mesure avec l'époque contemporaine ; au XIXe siècle, il n'est pas rare que des sonneries religieuses ou civiles durent plusieurs heures. Les sonneries ne sont donc pas seulement des phénomènes religieux et utilitaires, mais disposent d'une grande portée *sentimentale et émotionnelle*.

499. Il n'est pas étonnant dès lors que les cloches soient enfin un objet de fierté communautaire, un marqueur de l'identité communale. Le nombre des cloches, leur poids, la qualité de leur métal et de leur harmonie, sont autant d'enjeux locaux dans la France du XIXe siècle. Des cloches de piètre qualité ou en nombre insuffisant sont une source d'humiliation pour les habitants d'une commune vis-à-vis des communes voisines. Au contraire, des sonneries puissantes et harmonieuses peuvent faire la renommée d'un village dans toute une région. Pour illustrer la portée sentimentale des cloches et leur rôle dans la construction des identités villageoises, Alain Corbin explique l'importance des épisodes de fonte ou de refonte des cloches : réalisées la plupart du temps dans la commune, ils impliquent l'Eglise, les autorités et une bonne part de la population, de sorte que les cloches apparaissent comme une propriété de l'ensemble de la communauté¹.

500. Compte tenu de leur importance, les cloches et les sonneries sont l'occasion de conflits locaux intenses et fréquents. Le sens de ces querelles évolue au cours du XIXe siècle. Jusqu'à l'avènement de la République, la question des cloches n'oppose pas les catholiques aux républicains, mais les différentes autorités qui dominent les communautés villageoises, c'est-à-dire le maire et le curé. Ces derniers ne s'affrontent pas dans un conflit de valeur sur la place de la religion dans la société et l'espace public, mais luttent pour l'honneur et le pouvoir symbolique. Puisque les sonneries sont un média stratégique dans la société du XIXe siècle, leur contrôle est un enjeu de pouvoir entre les autorités civiles et religieuses. Les maires notamment ont le souci constant de contester la domination des ministres du culte sur les cloches et le clocher. Nous avons vu que cette préoccupation s'exprime à propos de la possession des clés du clocher. La plupart du temps, celui-ci

¹ Alain Corbin, *Les cloches de la terre. Paysage sonore et culture sensible dans les campagnes au XIXe siècle*, Champs-Flammarion, 1994, p 90 : « Dans la grande majorité des cas et quelle que soit la procédure choisie, la communauté des habitants participe, d'une manière ou d'une autre, à la réalisation de la cloche nouvelle. Le souvenir de cette solidarité fonde la colère suscitée par les refus de sonnerie. Pouvoir "être sonné" constitue, nous le verrons, un droit aux yeux de tous ceux qui ont vécu la fonte de la cloche et qui ont contribué ou œuvré à sa réalisation. ».

n'est pas indépendant de l'église. Pour le curé, la possession des clés par le maire s'accompagne d'une perte de maîtrise et d'une funeste sécularisation, surtout si les sentiments religieux du maire sont peu développés. Mais pour l'édile local, la possession des clés du clocher est une question d'indépendance et d'honneur, car il est souvent humiliant d'être en position de demandeur face au curé lorsqu'il faut exécuter des sonneries civiles¹. La nomination du sonneur ou la répartition des sonneries civiles et religieuses sont aussi des sources récurrentes d'affrontement.

501. A partir des années 1880, les conflits changent quelque peu de signification. De conflits *locaux* pour l'exercice du pouvoir symbolique dans les communautés villageoises, les affaires de sonneries acquièrent une portée *nationale* liée à la politique laïque et parfois anticléricale des gouvernements républicains. L'Etat, relayé par les communes républicaines, entend capter la puissance symbolique et émotionnelle des cloches pour renforcer le sentiment national. D'où le développement des sonneries civiles célébrant la fête nationale du 14 juillet². D'où en retour l'hostilité et les contestations de l'Eglise qui associe le 14 juillet aux persécutions révolutionnaires contre le catholicisme, et refuse d'y voir un symbole d'unité nationale. En cette occasion, l'usage des cloches de l'église par le sonneur civil apparaît alors comme une forme de profanation. Les républicains cherchent par ailleurs à réduire la signification religieuse des cloches en multipliant les sonneries civiles. Aussi, des maires autorisent par arrêté les sonneries pour les enterrements civils. Dans ce cas, les arrêtés municipaux ne sont d'ailleurs pas toujours motivés par une pure opposition à l'Eglise, mais par un souci d'égalité entre les citoyens ; pour certains républicains et libres-penseurs, en effet, les défunts doivent pouvoir bénéficier d'une manifestation publique de respect, quelles que soient leurs options spirituelles. Des arrêtés peuvent aussi prescrire des sonneries utilitaires pour marquer les étapes de la journée de travail. Le conflit naît alors de la concurrence des sonneries civiles avec l'*Angelus*³. En dédoublant les sonneries religieuses, les signaux civils sont perçus par l'Eglise comme une source de confusion et surtout comme un empiètement du pouvoir civil sur le pouvoir religieux ; nombre de ces conflits sont d'ailleurs jugés pas le Conseil d'Etat.

502. La police des sonneries de cloches permet donc de mettre les messages sonores au service de la République. Mais l'action des républicains répond aussi à une autre logique. Accompagnant un mouvement de modification de la sensibilité sonore, un grand nombre de maires républicains

¹ Alain Corbin, *Les cloches de la terre. Paysage sonore et culture sensible dans les campagnes au XIXe siècle*, Champs-Flammarion, 1994.

² Voir Alain Corbin, *Les cloches de la terre. Paysage sonore et culture sensible dans les campagnes au XIXe siècle*, Champs-Flammarion, 1994.

³ Alain Corbin, *Les cloches de la terre. Paysage sonore et culture sensible dans les campagnes au XIXe siècle*, Champs-Flammarion, 1994, p 132 et s.

souhaite limiter la présence des sonneries dans l'espace public. Sous l'effet de la progressive sécularisation et déchristianisation de la société française, les cloches perdent peu à peu le pouvoir d'évocation et la puissance émotionnelle que nous avons précédemment mentionnés. Beaucoup de citoyens, en ville mais aussi en milieu rural, supportent de moins en moins la fréquence quotidienne et parfois la durée des sonneries civiles et religieuses. Se développe une aspiration à la tranquillité et au calme, exprimée en des termes souvent très vifs par les libres-penseurs. En 1883, un certain Nadar écrit par exemple une lettre ouverte au ministre des cultes, aux maires, conseillers municipaux, députés et sénateurs, dans laquelle il critique avec humour et véhémence les sonneries de cloches. Après un petit dialogue fantaisiste entre une cloche et une myriade de personnages réels ou fictifs¹, Nadar exprime sa répugnance pour le bruit des cloches : « *A toute autre heure du jour et plusieurs fois par jour, inopinément, brutalement et sans provocation, éclate le vacarme en mineur et en majeur qui tinte, geint, brâme, beugle ou mugit. Par instants, tous les aïrains diaboliques semblent se surexciter les uns les autres, et, comme enragés, se mettent à hurler ensemble dans le plus effréné des tintamarres et en vérité comme s'ils voulaient nous exaspérer au comble et par défi. [...] Tout bruit est odieux, surtout pour l'homme de paix, et les polices de nos cités justement les proscrivent. C'est si bon, le silence ! que le Droit au silence semblerait le premier, le plus naturel des Droits. – Pourquoi donc l'exception et le privilège précisément pour ce bruit des cloches, le plus cruel, le plus implacablement obstiné de tous et contre lequel il n'est pas de refuge ?* »². Par son outrage même, cet exemple montre l'évolution des mentalités et de la sensibilité au son, qui justifie une limitation de l'occupation du paysage sonore par les signaux religieux dorénavant jugés trop envahissants par les oreilles sécularisées. Aussi, durant la période 1880-1914, de nombreux maires restreignent la durée des sonneries religieuses et leur répartition dans la journée, suscitant des conflits fréquents avec les ministres du culte et nourrissant un riche contentieux devant le juge de l'excès de pouvoir.

Section II. – La loi de Séparation et la consécration du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux de la police des cultes.

¹ Nadar, *Le cas des cloches soumis à Monsieur le ministre des cultes et à tous maires, conseillers municipaux, députés et même sénateurs*, Chambéry, 1883.

² Nadar, *Le cas des cloches soumis à Monsieur le ministre des cultes et à tous maires, conseillers municipaux, députés et même sénateurs*, Chambéry, 1883, p 15-16. Voir aussi les exemples cités par Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001, p 326.

503. Le recours pour abus est doublement contraire à la conception républicaine de l'Etat. Il est d'abord incompatible avec la notion républicaine de laïcité car il relève d'une conception institutionnelle des rapports entre les cultes et l'Etat propre au régime concordataire.

En outre, du point de vue du contentieux administratif, le recours pour abus méconnaît les exigences d'une justice républicaine car il se rattache à la justice retenue. En effet, en matière d'abus, c'est le chef d'Etat qui se prononce par le biais de l'assemblée générale du Conseil d'Etat. C'est donc au pouvoir exécutif qu'est imputé le pouvoir de rendre justice, et c'est une formation purement administrative du Conseil d'Etat qui se prononce en pratique. Cette situation est manifestement contraire à la conception républicaine de la justice administrative qui exige une justice déléguée et une nette séparation entre la juridiction administrative et l'administration active¹.

La loi de Séparation met fin à ce vestige de la justice retenue en supprimant l'institution du recours pour abus. Dorénavant, le contentieux de la police des cultes relève du recours pour excès de pouvoir, voie de droit pleinement juridictionnelle. De ce point de vue, la Séparation représente un progrès des principes républicains en matière de justice.

Mais la portée de la compétence du juge de l'excès de pouvoir a failli être fortement amoindrie lors de l'adoption de la loi de 1905. En effet, l'article 25 du projet soumis à la Chambre des députés par la Commission Buisson prévoyait l'interdiction générale des manifestations religieuses sur la voie publique. L'autorité municipale était donc dessaisie de tout un pan de la police des cultes ; en conséquence, la jurisprudence administrative sur les litiges s'y rapportant risquait de se tarir ou de se marginaliser. Finalement, à l'issue de débats difficiles, le législateur consacre le droit commun de la police municipale. C'est ce choix décisif quant au régime des manifestations extérieures du culte (§ 1.) qui favorise la substitution, dans le domaine du contentieux, de la logique juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir à la logique institutionnelle du recours pour abus (§ 2.).

§1. – Le régime des manifestations extérieures du culte : la difficile consécration du droit commun de la police municipale.

504. La loi du 9 décembre 1905 régit trois catégories de manifestations extérieures du culte : les processions (article 27§2), les sonneries de cloches (article 27§3) et les emblèmes et signes religieux (article 28). En la matière, le législateur a fait le choix de la modernisation du droit positif, en rompant avec la logique institutionnelle concordataire et en rapprochant le plus possible le

¹ Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Thèse, Paris, LGDJ, 1970.

régime des manifestations extérieures du culte du droit commun de la police municipale défini par la loi du 5 avril 1884. Mais ce résultat ne s'est pas imposé facilement. Nous allons voir que si la question des sonneries de cloches et des emblèmes n'a pas suscité de difficultés majeures, l'élaboration d'une réglementation libérale en matière de processions a été beaucoup plus laborieuse et compliquée.

505. Avant la loi de Séparation, la réglementation des sonneries de cloches était fixée par l'article 100 de la loi du 5 avril 1884. Il posait le principe de l'affectation des cloches aux cérémonies du culte, mais permettait des sonneries civiles dans les cas de péril commun exigeant un prompt secours, et dans les circonstances autorisées par les lois et règlements ou par les usages locaux. Par ailleurs, l'article 100 disposait que : « *Les sonneries religieuses, comme les sonneries civiles, feront l'objet d'un règlement concerté entre l'évêque et le préfet, ou entre le préfet et les consistoires, et arrêté, en cas de désaccord, par le ministre des cultes.* ». Cette disposition instituait une forme de codécision entre l'autorité administrative et l'autorité religieuse en matière de police des sonneries de cloches, reflétant la logique institutionnelle concordataire d'une collaboration entre les pouvoirs temporel et spirituel.

Le nouveau régime de séparation ne pouvait s'accommoder d'un partage d'une compétence de police qui aurait méconnu le principe de neutralité de l'Etat, spécialement le principe de non-reconnaissance des cultes. Aussi, l'article 25 du projet définitif de la Commission Buisson retire la compétence au préfet et à l'évêque pour la confier au maire, selon la logique de droit commun définie par la loi du 5 avril 1884¹ (article 25§2 du projet : « *Les sonneries de cloches sont réglées par arrêté municipal.* »).

Ce texte, conforme à la logique de la Séparation, a cependant évolué à la faveur des discussions devant la Chambre. En effet, influencés par plusieurs arguments développés contre l'article 25 du projet, Aristide Briand et la Commission ont accepté un compromis dans le sens d'une plus grande continuité – seulement apparente toutefois – entre la loi de Séparation et l'article 100 de la loi du 5 avril 1884.

C'est ainsi que lors de la séance du 27 juin 1905, le député Albert-le-Roy défend un amendement tendant à rétablir les dispositions de l'article 100 et 101 de la loi de 1884². Il n'est pas possible, explique-t-il, d'exclure radicalement l'Eglise de l'élaboration d'un règlement au contenu duquel elle est intéressée au premier chef. En rompant avec cette exigence, le texte de la Commission Buisson prend le risque d'exciter la susceptibilité des ministres du culte et des fidèles.

¹ D.P., 1884, IV, p 55.

² *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome II, p 1040 et s (séance du 27 juin).

De plus, ajoute le député Louis Ollivier, le choix de retirer la compétence de police au préfet pour la confier au maire va favoriser le déchaînement de l'antycléricalisme et de l'arbitraire administratif local, c'est-à-dire, explique Louis Ollivier, « *l'arbitraire le plus dangereux, parce que c'est celui qui peut le plus facilement s'inspirer des rancunes et des sentiments de malveillance.* »¹.

Face à ces critiques, et dans le but d'apaiser les craintes des catholiques sur les potentielles dérives de la compétence confiée au maire, la Commission propose à la Chambre une nouvelle rédaction de l'article 25, mise au point pendant une interruption de séance : « *Les sonneries de cloches seront réglées par arrêté municipal et, en cas de désaccord entre le maire et le président de l'association cultuelle, par arrêté préfectoral./ Le règlement d'administration publique prévu par l'article 36 de la présente loi déterminera les conditions et les cas dans lesquels les sonneries civiles pourront avoir lieu.* ». C'est cette solution transactionnelle qui est définitivement adoptée par le législateur et devient les §2 et §3 de l'article 27 de la loi de Séparation². La disposition donne une garantie aux catholiques contre les maires indécents, tout en préservant la logique de neutralité propre à la séparation des Eglises et de l'Etat. En effet, l'article 100 de la loi de 1884 prévoyait une codécision entre le préfet et l'évêque, accordant ainsi à l'autorité religieuse une *faculté de statuer* sur le contenu des règlements de police. En revanche, l'article 27§2 ne met en place qu'une *faculté d'empêcher* au profit de l'autorité religieuse, cette dernière pouvant seulement s'opposer à un règlement du maire, transférant ainsi la compétence au préfet. La nécessaire exclusion de l'Eglise de l'exercice de la puissance publique est donc assurée, mais est conciliée avec la sensibilité aiguë des sentiments des fidèles et des ministres du culte en ces temps de luttes religieuses.

506. Pour ce qui concerne les emblèmes et signes religieux, le législateur a fait clairement le choix de la neutralité du domaine public. L'article 28, adopté presque sans modification, prévoit : « *Il est interdit, à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions.* ». La loi revient sur le droit du XIXe siècle dans lequel prévalaient de simples pratiques administratives marquées par le fort pouvoir discrétionnaire de l'administration et notamment illustrée par une décision ministérielle du 7 fructidor an X, aux termes de laquelle : « *La loi et le*

¹ *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome II, p 1039 (séance du 27 juin).

² Les articles 50 à 52 du règlement d'administration publique du 16 mars 1906 précisent les conditions de la transmission de l'arrêté municipal relatif aux sonneries de cloches et le la réponse du président de l'association cultuelle. Ils reprennent en outre en substance les règles posées par l'article 101 de la loi du 5 avril 1884 sur les sonneries civiles et sur la détention des clés par le maire et le ministre du culte. Voir Gustave Lhopiteau et Eman Thibault, *Les Eglises et l'Etat. Commentaire pratique de la loi du 9 décembre 1905*, 2^{ème} éd, Arthur Rousseau, 1906, p 433.

gouvernement ont laissé ce point à la prudence des autorités locales. Si cette exposition peut servir de prétexte à troubler l'ordre, il est sage de la proscrire. Mais si elle ne peut produire aucun inconvénient, il y a lieu de la tolérer, sauf à en ordonner l'enlèvement au moment où elle deviendra l'occasion de désordres. »¹.

Dans son rapport, Aristide Briand justifie le futur article 28 en invoquant à la fois la liberté de conscience et l'intérêt de l'ordre public. La neutralité des lieux publics s'impose d'abord car « *elle est indispensable pour prévenir les troubles et les désordres qui peuvent être occasionnés par la présence publique d'emblèmes ou de signes religieux.* »². Ensuite, conformément à la doctrine laïque, la neutralité est une condition de l'effectivité de la liberté de conscience. Le domaine public, les monuments et les voies publiques constituent le cadre commun de l'activité des citoyens auquel chacun doit jouir d'un égal accès. Aussi, il ne faut pas que la présence permanente de signes religieux confère un caractère religieux *définitif* aux monuments ou lieux publics, et suggère que le domaine public est consacré à un culte particulier dont les croyances ne sont pas nécessairement partagées par tous les citoyens. Dans les cimetières notamment, Briand explique que « *Ce qui doit être prohibé seulement au nom de la neutralité, ce sont les emblèmes et les signes qui tendraient à consacrer l'ensemble d'un cimetière à un culte déterminé et porteraient ainsi atteinte à la liberté de conscience de ceux qui ne professent pas ce culte.* »³. En revanche, pour assurer la liberté de conscience, il faut admettre que chaque tombe particulière puisse être ornée des signes religieux choisis par le défunt et sa famille. De même, le principe de neutralité des lieux et monuments publics s'accommode de la présence de signes religieux sur les églises ou dans les musées destinés à réunir les œuvres des diverses civilisations. La liberté de conscience est donc l'étalon à l'aune duquel doit être établie l'étendue de l'interdiction des signes et emblèmes religieux sur le domaine public.

507. Contrairement aux questions des emblèmes et des sonneries de cloches, le problème des processions est très disputé. Les discussions animées qu'il suscite aboutissent difficilement à

¹ Citée par Gustave Lhopiteau et Eman Thibault, *Les Eglises et l'Etat. Commentaire pratique de la loi du 9 décembre 1905*, 2^{ème} éd, Arthur Rousseau, 1906, p 285. Voir aussi les explications de Portalis, données en qualité de ministre des cultes au préfet de police : « *Le premier consul a pensé qu'il était sage de ne donner ni autorisation ni défense relativement aux signes extérieurs que les habitants des petites communes ont l'usage de placer dans les chemins et autres lieux publics, mais seulement de les tolérer, à moins qu'il en résulte des inconvénients capables de les faire prohiber. Une autorisation formelle aurait le danger de donner trop d'importance à des usages qui ne tiennent pas au fond de la religion ; d'autre part, la prohibition ou la défense chagrinerait quelques communes dont il faut ménager les idées et les habitudes, quand ces idées n'ont par elles-mêmes rien de contraire à l'ordre public.* ».

² Aristide Briand, *La Séparation des Eglises et de l'Etat. Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés, suivi des pièces annexes*, Paris, 1905, p 334.

³ Aristide Briand, *La Séparation des Eglises et de l'Etat. Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés, suivi des pièces annexes*, Paris, 1905, p 334.

l'adoption d'une solution libérale. Avant les débats à la Chambre, la tendance des principaux projets de loi de Séparation est nettement restrictive sur la question des processions. L'article 20 du projet du ministre des cultes Bienvenu-Martin soumet ainsi les processions et manifestations du culte sur la voie publique à une autorisation préalable du maire¹. Pour leur part, le projet Combes (article 11) et le projet définitif de la Commission Buisson qui est discuté par la Chambre (article 25) optent pour l'interdiction totale des processions. Les solutions proposées sont donc beaucoup plus rigoureuses que celles du droit concordataire. Celui-ci accorde en effet la liberté des manifestations du culte sur la voie publique, tout en posant deux limites. D'abord, l'article 45 des Articles Organiques dispose qu'« aucune cérémonie religieuse n'aura lieu hors des édifices consacrés au culte catholique dans les villes où il y a des temples destinés à différents cultes. ». Ensuite, les processions peuvent être réglementées par le maire pour des motifs de circulation ou de tranquillité publique, en vertu des pouvoirs de police qu'il tire notamment de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884².

Au premier abord, le choix de la Commission semble surprenant, particulièrement au regard de l'article 1^{er} qui proclame la liberté des cultes. Mais les justifications fournies par Briand dans son rapport et lors des débats à la Chambre montrent que la rigueur de l'article 25 s'explique par le contexte de luttes religieuses dans lequel la loi de Séparation intervient. Pour justifier l'interdiction totale, Briand expose trois arguments.

Le premier fait valoir le principe de neutralité. Pour le rapporteur, les processions consacrent un empiètement du monde religieux sur le monde laïque ; or ces deux mondes doivent être rigoureusement séparés, et l'interdiction des processions apparaît comme le moyen approprié pour atteindre ce but. De cette manière, la liberté de conscience des indifférents ou des adeptes d'autres cultes ne sera plus troublée par le passage sur la voie publique de cortèges qui imposent à tous leurs croyances particulières³. Cette conception de la neutralité est soutenue et développée par plusieurs députés libres-penseurs et socialistes, dont Maurice Allard et Victor Augagneur. Le premier s'appuie sur une distinction entre le public et le privé pour justifier l'interdiction spécifique que l'article 25 impose aux manifestations religieuses. Les manifestations laïques, explique-t-il, ont un objectif civique et public en ce qu'elles visent à défendre des idées et des réformes qui ont vocation à s'appliquer à toute la collectivité. Puisque l'objet de ces manifestations intéresse la communauté entière des citoyens, il est naturel que les manifestations puissent emprunter la voie publique, qui représente un domaine commun ouvert à tous. En revanche, les manifestations religieuses n'ont pas

¹ Reproduit par Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Etude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 397.

² Voir Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 184.

³ Aristide Briand, *La Séparation des Eglises et de l'Etat. Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés, suivi des pièces annexes*, Paris, 1905, p 332.

un objet d'intérêt général, mais visent à *privatiser la voie publique* en la transformant en lieu de culte¹. Dès lors, les religions n'ont aucun droit d'accès à la voie publique, et leurs manifestations peuvent légitimement être interdites d'une manière générale et absolue. Par une formule frappante, Victor Augagneur synthétise cette idée de privatisation de l'espace public par la religion : « *La liberté de conscience, c'est la liberté de l'exercice du culte dans les édifices destinés à ce culte : la liberté de conscience n'exige pas les manifestations extérieures de ce culte, le transfert de l'église en dehors de l'église elle-même ; elle n'exige pas l'édification sur la voie publique de ces chapelles véritables que sont les reposoirs.* »².

Ensuite, Briand étaye l'interdiction totale des processions en affirmant qu'elles sont « *susceptibles de troubler l'ordre et la paix* »³. L'article 25 pose donc une véritable présomption législative de trouble à l'ordre public. Derrière cet argument, il y a bien sûr les 30 ans de luttes religieuses inaugurées sous la République concordataire. Nous avons vu que les manifestations religieuses sont une source très importante de conflits locaux, qui peuvent aller jusqu'à la violence physique. La multiplication des incidents pendant plusieurs décennies accrédite donc l'idée que les processions sont par nature une occasion de désordres, justifiant ainsi une mesure législative d'interdiction générale.

La forte charge politique et émotionnelle des processions fournit enfin son dernier argument à Aristide Briand. Si le législateur s'est lui-même chargé de réglementer les processions par une mesure d'interdiction générale et absolue, s'il a dessaisi le maire titulaire du pouvoir de police administrative, c'est pour décharger les municipalités de la lourde responsabilité de statuer sur les questions difficiles qui divisent les populations et troublent les consciences. L'article 25 vise donc à tarir les conflits locaux sur les processions, et Briand en fait à ce titre une mesure pacificatrice⁴. Lors de la séance du 26 juin, il justifie de la manière suivante le choix d'une mesure législative générale au détriment de la compétence de la police municipale : « *Eh bien ! c'est pour éviter à nos assemblées municipales l'inconvénient grave de débats de cette nature, forcément passionnés et irritants, que la commission demande à la Chambre de résoudre par la loi une difficulté dont le règlement laissé au soins des maires ne peut qu'engendrer dans ce pays la division, la lutte et le désordre.* »⁵.

¹ *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome II, p 1001 (séance du 26 juin).

² *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome II, p 1003 (séance du 26 juin).

³ Aristide Briand, *La Séparation des Eglises et de l'Etat. Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés, suivi des pièces annexes*, Paris, 1905, p 333.

⁴ Aristide Briand, *La Séparation des Eglises et de l'Etat. Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés, suivi des pièces annexes*, Paris, 1905, p 333.

⁵ *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome II, p 997 (séance du 26 juin).

508. Toute cette argumentation est fortement critiquée au cours de la séance du 26 juin, principalement par les députés Groussau, Noulens et Ribot. La vigueur de leurs propos va conduire la Commission Buisson à abandonner sa position initiale en faveur d'une solution beaucoup plus libérale.

Les trois députés précités déposent chacun un amendement visant à bannir toute interdiction générale et absolue des processions, et à soumettre leur réglementation au droit commun de la police municipale. Leur raisonnement est fondé sur l'exigence d'effectivité de la liberté des cultes proclamée par l'article 1^{er} de la loi. Groussau affirme ainsi que l'interdiction générale et absolue de l'article 25 vide complètement la liberté des cultes de son contenu s'agissant des processions¹. Il précise que la restriction n'est pas légitimement justifiée par le principe de neutralité érigé par Aristide Briand comme une condition de la liberté de conscience des non-croyants ou des adeptes d'autres cultes. Citant Maurice Hauriou, il explique que la liberté de conscience doit être conçue *positivement* comme impliquant un degré minimum de tolérance entre les différentes options spirituelles et religieuses, et non pas *négativement*, comme conduisant à la disparition totale de toute expression de religiosité dans l'espace public². Pour Groussau, la liberté de conscience bien comprise doit donc permettre une publicité ponctuelle et temporaire des rites religieux catholiques à l'occasion des processions. Enfin, Groussau, suivi par Noulens et Ribot, fait valoir qu'une vision véritablement libérale de la police administrative implique nécessairement une approche *circonstancielle* et *factuelle* de l'ordre public. En faisant peser sur les processions une présomption générale de menace à l'ordre public, valable pour toutes les communes, en tous temps et en tous lieux, le législateur excède largement les exigences de l'ordre public et méconnaît la liberté des cultes. En ce sens, Groussau déclare : « *L'ordre public ne m'est pas indifférent, mais je crois qu'il ne faut pas lui donner plus qu'il n'exige légitimement, et quand l'ordre public n'est pas en danger, il y a un autre intérêt qui s'impose, c'est celui de la liberté. Nous refusons d'admettre cette étrange présomption que les manifestations extérieures du culte font courir un grave péril à l'ordre public dans toutes les communes de France, même dans celles où le sentiment unanime les réclame. En pareil cas, si vous les prohibez, vous dépassez votre droit et vous manquez en quelque sorte à votre*

¹ *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome II, p 992 (séance du 26 juin).

² *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome II, p 993 (séance du 26 juin). Groussau cite le *Précis de droit administratif et de droit public* de Maurice Hauriou, dans lequel ce dernier d'exprime en ces termes : « *Il n'y a point à tenir compte des susceptibilité des libres penseurs ou des religionnaires de confessions différentes, sous le prétexte que leurs regards peuvent se trouver offensés et leurs sentiments froissés. La liberté de conscience ne doit pas être conçue d'une façon négative, comme imposant aux différentes confessions religieuses l'obligation de se dissimuler, elle doit être conçue d'une façon positive, comme leur imposant l'obligation de se tolérer réciproquement, ce qui entraîne pour chacune d'elle la faculté de se développer et de se manifester.* ».

devoir. »¹. Selon Groussau, Noulens et Ribot, seul le maire peut apprécier, selon les *circonstances locales* propres à chaque commune, quel doit être l'équilibre entre la liberté et l'ordre public. C'est pourquoi ils préconisent le choix de la compétence de police administrative que la loi de 1884 confie au maire.

La convergence des positions entre les trois députés est ici particulièrement significative de la force des arguments développés, car il s'agit de trois hommes de camps différents : Groussau est catholique, Noulens radical et libre-penseur, Ribot représente quant à lui le centre-droit. Aussi bien, au début de la séance du 27 juin, Briand annonce que la Commission Buisson s'est appropriée la solution proposée par les amendements. Le nouvel article 25 est enfin adopté en ces termes : « *Les cérémonies, processions et autres manifestations extérieures d'un culte continueront à être réglées en conformité des articles 95 et 97 de la loi municipale du 5 avril 1884.* ». La disposition devient l'article 27 du texte définitif de la loi du 9 décembre 1905.

509. Le changement de perspective est complet. Alors que la Commission Buisson souhaitait que le législateur supporte la charge de l'arbitrage entre l'ordre public et la liberté, ce sont finalement les maires qui deviennent les acteurs principaux de la réglementation des processions. Il s'agit là du résultat immédiat des discussions à la Chambre. Mais pour l'avenir, le choix du législateur va conduire logiquement à la prédominance du juge dans la régulation du contentieux des processions. A première vue, il n'y a là que continuité dans la mesure où en vertu du droit concordataire, le Conseil d'Etat se prononce déjà, par le biais du recours pour abus, sur la légalité des arrêtés de police des maires ou des préfets. Mais en fait, le recours pour abus est une voie de droit gouvernementale, répondant à une logique institutionnelle plus que juridictionnelle. Avec la Séparation, le recours pour abus disparaît et laisse la place au recours pour excès de pouvoir, comme l'ont bien vu Groussau² ou Paul Grunebaum-Ballin³. C'est alors une logique strictement juridictionnelle qui va guider le Conseil d'Etat et va le conduire, nous le verrons, à développer un contrôle exigeant sur les appréciations de fait opérées par les maires pour concilier l'ordre public et la liberté des cultes. Attachons nous avant toute chose à analyser le changement de logique consacré par le passage du recours pour abus au recours pour excès de pouvoir.

¹ *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome II, p 993 et 994 (séance du 26 juin). Groussau invoque l'autorité de Paul Grunebaum-Ballin, collaborateur d'Aristide Briand, qui défend aussi le principe de la liberté des processions, sous réserve de l'exercice du pouvoir de police du maire. Voir Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Etude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 355 et s.

² *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome II, p 994 (séance du 26 juin).

³ Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Etude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 356.

§2. – *Le contentieux de la police des cultes : de la logique institutionnelle du recours pour abus à la logique juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir.*

510. Avec l'article 27 de la loi de Séparation, la police des manifestations extérieures du culte rentre dans le droit commun de la police municipale. Par ailleurs, l'abrogation de la loi du 18 germinal an X par l'article 44 de la loi de 1905 fait disparaître l'institution du recours pour abus. Dès lors, le contentieux de la police des cultes perd les spécificités qui le caractérisaient sous l'empire du droit concordataire. Au XIX^e siècle, les arrêtés municipaux réglementant les processions catholiques devaient être attaqués par la voie du recours pour abus sur le fondement de l'article 7 des Articles Organiques, lequel disposait qu' « *il y aura pareillement recours au Conseil d'Etat, s'il est porté atteinte à l'exercice public du culte et à la liberté que les lois et règlements garantissent à ses ministres.* »¹. De plus, lorsque les auteurs d'infractions aux arrêtés de police des maires soulevaient l'exception d'illégalité du règlement devant les juridictions pénales, il s'agissait d'une question préjudicielle d'abus relevant de la compétence du Conseil d'Etat. De même, les règlements relatifs aux sonneries de cloches étaient justiciables du recours pour abus. En revanche, les infractions à ces règlements ne pouvaient être punies sur le fondement de l'article 471§15 du Code pénal, car le préfet et l'évêque étaient coauteurs des arrêtés relatifs aux cloches, de telle sorte que ce type d'acte administratif ne rentrait pas dans le champ d'application de la disposition précitée qui ne vise que les arrêtés municipaux².

En la matière, l'article 27 de la loi de Séparation établit la compétence du maire et rend possible le jeu de l'exception d'illégalité. Ainsi donc, sur les processions et les sonneries de cloches, et plus généralement sur tout le contentieux de la police des cultes, la Séparation consacre d'une

¹ Les arrêtés de police relatifs aux manifestations du culte ne pouvaient donc être attaqués par le biais du recours pour excès de pouvoir lorsqu'ils étaient critiqués pour violation de la liberté du culte. Voir CE, 22 décembre 1876, *Badaroux, Rec.*, p 919 ; CE, 23 mai 1879, *Evêque de Fréjus et Toulon, Rec.*, p 407 ; CE, 15 mars 1901, *Sieur Lecointre et Renouard, Rec.*, p 291 ; CE, 23 juin 1899, *Sieurs Toussaint et Bientz, Rec.*, p 457. La règle est traditionnellement interprétée comme un exception de recours parallèle (voir note Maurice Hauriou, S., 1896, III, p 7 ; Auguste Rivet, « Les processions et les cérémonies extérieures du culte au point de vue légal », *R.C.I.D.*, 1896, p 153 et s). Cependant, Laferrière considère qu'il s'agit d'une incompétence *ratione materiae* de la juridiction administrative (Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, 1^{ère} éd, Berger-Levrault, 1888, p 91 et s) En revanche, si les arrêtés étaient attaqués pour d'autres motifs que la méconnaissance de la liberté du culte, ils devaient être contestés par le biais du recours pour excès de pouvoir : Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, 1^{ère} éd, Berger-Levrault, 1888, p 92-93.

² Cass. crim., 13 mai 1887, S., 1887, I, p 336. Paul Richard, *La liberté des cultes et les pouvoirs de police des maires sous le régime de la Séparation*, Thèse, Caen, 1913, p 79 et 81.

manière générale la compétence du juge de l'excès de pouvoir par voie d'action¹ et le mécanisme de l'exception d'illégalité devant le juge pénal².

511. L'abandon du recours pour abus est un facteur important de modernisation du contentieux de la police des cultes car il marque la rupture définitive avec la logique institutionnelle de la coexistence des pouvoirs temporel et spirituel. L'appel comme d'abus – ancêtre du recours pour abus – est né de la lutte entre les deux puissances ; on en trouve les prémices dès le XIII^e siècle dans les efforts de la royauté française pour réduire l'importance des justices ecclésiastiques et du privilège du for (*privilegium fori*) qui permettait aux clercs de se soustraire à la justice royale³. L'entreprise de domination des justices ecclésiastiques passe alors par la définition de *cas privilégiés*, c'est-à-dire de catégories d'affaires dans lesquelles la monarchie considère que son autorité est en jeu, ce qui conduit à les soustraire à la compétence ecclésiastique pour les faire relever de la justice royale. Sont par exemple sanctionnés comme cas privilégiés les transports de justice de l'autorité ecclésiastique qui consistent pour cette dernière à empiéter sur la compétence des justices royales. De même, dans certains cas, les abus de justice – c'est-à-dire l'usage irrégulier d'une justice ecclésiastique sans empiètement sur la justice royale –, relèvent des cas privilégiés royaux. Le développement empirique des cas privilégiés est institutionnalisé à partir du milieu du XV^e siècle⁴ par la création de l'appel comme d'abus. L'institution se présente alors comme un recours général à la justice laïque contre une sentence d'une justice ecclésiastique ou tout acte de l'autorité ecclésiastique. L'appel comme d'abus est exclusivement judiciaire et relève de la compétence des parlements. Les cas d'ouverture se multiplient, l'appel comme d'abus prolongeant ainsi la technique des cas privilégiés comme instrument de domination de l'autorité royale sur l'Eglise. L'institution devient ensuite réciproque : le recours est ouvert à la fois aux laïcs, qui peuvent se plaindre de l'autorité ecclésiastique, et aux clercs, pour obtenir de la justice royale le redressement d'irrégularité de l'autorité religieuse ou pour faire sanctionner l'empiètement de l'autorité civile sur la juridiction ecclésiastique.

512. Lorsque Napoléon Bonaparte réorganise les rapports entre les cultes et l'Etat au début du XIX^e siècle, il recueille l'héritage de l'appel comme d'abus, perpétuant ainsi la logique du rapport entre

¹ CE, 19 janvier 1906, *Verger, Rec.*, p 1000 (décret d'abus) ; CE, 5 août 1908, *Abbés Leclercq et Gruson, Rec.*, p 866 ; CE, 19 mars 1909, *Abbé Deguille, Rec.*, p 311.

² En effet, l'article 29 de la loi prévoit que les infractions aux articles sur la police des cultes sont punies des peines de simple police.

³ Robert Génestal, *Les origines de l'appel comme d'abus*, PUF, 1951, p 1 et s.

⁴ Robert Génestal date le premier cas certain d'appel comme d'abus en 1448. Voir Robert Génestal, *Les origines de l'appel comme d'abus*, PUF, 1951, p 9. Voir aussi Jahan, *Etude historique sur l'appel comme d'abus*, Thèse, Paris, 1888 ; J. Labbé, *Le recours pour abus au XIX^e siècle*, Thèse, Paris, 1898.

puissances temporelle et spirituelle dans le contentieux des cultes¹. Comme sous l'Ancien Régime, le recours est réciproque dans la mesure où il permet la sanction des abus ecclésiastiques comme des abus civils. L'article 6 énumère les cas d'abus ecclésiastiques : « *Il y aura recours au Conseil d'Etat dans tous les cas d'abus de la part des supérieurs et autres personnes ecclésiastiques. Les cas d'abus sont l'usurpation ou l'excès de pouvoir, la contravention aux lois et règlements de la République, l'infraction des règles consacrées par les canons reçus en France, l'attentat aux libertés, franchises et coutumes de l'Eglise gallicane, et toute entreprise ou procédé qui, dans l'exercice du culte, peut compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement leur conscience, dégénérer contre eux en oppression, ou en injure, ou en scandale public.* ». L'article 7 prévoit les abus civils : « *Il y aura pareillement recours au Conseil d'Etat, s'il est porté atteinte à l'exercice public du culte et à la liberté que les lois et règlements garantissent à ses ministres.* ».

Mais le lien de l'appel comme d'abus avec ses origines historiques se distend. En effet, aux termes des Articles Organiques, *l'appel comme d'abus* devient le *recours pour abus* et passe du statut d'arme judiciaire de la lutte entre deux systèmes de justice concurrents à celui d'instrument administratif confié au chef de l'Etat statuant en assemblée générale du Conseil d'Etat, pour assurer l'application du Concordat de 1801 et le contrôle des cultes². L'abus quitte donc l'orbite du judiciaire pour entrer dans celui de l'administration et de la haute police. Ce changement a été mûrement médité ; il est expliqué de la manière suivante par Portalis dans son rapport sur les Articles Organiques devant le Conseil d'Etat : « *On voit que la forme de procéder est purement administrative ; rien de plus sage. Les matières religieuses intéressent essentiellement l'ordre public. Elles sont une partie importante de la police administrative de l'Etat. Elles sont rarement susceptibles d'une discussion contentieuse. En administration, les affaires sont traitées discrètement. Devant les tribunaux, elles reçoivent nécessairement une publicité qui souvent, en matière religieuse, pourrait compromettre la tranquillité ; presque toujours cette publicité serait fatale à la religion même. [...] Le gouvernement doit naturellement avoir dans ses mains tout ce qui peut influencer sur l'esprit public ; il ne doit pas abandonner aux autorités locales des objets sur lesquels il importe qu'il y ait unité de conduite et de principe.* »³.

¹ Laferrière synthétise ainsi l'inspiration institutionnelle du recours pour abus : « *Dès que le droit public ecclésiastique est menacé d'une atteinte, soit de la part d'une autorité religieuse, soit de la part d'une autorité civile, le chef de l'Etat intervient en son Conseil, comme gardien du pacte concordataire et des lois et coutumes qui sont les fondements de ce droit, comme arbitre des différends qui peuvent troubler la paix religieuse.* » (Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, 1^{ère} éd, Berger-Levrault, 1888, p 81).

² Sur le recours pour abus du XIXe siècle, voir notamment Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Le jeu concordataire dans la France du XIXe siècle*, PUF, 1988 ; Jean-Michel Leniaud, *L'administration des cultes pendant la période concordataire*, NEL, 1988.

³ Frédéric Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801 par Jean-Etienne-Marie Portalis*, Paris, 1845.

La nouvelle nature du recours pour abus transparait ensuite clairement de son régime procédural. Les recours, exemptés de toute condition de délai, sont jugés par l'assemblée générale du Conseil d'Etat, sur le rapport du ministre des cultes ; la constitution d'avocat n'est pas obligatoire, le jugement ne donne lieu à aucune audience et à aucune publicité¹. Enfin, la décision d'abus est rendue sous forme de décret du chef de l'Etat.

513. Si le recours pour abus devient une institution administrative, perd-t-il pour autant tout caractère *juridictionnel* ? En devenant une prérogative du chef de l'Etat en Conseil d'Etat, se rattache-t-il à l'administration active ou doit-il être classé dans le contentieux administratif ?

La doctrine du XIXe siècle est majoritaire pour exclure le recours pour abus du contentieux administratif proprement dit et le classer dans la catégorie, mi administrative, mi judiciaire, de la juridiction politique et gouvernementale, ou de la « *juridiction spéciale du gouvernement* » selon les termes employés par Laferrière². Implicitement, l'abus relève donc plutôt du juridictionnel et non de l'administration active. En des termes variables, et pour s'en tenir à la fin du XIXe siècle, c'est la présentation défendue par Aucoc³, Ducrocq⁴, Batbie⁵, Laferrière⁶, le *Dictionnaire* de Maurice Block⁷, Hauriou⁸, Labbé⁹, Berthélémy¹⁰ ou Jacquelin¹.

¹ Pour le régime procédural, voir Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome III, Cotillon, 1862, p 163 et s ; et Anselme Batbie, *Doctrine et jurisprudence en matière d'appel comme d'abus*, Paris, 1851.

² Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, 1^{ère} éd, Berger-Levrault, 1888. Claude Goyard (« Police des cultes et Conseil d'Etat du concordat à la séparation », *R.A.*, 1984, p 335-346) explique que Laferrière est le seul, parmi la doctrine du XIXe siècle, à dénier au recours pour abus un caractère contentieux. Il faut en fait distinguer entre le juridictionnel et le contentieux. Certains auteurs ne se prononcent pas explicitement sur la nature juridictionnelle ou administrative du recours pour abus, mais une bonne partie estime qu'il s'agit d'une forme de justice retenue d'inspiration gouvernementale. En revanche, il existe une quasi-unanimité doctrinale pour exclure le recours du contentieux administratif proprement dit, c'est-à-dire de la compétence de la juridiction administrative. La position d'Edouard Laferrière est donc loin d'être minoritaire. Comme la plupart des juristes, il considère que le recours pour abus n'appartient pas au contentieux administratif, mais il en fait par ailleurs un recours juridictionnel, au moins implicitement, en classant cette voie de droit parmi les hypothèses de « *juridiction spéciale du gouvernement* » (Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, 1^{ère} éd, Berger-Levrault, 1888, p 653).

³ Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, tome I, 3^{ème} éd, Dunod, 1885, p 163 et s.

⁴ Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome I, 6^{ème} éd, Ernest Torin, 1881, p 687.

⁵ Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome III, Cotillon, 1862, p 44 et s.

⁶ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, Berger-Levrault, 1888, p 80 et s. D'ailleurs, pour Laferrière, le caractère gouvernemental du contentieux des cultes, son appartenance au domaine de la haute police, justifie l'incompétence *ratione materiae* de la juridiction administrative en matière d'abus civil ; ce n'est donc pas une simple exception de recours parallèle qui explique que les arrêtés de police relèvent du recours pour abus au détriment du recours pour excès de pouvoir.

⁷ N. de Berty, « Appel comme d'abus », *Dictionnaire de l'administration française*, Maurice Block (dir), Berger-Levrault, 1877, p 116.

⁸ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 191 et s.

⁹ J. Labbé, *Le recours pour abus au XIXe siècle*, Thèse, Paris, 1898.

¹⁰ Henri Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 2^{ème} éd, Arthur Rousseau, 1902, p 275.

514. A la veille de la Séparation, cette caractérisation du recours pour abus ne satisfait pas certains juristes. Ainsi, Jacquelin dénonce l'archaïsme d'une voie de droit éminemment gouvernementale et relevant de la justice retenue. Si tel est le cas, explique-t-il, c'est que persiste au fondement du recours pour abus une vision institutionnelle des rapports entre les cultes et l'Etat, dans laquelle la puissance publique règle directement ses rapports avec le pouvoir spirituel, sans la médiation d'un juge indépendant et impartial².

Contrairement à l'opinion doctrinale dominante, Fernand Collavet estime pour sa part que le recours pour abus fait partie du contentieux administratif proprement dit, mais qu'il constitue une « *survivance de la justice retenue* »³. Or, Collavet explique que dans un système constitutionnel fondé sur la souveraineté nationale, seuls sont admissibles la justice déléguée accompagnée du principe de séparation de la juridiction et de l'administration active. En effet, seuls ces deux éléments sont compatibles avec l'idée que les pouvoirs publics n'exercent que des fonctions strictement délimitées par la Constitution et que, notamment, les titulaires du pouvoir exécutif doivent se renfermer dans la mission définie et déléguée par la nation, sans étendre leur prérogatives sur le domaine de la justice. Dès lors, le recours pour abus apparaît comme une survivance d'une conception archaïque de l'Etat, comme le suggère d'ailleurs le titre de la thèse de l'auteur⁴.

515. Certains auteurs dépassent le diagnostic d'archaïsme et tentent de moderniser la théorie du recours pour abus. L'entreprise est particulièrement nécessaire s'agissant de l'abus civil qui se développe à partir des années 1880. En effet, lorsqu'un arrêté de police municipale est contesté sur le fondement de l'article 7 des Organiques devant la juridiction de l'abus, c'est un authentique acte administratif qui est attaqué et non un acte ecclésiastique. De plus, c'est une violation de la loi et des droits acquis qu'on oppose à l'acte administratif, c'est-à-dire la méconnaissance de la liberté du culte protégée par l'article 7 des Organiques. Enfin, la juridiction de l'abus peut annuler l'acte administratif attaqué devant elle, car le chef de l'Etat agit alors en qualité de supérieur hiérarchique du maire ou du préfet, tandis que le juge de l'abus ne dispose pas systématiquement d'un pouvoir d'annulation à l'encontre des actes ecclésiastiques. Laferrière indique ainsi que seuls les actes relatifs à *l'organisation du culte* peuvent être supprimés par le juge de l'abus, à l'exclusion des actes

¹ René Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Giard et E. Brière, 1899, p 325 et s.

² René Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Giard et E. Brière, 1899, p 328.

³ Fernand Collavet, *Du recours pour abus envisagé comme survivance de la justice retenue*, Thèse, Lyon, 1903.

⁴ Fernand Collavet, *Du recours pour abus envisagé comme survivance de la justice retenue*, Thèse, Lyon, 1903, p 10 et s.

relatifs à l'exercice des *pouvoirs spirituels*¹ à l'égard desquels seule une censure doctrinale et platonique peut être prononcée².

Compte tenu de ces éléments, il existe donc une parenté entre l'abus civil et le recours pour excès de pouvoir. C'est ainsi que Laferrière estime que « *L'abus civil consiste, comme nous l'avons vu, dans une espèce particulière d'excès de pouvoir, commis par une autorité administrative au préjudice de l'autorité religieuse.* »³. De ce rapprochement, l'archaïsme du recours pour abus apparaît par contraste : pourquoi une pure question d'excès de pouvoir administratif est-elle tranchée par le biais d'une voie de droit semi-juridictionnelle et gouvernementale, presque sans contradiction et sans publicité ?

Chez Laferrière, cette interrogation n'apparaît pas. Le juriste républicain persiste à justifier la compétence exclusive de la juridiction de l'abus en invoquant le caractère gouvernemental des matières cultuelles, qui conduit à une incompétence *ratione materiae* de la juridiction administrative.

En revanche, pour l'avocat Charles Renard par exemple, il importe de moderniser le recours pour abus. En 1896, Renard consacre une thèse à cette entreprise, dans laquelle il tente de démontrer que le recours pour abus appartient au contentieux administratif proprement dit⁴ et qu'il se rapproche du recours pour excès de pouvoir par de multiples aspects de son régime, particulièrement s'agissant de l'abus civil.

516. Cette tentative théorique demeurerait formelle tant que le recours pour abus subsistait comme voie de droit exclusive en matière de police des cultes. L'apport de la Séparation est précisément d'avoir radicalement mis fin à cet archaïsme du contentieux administratif, à cette survivance surannée de la justice retenue après l'adoption de la loi du 24 mai 1872. Ce faisant, la loi de Séparation laisse la place au recours pour excès de pouvoir en matière de police des cultes, donc à une logique exclusivement juridictionnelle. En tant que juge de l'abus, la mission du Conseil d'Etat consistait à régler les rapports entre deux puissances – L'Etat et l'Eglise – et à protéger la liberté du culte *catholique*. En tant que juge de l'excès de pouvoir, il devient le gardien de la légalité de l'action administrative et le protecteur de la liberté des cultes *en général*. Au moment de l'adoption de la loi de Séparation, cette transformation n'apparaît pas au législateur et à la doctrine comme un

¹ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, 1^{ère} éd, Berger-Levrault, 1888, 83-85.

² Voir aussi Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Larose, 1900, p 192-193.

³ Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome II, 1^{ère} éd, Berger-Levrault, 1888, p 91. Voir aussi Maurice Hauriou, qui rapproche les deux notions : Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} éd, Paris, Larose, 1900, p 190.

⁴ Charles Renard, *Appel comme d'abus*, Thèse, Lille, 1896.

phénomène important. Mais en fait, elle a rendu possible les progrès enregistrés par le contrôle juridictionnel au début du XXe siècle dans le cadre du contentieux de la police des cultes. Cette condition n'était cependant pas suffisante. Il a encore fallu que le Conseil d'Etat fasse des libertés de conscience et des cultes un moteur des progrès de son contrôle juridictionnel, s'inscrivant dès lors au centre de la conception républicaine de l'Etat ; ce processus a été grandement favorisé par le législateur républicain.

Section III. – La loi de Séparation et la définition des missions du recours pour excès de pouvoir républicain.

517. La loi de Séparation a contribué à mettre fin à la crise des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir et à inscrire ce dernier au cœur du système de valeurs des institutions républicaines. Depuis la loi du 24 mai 1872, l'existence du recours pour excès de pouvoir a été confirmée et confortée avec celle de la juridiction administrative, mais l'institution a perdu le soutien de la théorie de l'Etat du Second Empire qui définissait ses missions et stimulait le dynamisme de la jurisprudence. Dans le même temps, l'opinion dominante au sein de la juridiction administrative, sous l'impulsion de Laferrière, s'est opposé à la renaissance de fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir, ces fonctions seraient-elles reformulées dans le cadre de l'Etat républicain. Dans les institutions républicaines, le recours se borne nécessairement à un rôle strictement juridictionnel, ce qui exclut, aux yeux de Laferrière, toute idée de fonctions politiques.

518. L'adoption et l'application juridictionnelle de la loi de Séparation participent à l'abandon du refus de toute fonction politique, ou, au moins, de toute signification politique du recours pour excès de pouvoir. Le phénomène résulte de ce que la loi de Séparation est une *loi de liberté publique*. En effet, le législateur s'est fixé pour but de reconnaître et d'organiser juridiquement les libertés de conscience et des cultes, ainsi que d'attribuer à ces dernières une forte valeur politique et symbolique. De ce fait, le texte s'inscrit dans la grande œuvre républicaine en matière de liberté publique engagée au début des années 1880. Cette valorisation des libertés publiques propre à la législation républicaine se manifeste notamment par une *légistique spécifiquement républicaine*.

Le juge administratif n'est pas insensible à cette légistique républicaine en matière de libertés publiques. Ainsi, dans le cadre de l'application de la Séparation, spécialement dans le contentieux de la police des cultes, s'instaure un dialogue entre le juge et le législateur, mené notamment par les commissaires du gouvernement, qui conduit le Conseil d'Etat à définir les missions du recours pour excès de pouvoir en fonction de la valeur juridique et politique accordée aux libertés de conscience

et des cultes par la loi de 1905 ; le recours pour excès de pouvoir devient alors le protecteur privilégié de ces libertés.

Cette nouvelle mission contribue à attribuer un sens spécifique au recours pour excès de pouvoir dans le cadre des institutions républicaines. Dorénavant, l'existence d'une fonction politique ou d'une signification politique n'apparaît plus comme incompatible avec la nature juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir. En ce sens, le dialogue entre le législateur et le juge a permis d'acclimater le recours pour excès de pouvoir aux institutions républicaines et de consommer la rupture avec les doctrines du Second Empire. Evidemment, le processus que nous allons étudier se limite au contexte de la Séparation et n'épuise pas la question des fonctions et missions du recours pour excès de pouvoir ; sur cette question, d'autres contentieux du début du XXe siècle peuvent être évoqués, tel que celui de la tutelle des collectivités locales, où le Conseil d'Etat se donne pour tâche de protéger le principe politique de la décentralisation posé par les lois de 1870 et 1884¹.

Pour ce qui concerne le contentieux de la Séparation, nous analyserons en premier lieu les caractéristiques de la légistique républicaine en matière de liberté publique, grâce à laquelle la protection des libertés est consacrée comme un aspect primordial de l'office du juge de l'excès de pouvoir (§ 1.) ; en second lieu, nous nous pencherons sur la réception des intentions du législateur par le juge administratif, qui favorise la fin de la crise des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir (§ 2.).

§ 1. – La promotion des libertés publiques dans l'office du juge de l'excès de pouvoir : le rôle de la légistique républicaine.

519. D'une certaine façon, la loi de Séparation clôt le cycle, ouvert en 1880, des grandes lois républicaines en matière de libertés publiques. Après la liberté de réunion (loi du 30 juin 1881²), la liberté de la presse (loi du 29 juillet 1881³), la liberté des funérailles (loi du 15 novembre 1887⁴), la République reconnaît la liberté d'association en trois temps, en organisant la liberté syndicale (loi du 21 mars 1884⁵), en autorisant les sociétés de secours mutuels (loi du 1^{er} avril 1898⁶) et, enfin, en consacrant la libre constitution de tout type d'association (à l'exclusion notable des congrégations),

¹ Maurice Hauriou, note sous CE, 29 mars 1901, *Casanova, S.*, 1901, III, p 73 ; note sous CE, 29 juin 1900, *Merlin, S.*, 1900, III, p 65 ; André Mater, « Le municipalisme et le Conseil d'Etat », *Revue d'économie politique*, 1905, tome 19, p 324-353. Louis le Fur, « La protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiètements des agents centralisés », *R.G.A.*, 1911, p 5-21 ; p 129-152 ; p 385-399 ; *R.G.A.*, 1912, p 5-18.

² *D.P.*, 1881, IV, p 101 et s.

³ *D.P.*, 1881, IV, p 65 et s.

⁴ *D.P.*, 1887, IV, p 101 et s.

⁵ *D.P.*, 1884, IV, p 129 et s.

⁶ *J.O.R.F.*, 5 avril 1898, p 2089.

par la loi du 1^{er} juillet 1901¹. La loi du 9 décembre 1905 couronne cette œuvre législative en organisant et en protégeant, sur les bases nouvelles de la laïcité de l'Etat, les libertés de conscience et des cultes fortement proclamées par l'article 1^{er} du titre I. Ces lois font partie du Panthéon républicain, au point qu'on peut dire, en transposant les remarques de Jean Carbonnier à propos du Code civil², qu'elles constituent, à côté de la Déclaration du 26 août 1789, la véritable constitution de la France en matière de droits individuels, plus stable et inscrite dans les mœurs que les textes constitutionnels eux-mêmes. Mais cette mémoire glorieuse ne doit pas faire croire que le régime des libertés publiques a atteint la perfection au début du XXe siècle. Comme l'a montré Jean-Pierre Machelon, les spectaculaires progrès des débuts de la IIIe République s'accompagnent de zones d'ombre dans la protection des droits individuels³.

Si le régime républicain des droits individuels n'est pas parfait et perpétue certaines traditions peu libérales, il n'en reste pas moins que le droit public républicain se caractérise par une forte valorisation des libertés publiques. Cette valorisation est le fruit de l'idéologie des hommes qui accèdent au pouvoir après les élections législatives de 1879 et entreprennent de pérenniser la République, d'en faire le cadre institutionnel définitif de la France. Tous partagent le programme républicain maturé au cours du Second Empire, dans lequel la reconnaissance et l'organisation des libertés publiques tiennent une place essentielle, aux côtés du suffrage universel, de la séparation des Eglises et de l'Etat et de la décentralisation. L'importance donnée par les républicains aux droits individuels s'explique par la rencontre d'une *expérience historique* et de *choix de philosophie politique*.

520. L'expérience historique, c'est celle de l'opposition au Second Empire, qui est décisive dans la construction du discours républicain sur les libertés publiques⁴. Les républicains ont alors été confrontés aux violations de la liberté politique par la pratique des candidatures officielles ou la

¹ D.P., 1901, IV, p 105 et s.

² Jean Carbonnier, « Le Code Civil », in *Les lieux de mémoire*, Pierre Nora (dir), tome II, volume 2, Gallimard, 1984, p 293 et s.

³ Jean-Pierre Machelon, *La République contre les libertés ? Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1914*, FNSP, 1976. En ce sens, les lois d'épuration du 13 juillet 1879, pour le Conseil d'Etat, et du 30 août 1883 pour la magistrature, portent atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire ; il en est de même des lacunes du statut des magistrats judiciaires et des membres du Conseil d'Etat. Ensuite, le titre III de la loi du 1^{er} juillet 1901 exclut les congrégations de la jouissance de la liberté d'association, tandis que les lois du 2 avril 1892 et 12 décembre 1893 créent une législation d'exception permettant une répression intense des anarchistes. Dans le même temps, l'Etat républicain maintient dans le droit positif des dispositions restrictives des droits individuels héritées du XIXe siècle, comme l'article 10 du Code d'instruction criminelle de 1808 confiant des pouvoirs de police judiciaire aux préfets, ou la censure dramatique, qui tombe progressivement en désuétude au début du XXe siècle sans jamais être formellement abrogée. Enfin, il s'abstient de reconnaître et d'organiser des libertés essentielles ; c'est le cas pour ce qui concerne la grève, qui n'est que tolérée comme un simple fait dans les entreprises privées, et interdite dans les services publics.

⁴ Claude Nicolet, *L'idée républicaine en France (1789-1924)*, Gallimard, 1982, p 146. I. Tchernoff, *Le parti républicain au coup d'Etat et sous le Second Empire*, Pédone, 1906 ; Georges Weill, *Histoire du parti républicain en France de 1814 à 1870*, Félix Alcan, 1900.

propagande gouvernementale anti-républicaine. Ils ont également mis en cause la centralisation de l'Etat impérial, à laquelle ils ont opposé les libertés communales, contrepoids à la toute puissance de l'Etat et creuset des mœurs démocratiques. Ils ont en outre critiqué les atteintes à la liberté individuelle (notamment la loi de sûreté générale du 27 février 1858) puis l'imposant arsenal préventif et répressif construit au XIXe siècle et aggravé par le Second Empire, par lequel l'administration impériale s'immisce dans les moindres recoins de la vie civile et politique des français en matière de réunions, d'associations ou de presse¹. A cet égard, Jules Ferry fut une vigie à la fois informée et déterminée. Collaborateur du journal *Le Temps*, il fut chargé de rapporter et de commenter les atteintes aux libertés et à la légalité commises par le gouvernement et les préfets de l'Empire². De même, après les élections législatives de 1863 pour lesquelles il a mené campagne sous l'étiquette républicaine, il publia un ouvrage dénonçant les turpitudes du gouvernement, l'achat des votes, la corruption, les faveurs accordées aux candidats officiels et les obstacles placés sur le chemin des candidats républicains³. Aussi bien, l'expérience d'opposant à l'Empire des Jules Ferry, Léon Gambetta, Jules Simon ou encore Emile Littré, a contribué à créer une légende noire des libertés publiques dans laquelle le Second Empire fait figure de contre-modèle. En réaction, les républicains font de l'établissement et de l'organisation des libertés un thème central de leur programme⁴.

521. La valorisation des libertés publiques chez les républicains résulte plus profondément d'options philosophiques. La pensée politique républicaine est d'ailleurs syncrétique, puisant ses sources dans le libéralisme du XIXe siècle, dans le positivisme d'Auguste Comte réinterprété par Emile Littré, dans le kantisme de Charles Renouvier ou Jules Barni, ou encore dans le socialisme⁵. Mais tous convergent sur l'importance de la protection des droits individuels dans l'Etat républicain, en se fondant sur les diverses versions du contractualisme jusnaturaliste qui constituent le socle

¹ Pour une présentation du droit positif, voir Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome II, Cotillon, 1862. Edouard Laferrière consacre un ouvrage à la dénonciation de la censure de la presse pratiquée sous le Second Empire. Il y expose, chiffres à l'appui, l'ampleur de la pratique des avertissements, des suspensions et des suppressions de périodiques. Il relativise d'ailleurs l'impact de la phase de libéralisation inaugurée au début des années 1860, en soulignant la permanence de l'application rigoureuse du droit de la presse. Voir Edouard Laferrière, *La censure et le régime correctionnel*, 2^{ème} éd, Paris, Armand le Chevalier, 1868.

² Fait rapporté par Alphonse Dupront, « Jules Ferry opposant à l'Empire. Quelques traits de son idéologie républicaine », *Revue historique*, 1936, p 352-374.

³ Jules Ferry, *La lutte électorale en 1863*, Paris, 1863. Voir aussi Jean-Michel Gaillard, *Jules Ferry*, Fayard, 1989, p 119 et s.

⁴ Georges Weill, *Histoire du parti républicain en France de 1814 à 1870*, Félix Alcan, 1900.

⁵ Parmi les sources de la pensée républicaine, on peut encore citer les Idéologues du début du XIXe siècle ; sur la diversité des sources de la pensée républicaine, voir Claude Nicolet, *L'idée républicaine en France (1789-1924)*, Gallimard, 1982 ; et Jean-Fabien Spitz, *Le moment républicain en France*, Gallimard, 2005.

idéologique dominant des républicains en matière de libertés¹. D'autres influences se font toutefois sentir, comme celle des Idéologues du début du XIXe siècle, qui ont déduit les droits individuels non pas de la Nature, mais d'une théorie des facultés de connaître de l'homme². Les républicains se rejoignent en outre pour défendre une conception extensive du périmètre des libertés publiques. Ils se démarquent en cela de la philosophie politique implicite ou explicite des régimes monarchiques et impériaux du XIXe siècle dans laquelle sont privilégiés certains droits individuels, comme l'égalité civile, le droit de propriété ou la liberté du commerce et de l'industrie, au détriment des droits et libertés intellectuels et collectifs auxquels s'appliquent des règles préventives et répressives très restrictives³. Pour les républicains au contraire, il faut reconnaître et protéger *tous* les droits individuels.

Les droits et libertés intellectuels et collectifs – les libertés de conscience et des cultes, la liberté de la presse et de la librairie, le droit de réunion et de droit d'association, la liberté d'enseignement – sont donc aussi importants que les autres. Ils jouissent même d'une position éminente et stratégique dans la pensée républicaine car ils sont liés au bon fonctionnement du suffrage universel. Les droits et libertés intellectuels ont leur place à la fois dans une *théorie de l'Etat et de ses limites*, mais aussi dans une *théorie de la démocratie*. Dans les années 1860, Edouard Laboulaye défend ainsi les libertés d'association, de réunion et de la presse, et critique la peur de la liberté nourrie par les régimes monarchiques et impériaux qui se sont succédés depuis le début du XIXe siècle. Loin d'être un facteur de désordre ou d'affaiblissement du pouvoir, les libertés intellectuelles permettent d'en renforcer la légitimité. A propos de la liberté de la presse, Laboulaye explique ainsi qu'elle est « *la suprême garantie de toutes les libertés. Chaque matin le pays tout entier tient ses assises et fait comparâître devant lui ses députés, ses magistrats, ses administrateurs* »⁴. La liberté de la presse permet la formation du tribunal de l'opinion sans lequel la responsabilité des gouvernants et de leurs agents perd de sa portée. Aux yeux de Laboulaye, il s'agit d'une composante à part entière de la liberté politique. C'est pourquoi il appelle de ses vœux le développement de la publicité dans tous les secteurs de la vie publique : justice, élections, arts et science, religion. Comme Laboulaye, Jules Simon défend la notion de publicité comme élément de la liberté politique et condition d'effectivité de toutes les autres libertés⁵. Comme député républicain sous le Second Empire, il a eu l'occasion de confronter ses idées à la législation du Second Empire en matière de liberté de la presse. Lors des débats qui ont mené à la loi sur la presse du 11 mai 1868,

¹ Claude Nicolet, *L'idée républicaine en France (1789-1924)*, Gallimard, 1982.

² Claude Nicolet, *L'idée républicaine en France (1789-1924)*, Gallimard, 1982, p 115 et s.

³ Voir *supra*, n°371.

⁴ Edouard Laboulaye, *Le parti libéral. Son programme et son avenir*, 6^{ème} éd, Paris, 1863, p 120.

⁵ Jules Simon, *La liberté politique*, 4^{ème} éd, Paris, 1871 ; *La politique radicale*, Paris, 1868, p 77 et s.

il montre ainsi que l'ouverture libérale consentie par l'Empire est insuffisante et inachevée. Si le système de l'autorisation préalable est abandonné, l'obligation du cautionnement est maintenue – ce qui réserve l'activité de presse aux classes aisées –, et l'arsenal des multiples délits de presse est conservé¹ ; ainsi, le délit d'outrage à la morale publique et religieuse prévu par l'article 8 de la loi du 17 mai 1819 autorise tous les abus de la répression pénale contre la presse².

D'autres républicains insistent sur le rôle des libertés intellectuelles dans l'éducation du peuple à la démocratie. Sur ce point, l'expérience de la Deuxième République a été longuement méditée. Face au spectacle de l'élection d'une assemblée nationale monarchiste et d'un président bonapartiste, ainsi que du coup d'Etat réussi par Louis-Napoléon Bonaparte, les républicains se convainquent que le suffrage universel peut errer et produire des résultats contraires à la démocratie. Les libertés politiques et les droits individuels ne sont donc rien sans une éducation à la liberté. Dans cette perspective, Charles Renouvier et Jules Barni considèrent que les libertés publiques, spécialement les libertés intellectuelles, ne se réduisent pas à leur signification libérale de limites à l'intervention de l'Etat dans la sphère d'action des individus ; elles doivent aussi permettre aux citoyens d'accéder à l'autonomie intellectuelle et morale. C'est pourquoi l'organisation juridique des libertés doit s'accompagner d'une éducation et de mœurs démocratiques permettant aux individus de faire l'apprentissage des libertés en même temps qu'ils en jouissent³. Pour Jules Barni, les principes républicains d'égalité et de liberté sont ainsi complétés par les mœurs républicaines, comme l'amour de l'égalité et de la liberté⁴.

522. La reconnaissance et la protection des droits individuels et libertés publiques sont donc au cœur des doctrines républicaines. D'un point de vue juridique, cette tendance se manifeste de bien des manières⁵ mais, dans la perspective de cette étude, c'est spécifiquement la légistique républicaine en

¹ Jules Simon, *La politique radicale*, Paris, 1868, p 82 et s.

² Jules Simon, *La politique radicale*, Paris, 1868, p 141 et s.

³ Charles Renouvier, *Science de la morale*, tome I, nouvelle édition, Félix Alcan, 1908, p 325 et s ; tome II, p 1 et s. Sur Renouvier, voir Marie-Claude Blais, *Au principe de la République. Le cas Renouvier*, Gallimard, 2000. Sur ce thème républicain voir aussi Alfred Fouillée, « La philosophie du suffrage universel », *R.D.M.*, 1884, tome LXV, p 103 et s.

⁴ Jules Barni, *Manuel républicain*, Paris, 1872.

⁵ Ainsi, par exemple, la doctrine se consacre à la construction d'une théorie moderne des droits individuels. Au début du XXe siècle, plusieurs débats révèlent le renouvellement de la question des libertés publiques. Non sans arrières pensées nationalistes, l'allemand Jellinek et le français Emile Boutmy discutent ainsi les origines doctrinales de la Déclaration de 1789, l'un défendant la thèse de l'influence prépondérante du modèle américain et anglo-saxon, tandis que l'autre rattache la Déclaration aux lumières du XVIIIe siècle et à leur tradition abstraite et universaliste (Sur ce débat, voir Jellinek, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, traduction Fardis, Fontemoing, 1902 ; la réponse d'Emile Boutmy, « La Déclaration des droits et de l'homme et du citoyen et M. Jellinek », *Annales des sciences politiques*, 1902, tome XVII, p 415-443 ; et la réplique de Jellinek, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », *R.D.P.*, 1902, p 385-400. Voir aussi Walch, *La Déclaration des droits de l'homme*, Thèse, Paris, 1903 ; Stéphane Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Pluriel, Hachette, 1988, p 355 et s). Le débat juridique se porte aussi la valeur juridique de la Déclaration et le contrôle juridictionnel des lois

matière de libertés publiques qui va retenir notre attention, car cette dernière est un facteur décisif du développement, à l'occasion du contentieux de la police des cultes, du rôle des libertés de conscience et des cultes dans le contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

Pour les républicains, la manière de rédiger les lois relatives aux libertés publiques n'est pas anodine. En effet, la structure et la forme des textes sont conçues comme un aspect du libéralisme de la législation, comme un moyen d'affirmer l'éminence d'une liberté publique. L'examen des grandes lois des années 1880-1905 permet ainsi de dégager quelques traits généraux en matière de rédaction des lois, qui ne se retrouvent pas systématiquement à l'occasion de l'élaboration de chaque texte, mais dont la réunion constitue le modèle d'une légistique proprement républicaine.

D'abord, la forme d'une loi est un moyen d'affirmer la valeur juridique d'une liberté, mais aussi sa force symbolique (A.). C'est ainsi que le choix du titre devient stratégique, de même que l'existence, en tête de la loi, d'un exposé des principes qui ont guidé le législateur, à l'image du célèbre titre 1^{er} de la loi de Séparation. Ensuite, les lois républicaines en matière de libertés publiques n'ont pas pour seule vocation de reconnaître et d'affirmer la liberté, mais d'en *organiser* l'exercice par les citoyens (B.). Enfin, la légistique républicaine trouve un prolongement et une formulation théorique grâce à la réflexion doctrinale sur les modes de réglementation des droits individuels (C.).

(Henri Berthélémy, Gaston Jèze et autres, « Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionnalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », *R.D.P.*, 1912, p 138-156 ; Henri Berthélémy, « Les limites du pouvoir législatif », *R.P.P.*, 1925, p 355-369 ; Gaston Jèze, « Notions sur le contrôle des délibérations des assemblées délibérantes », *R.G.A.*, 1895, tome LIII, p 401-415 ; Ferdinand Larnaude, « L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français », *R.P.P.*, 1926, p 181-199 ; Pierre Laroque, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois », *Revue des sciences politiques*, 1928, p 611-619 ; Charles Eisenmann, note sous CE, 6 novembre 1936, *Arrighi et Coudert (deux espèces)*, *D.P.*, 1938, III, p 1 ; Maurice Hauriou, note sous CE, 7 août 1909, *Winkell et Rosier (2 arrêts)*, *S.*, 1909, III, p 145 ; note sous CE, 1^{er} mars 1912, *Tichit, S.*, 1913, III, p 137 ; Gaston Jèze, « Le contrôle juridictionnel des lois », *R.D.P.*, 1924, p 399-430 ; Raymond Carré de Malberg, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », *R.P.P.*, 1927, p 339-354 ; Paul Duez, « Le contrôle de constitutionnalité des lois en France. Comment il convient de poser la question », *Mélanges Maurice Hauriou*, Librairie du recueil Sirey, 1929, p 211 ; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome III, 3^{ème} éd, De Boccard, 1930, p 709 et s ; Joseph Barthélémy et Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, Dalloz, 1933, rééd édition Panthéon-Assas, 2004, p 219 et s ; Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^{ème} éd, tome I, 1925, rééd Dalloz, 2005, p 342 et s ; Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome II, Sirey, 1920, rééd Dalloz, 2004, p 608 et s. Pour une présentation d'ensemble de ces débats : Jean-Pierre Machelon, « Parlementarisme absolu, Etat de droit relatif », *R.A.*, 1995, n°288, p 628-634 ; Eric Maulin, « Le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois dans la pensée de R. Carré de Malberg », *R.F.D.C.*, n°21, 1995, p 79-105 ; Julien Bonnet, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2009) ; de même, sur l'existence et la valeur des droits sociaux (Michel Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, BDP, n°170, LGDJ, 1993, p 434 et s ; Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol 25, Dalloz, 2003) ; ou encore sur la qualification de l'exercice du suffrage comme un droit ou comme une simple fonction (Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol 25, Dalloz, 2003).

A. – *La rédaction des lois, facteur de promotion symbolique et juridique des libertés publiques.*

523. Trois des grandes lois sur les libertés publiques font référence à la liberté dans leurs titres : la loi du 29 juillet 1881 *sur la liberté de la presse*, la loi 30 juin 1881 *sur la liberté de réunion* et la loi du 15 novembre 1887 *sur la liberté des funérailles*. Cette terminologie peut sembler évidente et aller de soi compte tenu de l'objet de ces textes, mais elle est en fait le fruit d'une évolution et d'un processus réfléchi de la part du législateur, consistant à augmenter la portée symbolique de la loi par le choix d'un titre marquant sans ambiguïté son inspiration libérale.

C'est ce qu'illustre l'adoption de la loi sur la liberté des funérailles. Ce texte trouve son origine dans une proposition de loi déposée le 24 mai 1881 par le député Chevandier. L'initiative du parlementaire est alors déterminée par une réaction défensive liée à l'actualité. En effet, pendant la période de l'Ordre Moral, le gouvernement refuse d'accorder les honneurs militaires aux membres de la Légion d'honneur qui sont enterrés civilement. De plus, certains maires réglementent de manière très rigoureuse les enterrements civils dans leurs communes, souhaitant marginaliser une pratique perçue comme une manifestation de scandale et une injure aux valeurs chrétiennes. Chevandier souhaite mettre fin à ces discriminations en proposant une « *loi sur les enterrements civils* »¹ composée de deux courtes dispositions interdisant les discriminations à l'égard de ce type de cérémonies funéraires. Le 6 juillet 1882, la Chambre adopte en seconde lecture l'intitulé de « *loi sur les enterrements civils et religieux* ». Mais les débats font apparaître l'étroitesse de l'angle choisi par le député Chevandier et les équivoques contenues dans le titre de la loi. Alors que l'auteur de la proposition entend instituer la liberté des funérailles², l'intitulé du texte suggère que l'œuvre du législateur s'inscrit dans une lutte contre l'Ordre Moral et le cléricisme. Aussi, le Sénat propose la formulation de « *loi sur la liberté des funérailles* », qui est justifiée dans les termes les plus clairs par le rapporteur Labiche : « *Nous avons pensé que tout en nous efforçant de marcher d'accord avec la chambre, nous devons faire en sorte qu'on ne pût se méprendre sur l'esprit de la loi à laquelle nous proposons au Sénat de donner son adhésion. Quelque blâmables qu'aient été les abus commis par les administrateurs qui compromettaient la morale religieuse en prétendant la sauvegarder, nous ne devons pas nous associer à une mesure de réaction antireligieuse. Il faut donc, avant tout, éviter de donner au projet le caractère d'une loi de représailles, l'apparence d'une mesure d'encouragement à des manifestations hostiles aux pratiques religieuses de la majorité de nos concitoyens. Ce que*

¹ D.P., 1887, IV, p 101 et s.

² Voir l'exposé des motifs du député Chevandier, *J.O.R.F.*, avril 1882, annexe n°598, p 853.

nous voulons édicter, c'est une loi de liberté, une loi de tolérance, conforme aux grands principes sur lesquels est fondée la société moderne : l'égalité devant la loi, la liberté de conscience. Aussi, afin de préciser tout d'abord notre but, nous avons donné à la loi un titre qui détermine, sans équivoque possible, le caractère que nous voulons lui imprimer. La proposition originale sur les enterrements civils devient la loi sur la liberté des funérailles. »¹. Dans la légistique républicaine, le titre permet donc de renforcer la crédibilité et le libéralisme de la loi.

524. L'exposé des principes au début de la loi remplit des fonctions analogues et joue aussi un rôle proprement juridique. Trois lois contiennent une ou plusieurs dispositions inaugurales proclamant le principe de la liberté. L'article 1^{er} de la loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion dispose ainsi : « *Les réunions publiques sont libres./ Elles peuvent avoir lieu sans autorisation préalable, sous les conditions prescrites par les articles suivants.* ». L'article 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse proclame que « *L'imprimerie et la librairie sont libres.* ». Enfin, l'article 1^{er} de la loi de Séparation dispose que « *La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public.* ». Ces déclarations de principes ne sont pas des clauses de style, mais des choix délibérés de légistique. Ainsi, le projet de loi sur les réunions présenté à la Chambre et adopté par elle en première lecture contenait un article 1^{er} à la formulation beaucoup plus sobre : « *Les réunions publiques peuvent avoir lieu sans autorisation préalable, sous les conditions prescrites par les articles suivants.* »². La déclaration de principe qui ouvre l'article est ajoutée par le Sénat, au bénéfice des explications présentées par le rapporteur Labiche : « *Nous avons cru qu'il était utile que cette déclaration dominât toutes les dispositions qui vont suivre, non-seulement afin qu'elle constituât une affirmation théorique indiscutable, mais aussi, afin qu'elle servît de règle d'interprétation à l'Administration et à la magistrature, pour toutes les questions qui ne seraient pas expressément résolues par les dispositions réglementaires suivantes.* »³.

Cette forme de rédaction est donc justifiée par deux types de considérations. D'un point de vue théorique et politique, un article déclaratif donne une force symbolique à l'affirmation de la liberté ; il remplit alors une fonction identique que celle du titre de la loi. Et du point de vue juridique, les déclarations de principes constituent des *standards d'interprétation* permettant de guider l'application administrative, et surtout juridictionnelle, dans le sens de la liberté.

¹ *D.P.*, 1887, IV, p 101.

² *D.P.*, 1881, IV, p 103.

³ *D.P.*, 1881, IV, p 103.

525. La rédaction de l'article 1^{er} de la loi de Séparation répond à la même logique. Dès le travail en commission, la présence d'une déclaration de principe en tête de la loi est une question importante pour Aristide Briand et les promoteurs d'une Séparation libérale. De ce point de vue, la plupart des projets soumis à la Commission Buisson sont disqualifiés. Hormis ceux de Francis de Pressensé et d'Eugène Reveillaud, ceux de Dejeante, Ernest Roche, Hubbard, Flourens, Grojean et Berthoulat et Sénac ne contiennent aucune affirmation des libertés de conscience et des cultes¹. De même, le projet d'Emile Combes, finalement abandonné par la Commission, était dépourvu d'article de principe. L'affirmation des libertés de conscience et des cultes ne figurait pas non plus dans le texte primitif du projet du ministre des cultes Bienvenu-Martin. Ce sont finalement les modifications apportées par la Commission Buisson qui ont rétabli l'article 1^{er} tel qu'il a été adopté par le législateur.

Ce rappel du processus d'élaboration du projet de loi de Séparation montre que la pertinence d'un article de principe n'était pas une évidence pour tous, et que sa présence résulte d'une ferme volonté d'Aristide Briand. Dans son rapport devant la Chambre, ce dernier explique ce choix en reprenant le raisonnement développé par le sénateur Labiche en 1881. Ainsi, l'article 1^{er} est en premier lieu une déclaration symbolique des libertés de conscience et des cultes, destinée à rassurer les croyants dans un climat politique caractérisé par la méfiance réciproque entre les catholiques et l'Etat républicain : *« Au moment où il pénètre dans le domaine sacré de la conscience, où il pose et résoud un problème aussi complexe que celui de l'organisation des cultes et se prépare à régler les manifestations collectives de sentiments aussi intimes que les croyances religieuses, le législateur a pour premier devoir d'indiquer les principes qui l'ont inspiré et qu'il a voulu appliquer./ Le régime nouveau des cultes, qui vous est proposé, touche à des intérêts si délicats et si divers, il opère de si grands changements dans les coutumes séculaires, qu'il est sage, avant tout, de rassurer la susceptibilité éveillée des "fidèles", en proclamant solennellement que, non seulement la République ne saurait opprimer les consciences ou gêner dans ses formes multiples l'expression extérieure des sentiments religieux, mais encore qu'elle entend respecter et faire respecter la liberté de conscience et la liberté des cultes./ Ainsi la Révolution et la première République procédaient noblement, sur le seuil de chaque grave réforme, par l'affirmation de principes généraux. »*². Mais l'article 1^{er} n'a pas qu'une portée symbolique ; il remplit en outre une fonction juridique de standard d'interprétation favorisant une application libérale de la loi : *« Mais il n'y a pas seulement ici un retour à une tradition républicaine. Si minutieusement rédigée que soit une loi aussi considérable, dont tous les*

¹ Aristide Briand, *La Séparation des Eglises et de l'Etat. Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés, suivi des pièces annexes*, Paris, 1905, p 224 et s.

² Aristide Briand, *La Séparation des Eglises et de l'Etat. Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés, suivi des pièces annexes*, Paris, 1905, p 265 et s.

effets doivent être prévus par des dispositions de droit civil, de droit pénal et de droit administratif, elle contient inévitablement des lacunes et soulève des difficultés nombreuses d'interprétation. Le juge saura, grâce à l'article placé en vedette de la réforme, dans quel esprit tous les autres ont été conçus et adoptés. Toutes les fois que l'intérêt de l'ordre public ne pourra être légitimement invoqué, dans le silence des textes ou le doute sur leur exacte application, c'est la solution libérale que sera la plus conforme à la pensée du législateur. »¹.

Dès lors, dans la pensée du législateur républicain, l'article inaugural s'analyse comme une forme de réitération législative de la Déclaration de 1789 – qui est dépourvue de valeur juridique sous la IIIe République – pour conférer à ses énonciations, ici l'article 10 sur la liberté religieuse, une pleine efficacité en droit positif².

A cet égard, l'exemple de la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations représente une contre-épreuve. En 1901, l'idée de consacrer la liberté d'association n'a jamais été clairement et fermement formulée. Les conceptions des républicains sont restées dominées par la méfiance envers les corps intermédiaires et l'action collective³, et les débats ont été polarisés voire surdéterminés par la question des congrégations auxquelles la liberté d'association a été refusée par le titre III de la loi⁴. Un régime de liberté complète n'a donc été ni vraiment pensé, ni réalisé ; l'affirmation de la liberté ne s'imposait donc pas avec la force de l'évidence ; d'où un titre faisant référence au *contrat* et non à la *liberté* (« *Loi relative au contrat d'association* ») ; d'où enfin l'absence d'article inaugural proclamant la liberté d'association par une formule générale⁵. L'article 1^{er} se borne ainsi à définir l'association : « *L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations.* ». Quant à l'article 2^o, s'il affirme la liberté de formation des associations, il ne constitue pas une disposition générale de principe, mais s'inscrit, plus

¹ Aristide Briand, *La Séparation des Eglises et de l'Etat. Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés, suivi des pièces annexes*, Paris, 1905, p 266.

² En ce sens, voir Gustave Lhopiteau et Eman Thibault, *Les Eglises et l'Etat. Commentaire pratique de la loi du 9 décembre 1905*, 2^{ème} éd, Arthur Rousseau, 1906, p 6 ; et Paul Grunebaum-Ballin, *La séparation des Eglises et de l'Etat. Etude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905, p 13 et s.

³ Pierre Rovantillon, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, p 305 et s.

⁴ Paul Nourisson, *Histoire de la liberté d'association en France depuis 1789*, tome II, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1920, p 289 et s ; Pierre Rovantillon, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, p 305 et s ; Jean-François Merlet, *Une grande loi de la IIIe République*, BDP, n°217, LGDJ, 2001.

⁵ Loi du 1^{er} juillet 1901 *relative au contrat d'association*, D.P., 1901, IV, p 105 et s.

⁶ « *Les associations de personnes pourront se former librement sans autorisation ni déclarations préalables, mais elles ne jouiront de la capacité juridique que si elles se sont conformées aux dispositions de l'art. 5.* ».

techniquement, dans la distinction opérée par la loi entre les associations non déclarées et les associations déclarées, ces dernières jouissant seules de la personnalité juridique.

526. Si les intentions des auteurs de la loi de 1905 sont clairement exprimées par Briand, les réactions catholiques restent très méfiantes au moment de l'élaboration de la loi. Lors de la discussion de l'article 1^{er}, deux arguments sont développés par les députés catholiques pour mettre en doute la « sincérité » de cette disposition. Le premier consiste à opposer l'attitude des gouvernements républicains en matière religieuse depuis 1880. C'est le sens des interventions de l'Abbé Lemire ou du député Paul Lerolle, ce dernier associant la conception républicaine de la liberté de conscience à la lutte anticléricale : « *C'est au nom de la liberté de conscience que vous avez fermé nos écoles et que vous avez défendu à des chrétiens de suivre dans les monastères des conseils de la perfection chrétienne inscrits dans notre évangile. C'est malgré les proclamations de la liberté de conscience que la pratique de la religion a été si souvent une cause d'ostracisme pour les fonctionnaires ou un obstacle à leur avancement. C'est malgré la liberté de conscience proclamée dans cette loi même que vous refusez aux associations religieuses l'accès à la voie publique, tandis que protestants et catholiques, enfermés dans leurs temples, verront passer derrière leurs verrières closes les cortèges triomphants et les bannières rouges de la libre pensée.* »¹. Le second argument est de tournure plus juridique et tend à vider l'article 1^{er} de sa portée en opposant la liberté réelle à la liberté formelle perçue comme une simple proclamation dépourvue de garanties. C'est le sens des propos de Charles Benoist assimilant l'article 1^{er} aux Déclarations de droits révolutionnaires jugées verbales et rhétoriques². Juste après l'adoption de la loi de Séparation, cette méfiance envers l'article 1^{er} est relayée par les juristes catholiques³.

B. – La volonté d'organiser les libertés.

527. Outre la volonté d'affirmer la valeur des libertés, la légistique républicaine se caractérise par le souci d'organiser les libertés. Une loi reconnaissant une liberté ne peut donc se réduire à un article qui en proclame le principe, suivi d'une disposition abrogeant le droit contraire à la liberté. Dans la légistique républicaine, un droit individuel nécessite un *régime spécifique* pour que sa protection soit complète.

¹ *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome II, p 1684 (Séance du 12 avril).

² *Annales de la Chambre des députés*, 1905, tome II, p 1666 et s (Séance du 11 avril).

³ Anatole Biré, *La Séparation des Eglises et de l'Etat*, Arthur Rousseau, 1905, p 41 ; Gustave de Lamarzelle et Henry Taudière, *La séparation de l'Eglise et de l'Etat. Commentaire théorique et pratique de la loi du 9 décembre 1905*, Plon, 1906, p 59 et s.

C'est ce qu'illustrent notamment les débats qui ont conduit à l'adoption de la loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion. Au départ, la Chambre est saisie de trois propositions, présentées le 9 juillet 1876 par Louis Legrand et plusieurs collègues, le 31 mai 1878 par Alfred Naquet et le 1^{er} juin 1878 par Louis Blanc et plusieurs collègues¹. Ces propositions sont prises en compte par la Chambre et examinées par une commission dont Alfred Naquet est rapporteur. Dans son rapport, ce dernier met en lumière l'opposition entre deux conceptions de la méthode législative en matière de droits individuels. Pour certains, dont Louis Legrand et Louis Blanc, la loi doit se borner à abroger le droit antérieur contraire à la liberté de réunion, pour ne laisser subsister que la liberté totale, sans encadrement législatif. C'est le sens de la proposition de Louis Blanc, qui tient en un article prévoyant : « *Art. 1^{er}. Sont et demeurent abrogés le décret du 28 juillet 1848, le décret du 25 mars 1852, et la loi des 6-10 juin 1868, dans toutes celles de leurs dispositions qui s'appliquent aux réunions publiques.* »². Au contraire, la majorité de la commission considère que la liberté n'est pleinement assurée que par une organisation légale. Ainsi, Naquet admet la pertinence d'un article abrogatoire, mais s'interroge ensuite en ces termes : « *Mais cet article 1^{er} une fois accepté, il restait à se prononcer sur ceci : Serait-il un article unique, ainsi que l'entendait son auteur [Louis Blanc], ou bien ne serait-il que la préface d'une loi nouvelle établissant la plus entière liberté, mais laissant subsister une certaine réglementation ? Votre commission s'est prononcée pour une loi organisatrice du droit de réunion. Mais il s'est trouvée dans son sein une minorité qui a soutenu l'idée contraire avec une grande force de conviction et avec une grande chaleur d'expression./ Suivant elle, l'amendement premier de la Constitution des Etats-Unis, interdisant même aux pouvoirs législatifs de réglementer la liberté des citoyens en matière de réunion, est le but vers lequel on doit tendre, but qu'il faut affirmer au moins législativement, en attendant qu'on puisse l'affirmer constitutionnellement. Toute réglementation, aux yeux de la minorité de votre commission, est une entrave, une restriction de la liberté ; c'est un acte de défiance envers les citoyens. Il faut, dit-elle, avoir plus de confiance dans l'intelligence et le jugement de nos compatriotes ; il faut cesser de les entourer de lisières et de les garrotter sous couleur de les protéger. [...] Votre commission a rendu hommage aux pensées élevées exprimées par la minorité, au grand souffle de liberté que domine dans leurs paroles, mais croit mieux protéger la liberté des citoyens par un texte net, formel, précis, que par l'absence de tout texte. Ce qu'elle se propose surtout en soumettant les réunions publiques à une organisation légale, c'est de garantir la liberté des citoyens bien plutôt que de donner des armes à l'autorité.* »³. Le couple

¹ Voir l'historique de l'élaboration de la loi au *D.P.*, 1881, IV, p 101 et s.

² *D.P.*, 1881, IV, p 102.

³ *D.P.*, 1881, IV, p 102.

proclamation/abrogation n'est donc pas suffisant aux yeux du législateur républicain. L'absence totale de réglementation peut apparaître comme la protection la plus complète de la liberté, mais c'est au contraire par l'élaboration de règles et de procédures précises que la liberté n'est pas seulement affirmée, mais *instituée*.

528. Les exemples de la loi sur la presse, de la loi sur les funérailles et de la loi de Séparation confirment cette tendance de la légistique républicaine. Lors de la discussion de la loi sur la presse, s'expriment encore les deux conceptions de la méthode législative. Le député Emile de Girardin défend ainsi la liberté totale de la presse, sous les seules limites fixées par le droit pénal et la responsabilité résultant de l'article 1382 du Code civil. Le rapporteur Lisbonne développe en revanche l'opinion majoritaire de la Chambre en soutenant la nécessité d'un régime propre, de dispositions spécifiques pour donner toute son effectivité à la liberté de la presse¹.

Dans le même sens, les différentes étapes de l'élaboration de la loi sur la liberté des funérailles révèlent la volonté législative d'organiser les libertés. La proposition initiale, déposée par le député Chevandier, se limitait à deux articles succincts : « *Art. 1^{er}. Toutes les dispositions relatives aux préséances, aux honneurs civils et militaires, aux honneurs funèbres attribués aux personnes visées par le décret du 24 mess. an 12, leur seront appliquées, quelles que soient leurs doctrines politiques, philosophiques, sociales ou religieuses, que leurs funérailles aient un caractère religieux ou purement civil./ Art 2. Les maires ne pourront jamais assigner aux enterrements civils une heure exceptionnelle ou un trajet particulier, ni limiter le nombre de personnes formant le convoi ; ils protégeront celui-ci comme tous les autres, par les moyens ordinaires et au même titre.* »². Au cours des travaux législatifs, émerge, nous l'avons vu, l'idée que cette proposition doit être l'occasion de reconnaître et d'organiser la liberté des funérailles. Aussi, la commission de la Chambre étoffe peu à peu le projet, élaborant finalement un ensemble complet de règles et de procédures protectrices de la liberté des funérailles. Le projet initial est d'abord enrichi par un amendement du député Bauquier : aux dispositions sommaires de la proposition Chevandier, Bauquier ajoute des articles relatifs aux modalités d'expression de la volonté du défunt sur la nature des funérailles et au rôle du maire dans leur exécution. Finalement, la commission livre une proposition contenant un régime complet de la liberté de funérailles. Sont ainsi déterminés : la capacité pour tester sur ses funérailles, les règles de fond qui s'y appliquent, c'est-à-dire l'interdiction des discriminations dans la réglementation des funérailles à raison de leur caractère civil ou religieux, les formes d'expression du choix des funérailles (par testament authentique ou olographe), la nature des garanties juridictionnelles (une

¹ *D.P.*, 1881, IV, p 66.

² *D.P.*, 1887, IV, p 101.

procédure d'urgence devant le juge de paix) et les sanctions pénales encourues en cas de méconnaissance des volontés du défunt sur la nature de ses funérailles¹. On est donc passé d'une proposition minimale et défensive, principalement destinée à mettre fin aux pratiques discriminatoires envers les enterrements civils, à un régime complet de protection de la liberté des funérailles, qui est adopté sans grandes modifications par le législateur. Cet exemple montre encore une fois que dans la légistique républicaine, il n'y a pas de liberté sans organisation de la liberté.

Cette méthodologie législative est enfin adoptée par les promoteurs de la loi de Séparation. C'est ainsi que la Commission Buisson rejette toutes les propositions qui se limitent à abroger le droit concordataire. Par ailleurs, au cours des débats, Briand explique à plusieurs reprises, en réponse aux catholiques qui invoquent le droit commun en matière d'association pour l'exercice du culte, que la stricte application de la loi du 1^{er} juillet 1901 apporterait moins de garanties et de protection que le régime spécial prévu par la Séparation. Après l'adoption de la loi, Saleilles souligne d'ailleurs l'importance de ce régime spécial pour organiser la liberté des cultes².

C. – Un prolongement de la légistique républicaine : le discours de la doctrine républicaine sur les modes de réglementation des droits individuels.

529. La valorisation des libertés publiques consacrée par la légistique républicaine trouve un prolongement dans la doctrine républicaine qui, au XX^e siècle, renouvelle la réflexion sur les *formes appropriées de réglementation* des droits individuels.

En la matière, la doctrine républicaine est structurée par le tryptique *déclaration des droits/garantie des droits/réglementation législative des droits*³. Esmein en a donné une formulation particulièrement claire. La déclaration de droits est ainsi une « *déclaration de principes* » qui contient « *les principaux axiomes dégagés par les philosophes et publicistes, comme les fondements d'une organisation politique juste et rationnelle* »⁴. La déclaration est donc essentiellement un document philosophique sans portée juridique. En revanche, les garanties des droits sont des « *lois positives et obligatoires* », « *des articles constitutionnels qui assurent au citoyen la jouissance de tel ou tel droit individuel. Le but que l'on se propose en les édictant, c'est de conférer aux droits ainsi garantis la force qui est propre, chez beaucoup de nations modernes, aux dispositions*

¹ *D.P.*, 1887, IV, p 101 et s.

² Raymond Saleilles, « Le régime juridique de la séparation », *R.I.C.*, 1907, p 185-208.

³ Jean-Pierre Machelon, *La République contre les libertés ? Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1914*, FNSP, 1976, p 32.

⁴ Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1914, rééd éditions Panthéon-Assas, 2001, p 554.

constitutionnelles »¹. Quant à la réglementation législative des droits, elle revêt une portée différente selon qu'elle se situe dans le cadre d'une garantie ou d'une déclaration des droits. Dans le premier cas, la loi vient préciser les limites et les conditions d'exercice d'une liberté dont l'existence en droit positif est déjà consacrée par la garantie constitutionnelle des droits. Dans le second cas, la réglementation législative a non seulement pour objet de déterminer le régime d'une liberté publique, mais a plus fondamentalement pour effet de donner à cette dernière une valeur positive dont elle ne bénéficiait pas en vertu de sa seule proclamation dans une déclaration.

530. Rapporté aux données du droit constitutionnel de la III^e République, ce schéma, largement repris par les auteurs², tend naturellement à faire du législateur l'acteur central en matière de droits individuels. En effet, les lois constitutionnelles de 1875 ne contiennent aucune liste de droits individuels. Quant à la Déclaration de 1789, son sort suscite quelques débats³, la majorité de la doctrine concluant à l'absence de valeur juridique du vénérable texte révolutionnaire en combinant trois arguments. L'absence de référence textuelle à la Déclaration par les lois constitutionnelles de 1875 est d'abord invoquée. C'est par exemple l'argument de Carré de Malberg, qui fait valoir que la Déclaration a perdu sa valeur positive en même temps que la Constitution du 3 septembre 1791 dans laquelle elle était incluse ; seule une référence constitutionnelle expresse pourrait lui redonner une portée juridique⁴. Ensuite, c'est la nature même de la Déclaration qui est mise en avant : par construction, elle n'est pas un texte au contenu juridique, mais se situe sur le registre moral et philosophique ; de ce fait, elle n'a pas vocation à devenir du droit positif⁵. Enfin, certains auteurs

¹ Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1914, rééd éditions Panthéon-Assas, 2001, p 559.

² Félix Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 9^{ème} éd, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1921 ; Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome II, Sirey, 1920, rééd Dalloz, 2004, p 608 et s ; Henri Berthélémy, « Les limites du pouvoir législatif », *R.P.P.*, 1925, p 355-369 ; Joseph Barthélémy, *Précis de droit public*, Dalloz, 1937, rééd Dalloz, 2006 ; Ferdinand Larnaude, « L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français », *R.P.P.*, 1926, p 181-199.

³ Voir notamment Georges Morange, « Valeur juridique des principes contenus dans les Déclarations des droits », *R.D.P.*, 1945, p 229-250 ; Christophe de La Mardière, « Retour sur la valeur juridique de la Déclaration de 1789 », *R.F.D.C.*, n°38, 1999, p 227-255.

⁴ Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome II, Sirey, 1920, rééd Dalloz, 2004, p 608 et s ; Eric Maulin, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, PUF, coll. Léviathan, 2003, p 105 et s ; Eric Maulin, « Le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois dans la pensée de R. Carré de Malberg », *R.F.D.C.*, n°21, 1995, p 79-105.

⁵ C'est la logique de la doctrine d'Esmein, reprise par Boutmy, Moreau ou Barthélémy par exemple ; Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Librairie de la société du recueil Sirey, 1914, rééd éditions Panthéon-Assas, 2001 ; Félix Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 9^{ème} éd, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1921 ; Joseph Barthélémy, *Précis de droit public*, Dalloz, 1937, rééd Dalloz, 2006 ; Emile Boutmy, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M Jellinek », *Annales des sciences politiques*, 1902, p 415-443. C'est aussi sans doute l'argument qui a la plus grande valeur historique, dans la mesure où les constituants de 1789 n'ont pas voulu faire de la Déclaration un texte juridique. Sur ce point, voir Guillaume Bacot, « La Déclaration de 1789 et la Constitution de 1958 », *R.D.P.*, 1989, p 685-737 ; et Marcel Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, Gallimard, 1989.

pointent le flou et l'imprécision des droits proclamés en 1789, qui rendent impraticable leur application concrète.

Mais deux grands juristes – Duguit et Hauriou – tentent de contourner ces arguments et défendent avec force l'idée d'une valeur positive de la Déclaration, selon deux approches théoriques différentes mais finalement convergentes. Pour Léon Duguit, les droits contenus dans la Déclaration conservent une valeur juridique car ils font partie du *droit objectif* dégagé par l'observation sociologique et opposable à toutes les autorités de l'Etat¹. Hauriou adopte une perspective assez proche consistant à séparer deux niveaux de juridicité. Le premier niveau comprend le *droit posé par l'Etat*, c'est-à-dire notamment la *constitution politique*, ensemble de règles définies par l'Etat pour régir son propre fonctionnement et ses rapports avec les citoyens. L'autre niveau de juridicité permet *d'inclure le fait dans le champ juridique* ; il est exprimé par la *constitution sociale*, fruit d'une lente formation coutumière et spontanée à partir des pratiques sociales, de règles et de droits propres à une nation déterminée. Constatant l'absence de la Déclaration dans la constitution politique – c'est-à-dire les lois de 1875 – il affirme en revanche que « *la déclaration des droits est le texte constitutionnel de la constitution sociale* »². Les conséquences pratiques qu'en tire Hauriou sont assez subtiles. De ce que les droits proclamés en 1789 font partie de la constitution sociale, il en déduit qu'ils peuvent être opposés au législateur à l'occasion d'un contrôle de constitutionnalité dont il souhaite le développement. Mais la présence d'un droit dans la Déclaration ne suffit pas pour que le citoyen puisse en jouir directement et pratiquement ; pour cela, il faut une réglementation par une « *loi organique* » qui en fixe les limites et les conditions précises d'exercice³.

531. En dépit du prestige scientifique de leurs auteurs, ces tentatives doctrinales restent marginales⁴. La position dominante consiste à voir dans la Déclaration de 1789 un texte sans valeur juridique mais à l'importance politique et intellectuelle fondamentale. Repris par la plupart des régimes du XIXe siècle et profondément ancrés dans la population, les principes qu'elle proclame sont « *vivant dans la conscience nationale* »⁵, selon l'expression de Moreau, et constituent « *un patrimoine définitivement acquis du peuple français* »⁶, à tel point, souligne Esmein, qu'il n'a pas semblé

¹ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome III, 3^{ème} éd, De Boccard, 1930, p 599 et s.

² Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p 625 et s.

³ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1916, p 507 et s ; Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p 631.

⁴ Gaston Jèze admet la valeur juridique de la Déclaration de 1789 sur le fondement d'arguments strictement jurisprudentiels, mais limite son opposabilité aux actes de l'administration (Gaston Jèze, « Valeur juridique des "déclarations de droits" et des "garanties des droits" », *R.D.P.*, 1913, p 685-688).

⁵ Félix Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 9^{ème} éd, Librairie de la société du Recueil sirey, 1921, p 287.

⁶ Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1914, rééd éditions Panthéon-Assas, 2001, p 561.

nécessaire aux constituants de 1875 d'en faire le rappel dans le texte constitutionnel. Mais du point de vue juridique, l'intervention du législateur est nécessaire à la fois pour consacrer les libertés en droit positif et pour organiser leur régime¹.

C'est pourquoi la réflexion doctrinale se concentre sur l'activité du législateur. Or, sur ce point, les juristes de la III^e République manifestent un souci plus marqué pour l'effectivité des droits individuels que la tradition doctrinale du XIX^e siècle. En effet, avant l'avènement du régime républicain, les juristes n'expriment pas de préférence en matière de technique de réglementation législative des libertés. La distinction entre les systèmes préventifs et répressifs est certes connue, mais la doctrine semble ne pas différencier la valeur des deux systèmes. Chez la plupart des auteurs, les deux formes de réglementation sont également admissibles et ne font l'objet d'aucun commentaire particulier lors de l'exposition du régime des différents droits individuels. Même les juristes libéraux du XIX^e siècle, pour lesquels les droits individuels représentent un principe de philosophie politique et un choix méthodologique permettant d'appréhender l'ensemble du droit public², ne semblent pas s'intéresser aux éventuelles dénaturations des libertés publiques consacrées par le droit positif. Les commentaires sur la pertinence de la réglementation des droits individuels sont ainsi très rares chez les publicistes du XIX^e siècle ; l'affirmation des droits et libertés coexiste avec l'admission de très fortes limites à leur exercice qui en vident bien souvent la substance. C'est particulièrement le cas pour les libertés intellectuelles et collectives, telles que la liberté de la presse

¹ Par exemple : Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1914, rééd éditions Panthéon-Assas, 2001 ; Joseph Barthélémy, *Précis de droit public*, Dalloz, 1937, rééd Dalloz, 2006 ; Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1916 ; Paul Duez, « Esquisse d'une définition réaliste des droits publics individuels », *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p 113-133.

² Depuis quelques années, l'apport de la doctrine publiciste du XIX^e siècle est en cours de réévaluation. Longtemps, a prévalu l'idée, répandue par les publicistes du début du XX^e siècle (Pour un exemple de l'opinion doctrinale commune au début du XX^e siècle, voir Achille Mestre, « L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 à 1919 », *B.S.L.C.*, 1922, p 23), que l'œuvre des auteurs du XIX^e siècle se réduisait globalement à une littérature de répertoire et de catalogue sans aucune ambition théorique, philosophique et méthodologique. Mais aujourd'hui, les progrès de la recherche historique mettent à mal une vision des choses aussi tranchée et schématique. Certes, la doctrine publiciste du XIX^e siècle, que ce soit en droit constitutionnel ou en droit administratif, est moins complexe et moins riche de celle du XX^e siècle. Mais il demeure que plusieurs anciens auteurs ont tenté un travail de systématisation et d'explication du droit public, fondé sur des choix théoriques et des options de philosophie politique. Parmi ces auteurs, certains d'entre eux ont insisté sur l'importance des libertés, en concevant le droit public, spécialement le droit administratif, sous l'angle des contacts entre la puissance publique et les droits individuels des administrés. Mathieu Touzeil-Divina désigne ces auteurs par le terme de « libéraux citoyens » (Mathieu Touzeil-Divina, *La doctrine publiciste, 1800-1880*, Editions la Mémoire du Droit, 2009 ; de même, Jean-Jacques Bienvenu, « Les origines et le développement de la doctrine », *R.A.*, n° spécial, 1997, p 13-16). Dans cette catégorie, on trouve notamment Firmin Laferrière (Firmin Laferrière, *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, tome I, 4^{ème} éd, Cotillon, 1854), Théophile Ducrocq et Foucart (E. V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif*, tome I, 3^{ème} éd, Videcoq père et fils, 1843), auxquels on peut ajouter Pellegrino Rossi (Pellegrino Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, 4 tomes, Paris, 1867), ou Anselme Batbie par exemple (Anselme Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome II, Cotillon, 1862). Voir aussi Luc Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol 16, Dalloz, 2002, p 335 et s ; et Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol 25, Dalloz, 2003, p 415 et s.

ou les libertés de réunion et d'association, pour lesquelles les juristes admettent sans véritables commentaires les lourdes règles préventives et répressives qui composent leurs régimes¹. Les droits

¹ Une part importante de la doctrine du XIXe siècle marque un attachement certain aux droits individuels, qui n'est pas qu'idéologique, mais qui guide aussi l'étude du droit public dans son ensemble. Cependant, ce parti pris libéral est ambigu dans la mesure où il est inachevé du point de vue strictement *juridique*. Si pour la doctrine libérale, les droits individuels apparaissent comme un objet primordial du droit public – à la fois choix philosophique et outil méthodologique – elle s'intéresse finalement assez peu aux *mécanismes juridiques* de garantie des droits et fait largement l'impasse sur la question essentielle de l'*effectivité* des droits et libertés (voir les remarques de Jean-Louis Mestre sur la vision de la sanction du droit constitutionnel au XIXe siècle : Jean-Louis Mestre, « Histoire du droit constitutionnel et de son enseignement », in *Droit constitutionnel*, Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux, Guy Scoffoni, Dalloz, 2007, p 15 et s). Par exemple, alors qu'il reconnaît les libertés de réunion et d'association comme des droits individuels positifs, Ducrocq semble considérer que les conditions très restrictives de la formation des réunions et associations sous le Second Empire constituent une forme pertinente d'organisation de ces libertés (Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome I, 6^{ème} éd, Ernest Torin, 1881, p 708 et s). Il décrit ainsi le régime des réunions publiques résultant du décret-loi du 25 mars 1852, qui soumet les réunions à l'article 291 du Code pénal (« *Nulle association de plus de vingt personnes, dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du gouvernement et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société. Dans le nombre des personnes indiquées par le présent article ne sont pas comprises celles domiciliées dans la maison ou l'association se réunit.* »), aux articles 292, 294 (« *Tout individu qui, sans la permission de l'autorité municipale, aura accordé ou consenti l'usage de la maison ou de son appartement, en tout ou partie, pour la réunion des membres d'une association même autorisée, ou pour l'exercice d'un culte, sera puni d'une amende de seize francs à deux cents francs.* ») et à la loi du 10 avril 1834 (Article 1^{er} : « *Les dispositions de l'article 291 du Code pénal sont applicables aux associations de plus de vingt personnes, alors même que ces associations seraient partagées en sections d'un nombre moindre et qu'elles ne se réuniraient pas tous les jours ou à des jours marqués. L'autorisation du gouvernement sera toujours révocable.* »), sans commentaire critique sur les conséquences de telles règles sur l'effectivité du droit individuel. Or, comme Ducrocq l'explique lui-même, le droit positif prévoit l'interdiction absolue des clubs et associations politiques secrètes ou non, et la nécessité d'une autorisation préalable pour toutes les associations et réunions publiques de plus de vingt personnes, quel que soit leur objet, religieux, économique, politique, scientifique ou littéraire. Le seul espace de liberté se réduit donc aux réunions de moins de vingt personnes ; la loi du 6 juin 1868 vient assouplir cette législation en supprimant le système de l'autorisation préalable pour les réunions qui n'ont pas un objet politique et religieux. Les restrictions apportées par le droit et l'ampleur du contrôle exercé par l'autorité administrative permettent difficilement d'admettre que la jouissance de la liberté de réunion est effective sous le Second Empire. Pourtant, Ducrocq se borne à en décrire le régime sans en apprécier la pertinence du point de vue de son effectivité. Fait significatif des options idéologiques de nombres de juristes libéraux, qui accordent aux libertés économiques une valeur supérieure aux libertés intellectuelles et politiques, la seule hypothèse où Ducrocq développe des appréciations critiques sur le régime d'un droit individuel intervient à propos de la liberté du commerce et de l'industrie, et dans une moindre mesure sur le droit de propriété. A l'occasion des développements consacrés à ces droits individuels, l'auteur examine attentivement la pertinence des limitations apportées par la loi, comme la création des monopoles ou la réglementation des heures de travail des ouvriers par exemple (Ducrocq accorde une valeur très forte à la liberté du travail, du commerce et de l'industrie : « *Le principe de la liberté du travail occupe une place considérable en économie politique ; il constitue l'une des lois fondamentales de la production des richesses, à laquelle il peut seul donner toute sa puissance, et de tous les phénomènes économiques. Ce droit de travailler librement n'est pas autre chose que la libre disposition des facultés de l'homme, dans son application la plus juste et la plus essentielle, puisqu'il s'agit du libre choix des moyens d'assurer son existence et celle de sa famille. Aussi ce droit s'étend, en principe, à toutes les industries, agricoles, extractives, manufacturières, commerciales, locomotives ou des transports, aux industries qui s'appliquent à l'homme lui-même, comme aux industries qui opèrent sur la matière. La loi positive, depuis 1789, consacre cette grande règle de la liberté du travail ; elle constitue un principe du droit public français, en harmonie avec la loi économique, sauf certaines dérogations encore trop nombreuses ; elle se rattache à deux autres principes de notre droit public, celui de la liberté individuelle, et celui de l'égalité des citoyens devant la loi ; il serait difficile de lui porter atteinte sans violer l'un ou l'autre.* » (Théophile Ducrocq, *Cours de droit administratif*, tome I, 6^{ème} éd, Ernest Torin, 1881, p 737 et s). Les explications de Batbie sur la liberté de la presse sous le Second Empire laissent une impression analogue. La presse périodique politique est alors soumise à un des régimes les plus restrictifs du XIXe siècle, qui se compose de charges pécuniaires, de contrôles préventifs et de répression pénale et administrative (L'essentiel des règles est contenu dans la loi du 17 février 1852). Aussi, chaque exemplaire d'un périodique est soumis à l'obligation du timbre ; de même, l'éditeur est soumis au cautionnement. Ensuite, la fondation d'un journal politique est subordonnée à une autorisation du ministre de l'intérieur. Enfin, le ministre ou le

individuels n'ont pas de dynamisme propre en dehors de leur régime, de sorte qu'il est possible pour la doctrine d'affirmer que le droit positif reconnaît une liberté alors même que sa portée est presque complètement neutralisée par un arsenal de règles préventives et répressives. En conséquence, la valorisation des droits et libertés dans le droit public antérieur à la République apparaît comme largement ambiguë et superficielle. Seuls quelques juristes républicains font exception. Par exemple, dans un ouvrage de 1868, Edouard Laferrière, alors avocat opposant au Second Empire, donne une interprétation exigeante de la liberté de presse, affirmant avec force la valeur juridique de l'article 11 de la Déclaration de 1789 et jugeant inconstitutionnel tout régime préventif en matière de presse¹.

532. Avec l'enracinement de la III^e République, la doctrine de Laferrière en matière de libertés devient dominante ; désormais, les juristes prennent les droits au sérieux et n'admettent la légitimité que du seul *système répressif*. Alors que tant de sujets divisent la doctrine durant la III^e République, il y a sur ce point une impressionnante unanimité.

Esmein distingue ainsi le régime de liberté complète – dans lequel l'exercice d'un droit individuel n'est limité que par les responsabilités pénales et civiles –, le régime de la déclaration, et le régime de l'autorisation préalable. Selon Esmein, seuls les deux premiers systèmes sont admissibles dans le droit public républicain. Quant à l'autorisation préalable, « *elle ne mérite pas le nom de liberté [...] Ceux là seuls peuvent exercer le droit qui y ont été spécialement autorisés. C'est le régime que s'est longtemps appliqué chez nous aux droits de réunion et d'association, à la liberté de la presse et de l'enseignement. Nous verrons que ce système est chez nous aujourd'hui presque*

préfet peuvent avertir les journaux en raison d'un contenu jugé inopportun, et, après deux avertissements, peuvent suspendre le périodique. L'Empereur dispose même du pouvoir de dissoudre un organe de presse par décret. Les journaux sont en outre exposés aux divers délits de presse, dont le délit d'outrage à la morale publique et religieuse prévu par l'article 8 de la loi du 17 mai 1819. De ce régime qu'il est possible de qualifier de liberticide, Batbie donne une présentation neutre et objective, sans considérations sur la pertinence du droit positif. Les écrits périodiques sont ainsi « *sujets à deux mesures préventives : 1° le timbre qui, à la vérité, peut s'expliquer comme impôt, mais qui a été établi aussi en vue de restreindre la faculté d'écrire sur les matières politiques ; 2° le cautionnement qui a été exigé dans le double but d'assurer la répression et l'exécution des condamnations et, en outre, d'empêcher que l'arme de la presse ne tombât aux mains d'écrivains sans responsabilité ni pécuniaire, ni morale. Mais la mesure préventive la plus grave est celle qui oblige les écrivains qui veulent fonder un nouveau journal politique à obtenir une autorisation du ministre de l'intérieur* » (Anselme Batbie, *Introduction générale au droit public et administratif*, Cotillon, 1861, p 44). Batbie souligne ensuite timidement le caractère restrictif de cette règle en rapportant les opinions des libéraux : « *C'est surtout cette disposition que les publicistes libéraux considèrent comme incompatible avec la liberté de la presse ; car, quelle que soit la bienveillance avec laquelle ce pouvoir est exercé, le droit n'existe pas là où il dépend de la puissance discrétionnaire de l'autorité* ». Mais hormis cette réserve, il poursuit ensuite l'exposé du régime des avertissements et des suspensions, sans confronter ces règles aux exigences d'une liberté de la presse effective. Après l'adoption de la loi du 11 mai 1868, qui met fin à l'autorisation préalable en matière de journaux politiques et aux systèmes des avertissements et des suspensions administratives, Batbie persiste dans son exposé minimal de la liberté de la presse. Il ne montre pas, comme l'a fait le républicain Jules Simon lors de la discussion de la loi (voir supra, n°521) quels sont les progrès qu'ont introduit la législation de la fin de l'Empire libéral du point de vue de la liberté (Anselme Batbie, *Précis du cours de droit public et administratif*, 3^{ème} éd, Cotillon, 1869, p 12 et s).

¹ Edouard Laferrière, *La censure et le régime correctionnel*, 2^{ème} éd, Paris, Armand le Chevalier, 1868, p 261 et s.

totalemment éliminé. »¹. Chez Léon Duguit, le couple répressif/préventif prend la forme d'une distinction entre *régime de droit* et *régime de police*. Dans le premier système, « *l'activité individuelle, physique, intellectuelle, morale, religieuse, peut se manifester librement, sans aucune restriction préventive, sans aucune autorisation préalable. Et c'est seulement lorsque l'activité individuelle s'est manifestée contrairement au droit, que le législateur autorise l'autorité publique à intervenir pour punir, pour forcer à réparer ou pour annuler.* »². Dans le second système, l'autorité publique peut « *intervenir par voie préventive avant qu'aucune atteinte au droit ne soit faite, et cela afin de prévenir, dans la mesure du possible, le fait ou l'acte contraire au droit.* ». Tout en faisant du régime de droit le principe en matière de réglementation des libertés, Duguit admet l'emploi limité de techniques relevant du régime de police, lorsque la nature du droit exercé l'impose nécessairement.

Esmein et Duguit sont représentatifs de l'opinion générale de la doctrine républicaine, puisque des appréciations analogues sont émises par Félix Moreau³, Joseph Barthélémy⁴, Paul Duez⁵, Henri Berthélémy⁶ ou Maurice Hauriou⁷. Le système préventif est donc disqualifié et le système répressif apparaît comme le seul véritablement compatible avec un régime libéral. Contrairement à la tradition du XIXe siècle, la doctrine républicaine s'intéresse à l'effectivité des libertés et n'admet que les formes de réglementation législative qui assure la jouissance d'une *liberté authentique*.

533. La réflexion doctrinale sur la réglementation des libertés prolonge donc la valorisation des libertés publiques à l'œuvre dans la légistique républicaine. Dans la construction de la jurisprudence en matière de police des cultes, le juge administratif a pris en compte cette caractéristique du droit public républicain en accordant aux libertés de conscience et des cultes le statut éminent que le législateur de 1905 a entendu leur donner. De ce fait, il a favorisé l'adaptation du recours pour excès de pouvoir aux institutions républicaines et les progrès du contrôle juridictionnel de l'administration.

§ 2. – Le dialogue entre le juge et le législateur, ou la fin de la crise des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir.

¹ Adhémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1914, rééd éditions Panthéon-Assas, 2001, p 1105 et s.

² Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome III, 3^{ème} éd, De Boccard, 1930, p 649 et s ; Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 4^{ème} éd, De Boccard, 1923, rééd éditions Panthéon-Assas, 2007.

³ Félix Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 9^{ème} éd, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1917, p 495.

⁴ Joseph Barthélémy, *Précis de droit public*, Dalloz, 1937, rééd Dalloz, 2006, p 61 et s.

⁵ Paul Duez, « Esquisse d'une définition réaliste des droits publics individuels », *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p 113-133.

⁶ Henri Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^{ème} éd, 1920.

⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, Sirey, 1929.

534. D'une manière générale, le début du XXe siècle est une période au cours de laquelle le Conseil d'Etat s'approprie les valeurs et principes républicains et construit l'image moderne de la juridiction administrative républicaine¹. L'activité doctrinale de certains membres de la juridiction administrative révèle ce phénomène.

Certaines réflexions ont une portée très générale et portent sur l'organisation de l'Etat dans son ensemble. Ainsi, l'œuvre influente d'Henri Chardon propose de transformer l'administration, de rompre avec ses origines napoléoniennes pour en faire un outil adapté à la République parlementaire et assurer son efficacité du point de vue de l'autorité de l'Etat et du bien être des citoyens². De même, l'œuvre du socialiste Léon Blum, membre du Conseil d'Etat de 1896 à 1919, a contribué à la promotion du droit républicain et des libertés publiques³.

D'autres auteurs se concentrent sur l'œuvre du juge administratif. Ainsi, l'auditeur au Conseil d'Etat René Worms évoque la jurisprudence culturelle pour souligner le rôle de pacification du juge administratif : en protégeant la liberté des cultes, le Conseil d'Etat joue un rôle politique, mais dans l'acception noble du terme⁴. Quant à André Mater, il se situe dans le prolongement des analyses d'Hauriou en concluant de la jurisprudence relative aux collectivités locales que le Conseil d'Etat s'est donné pour mission de moraliser la politique locale, notamment du point de vue financier, et de canaliser le développement du socialisme municipal⁵.

La contribution de l'auditeur Robert Léger est très suggestive. Dans un article qui vise à populariser la juridiction administrative, il explique que le rôle du juge administratif s'étend au delà du contrôle de légalité de l'action administrative et s'inscrit dans la logique des institutions républicaines⁶. Dans le contexte du régime parlementaire, la participation active du citoyen à la vie des institutions se réduit trop souvent à l'élection. Selon Robert Léger, le contentieux administratif est susceptible de combler cette lacune en stimulant l'action démocratique du citoyen. Cette fonction

¹ Rachel Vanneville, « Le Conseil d'Etat au tournant du siècle, raison politique et conscience légale de la République », in *Serviteurs de l'Etat. Une histoire politique de l'administration française, 1875-1945*, Marc-Olivier Baruch et Vincent Duclert (dir), La Découverte, 2000, p 98-108.

² Par exemple, voir Henri Chardon, *Le pouvoir administratif*, Nouvelle édition augmentée, Paris, 1912 ; *L'organisation d'une démocratie. Les Deux forces. Le nombre et l'Elite*, 2^{ème} éd, Perrin, 1921 ; Vida Azimi, « Administration et Parlement : la démocratie organisée de Henri Chardon », *Rev. hist. droit.* 1998, n°76, p 557-582.

³ Sur l'œuvre de juriste de Léon Blum, voir notamment Jérôme Michel, *Blum. Un juriste en politique*, Michalon, 2008, p 19 et s.

⁴ René Worms, « La juridiction du Conseil d'Etat et ses tendances actuelles », *Annales de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1905, tome 164, p 632-679 ; tome 172, p 650-663 ; Rachel Vanneville, « Le droit administratif comme savoir de gouvernement ? René Worms et le Conseil d'Etat devant l'Académie des sciences morales et politiques au début du XXe siècle », *Revue française de science politique*, vol 53, n° 2, avril 2003, p 219-235.

⁵ André Mater, « Le municipalisme et le Conseil d'Etat », *Revue d'économie politique*, 1905, tome 19, p 324-353.

⁶ Robert Léger, « L'intérêt social et les droits individuels », *R.P.P.*, 1905, p 499-512.

tient au fait que l'exercice des recours devant le juge administratif permet « *la revendication des droits individuels* »¹. Or, pour Léger, la revendication des droits individuels n'est pas qu'une pratique égoïste tournée vers la satisfaction des intérêts privés ; elle joue aussi un rôle dans la vie de la démocratie : « *nous prétendons justement que la revendication légale de son droit par le citoyen n'a pas seulement pour objet et pour résultat la satisfaction de son intérêt personnel, mais qu'elle intéresse au plus haut point la marche normale et le fonctionnement régulier d'un Etat démocratique. Toute puissance tend à son développement abusif. Toute force tend à son accroissement indéfini. Un gouvernement, même républicain, a donc une propulsion presque invincible vers l'exercice immodéré de son pouvoir. Le contrepoids nécessaire et bienfaisant ne sera autre que l'intervention légale du citoyen pour assurer, en sa personne et celle des autres, le respect des libertés et celui des droits acquis. De sa collaboration résultera ainsi l'harmonie. Et, dès lors, la revendication des droits nous apparaît comme quelque chose de singulièrement plus élevé que la réaction d'un intérêt lésé, puisqu'elle devient l'accomplissement nécessaire d'un devoir social et que, par le maintien des pouvoirs dans leurs limites régulières, elle bénéficie au corps social tout entier.* »². Que de changements dans cette conception par rapport à celle du Second Empire ! Alors qu'au temps de Napoléon III, la satisfaction des droits privés par le recours pour excès de pouvoir était instrumentalisée pour perpétuer la puissance de l'Empereur, la réalisation des droits individuels devant la justice administrative devient un élément central de la théorie de la démocratie. Et selon Robert Léger, cette fonction s'accomplit de multiples manières, par le jeu des actions en responsabilité extra-contractuelle, mais aussi, et surtout, par le biais du recours pour excès de pouvoir qui est « *l'assise de notre droit public et de nos libertés républicaines* ».

535. Le contentieux de la police des cultes est une illustration de cette reformulation, au sein du Conseil d'Etat, des rapports entre le juge administratif et les institutions républicaines. En grande partie par l'intermédiaire des commissaires du gouvernement, le juge de l'excès de pouvoir donne toute leur portée aux intentions du législateur de 1905 formalisées par la légistique républicaine en matière de libertés. Cela conduit le juge à placer la protection des libertés de conscience et des cultes au cœur de son office. A ce titre, tous les aspects du nouveau statut de cette liberté publique sont intégrés dans le contrôle juridictionnel. La liberté des cultes est ainsi conçue par les commissaires du gouvernement comme une *faculté juridique* dont il faut assurer la jouissance effective, mais aussi comme une *valeur politique et symbolique* qui a été placée au cœur du droit républicain par le législateur.

¹ Robert Léger, « L'intérêt social et les droits individuels », *R.P.P.*, 1905, p 499-512, p 500.

² Robert Léger, « L'intérêt social et les droits individuels », *R.P.P.*, 1905, p 499-512, p 500.

Ce processus de dialogue contribue à la redéfinition des missions du recours pour excès de pouvoir républicain. Cantonné à la sphère technique du droit administratif par Laferrière à la fin du XIXe siècle, le recours pour excès de pouvoir acquiert une signification nouvelle à l'occasion de la Séparation. Dans le cadre du contentieux de la police des cultes, le recours remplit un rôle politique – ou constitutionnel – de protecteur des libertés publiques¹ ; de cette manière, il occupe une fonction parfaitement adaptée aux institutions républicaines.

Aussi la Séparation favorise-t-elle la fin de la crise des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir. Prenons garde cependant : ce n'est pas à une politisation de l'action du juge administratif, au sens péjoratif d'influence politicienne, que la Séparation apporte sa contribution ; les membres du Conseil d'Etat veillent au contraire jalousement à préserver les qualités de neutralité et de technicité de leur activité juridictionnelle². En revanche, tout en gardant les qualités propres à la fonction juridictionnelle, le recours pour excès de pouvoir est désormais au diapason des valeurs qui animent les institutions républicaines, et n'épuise pas sa signification dans la pure technique juridique.

Il faut maintenant préciser l'apport de la jurisprudence en examinant comment les commissaires du gouvernement érigent la liberté des cultes en liberté éminente sous la protection du recours pour excès de pouvoir (A.), puis en montrant que cet effort jurisprudentiel prépare la naissance, au cours des années 1930, de la théorie jurisprudentielle des droits définis (B.).

A. – L'apport des commissaires du gouvernement : la liberté des cultes, une liberté éminente sous la protection du recours pour excès de pouvoir.

536. La promotion vigoureuse de la liberté des cultes par la loi du 9 décembre 1905 n'aurait eu qu'une bien faible efficacité si les juges n'avaient pas fermement relayé la volonté du législateur. A cet égard, le Conseil d'Etat a été particulièrement actif en s'appuyant sur les intentions du législateur pour accorder un statut éminent à la liberté des cultes.

¹ Cet aspect est propre au contentieux de la police des cultes. Il n'est pas exclusif d'autres missions. Ainsi, le Conseil d'Etat est traditionnellement attentif à la défense de l'autorité du gouvernement, dont il faut assurer l'efficacité. C'est dans cet esprit par exemple que le juge administratif refuse traditionnellement le droit de grève des fonctionnaires sous la IIIe République. Voir Rachel Vanneville, « Le Conseil d'Etat au tournant du siècle, raison politique et conscience légale de la République », in *Serviteurs de l'Etat. Une histoire politique de l'administration française, 1875-1945*, Marc-Olivier Baruch et Vincent Duclert (dir), La Découverte, 2000, p 98-108.

² Rachel Vanneville, « Le Conseil d'Etat au tournant du siècle, raison politique et conscience légale de la République », in *Serviteurs de l'Etat. Une histoire politique de l'administration française, 1875-1945*, Marc-Olivier Baruch et Vincent Duclert (dir), La Découverte, 2000, p 98-108 ; René Worms, « La juridiction du Conseil d'Etat et ses tendances actuelles », *Annales de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1905, tome 164, p 632-679.

L'importance jurisprudentielle de la liberté des cultes ressort essentiellement des conclusions des commissaires du gouvernement portant sur les affaires de police des cultes. Eléments d'explicitation des solutions des arrêts et témoignages publics des débats qui animent la juridiction administrative, les conclusions permettent au Conseil d'Etat, par leur publication dans le *Recueil Lebon* ou dans les principales revues juridiques, de souligner le dialogue entre le juge et le législateur en matière de police des cultes et de prendre des positions fortes sur les principes qui structurent sa jurisprudence. Cette fonction des conclusions est amplement exploitée dans le domaine qui nous occupe. Les commissaires du gouvernement développent ainsi un discours très clair et cohérent affirmant l'éminence des libertés de conscience et des cultes, et le rôle de garant du juge de l'excès de pouvoir. Cette position est essentiellement fondée sur l'interprétation de la volonté du législateur qui a fortement proclamé la liberté des cultes dans l'article 1^{er} de la loi de 1905.

537. L'interprétation de l'article 1^{er} développée par Aristide Briand dans son rapport est alors un soutien de poids pour les commissaires du gouvernement. En effet, nous avons vu que le rapporteur invite le juge à se fonder sur l'article 1^{er} pour choisir *systématiquement* la solution la plus libérale quand il s'agit de combler les lacunes du droit positif et de régler les situations incertaines¹. Les commissaires du gouvernement en concluent que le législateur a ainsi entendu doter la liberté des cultes d'une *forte valeur juridique et symbolique*, dont il revient au juge d'assurer la protection.

En ce sens, dans les premières années d'application de la loi de Séparation, les propos de Briand sont régulièrement cités dans les conclusions pour affirmer l'importance de la liberté des cultes dans le contrôle du juge de l'excès de pouvoir et, en conséquence, justifier la rigueur du contrôle juridictionnel sur les arrêtés de police des maires et le libéralisme des solutions proposées par les commissaires au Conseil d'Etat. Les déclarations de Briand sont ainsi abondamment reprises par Saint-Paul en 1908 à l'occasion de l'affaire *Morel et autres*² relative à la réglementation des sonneries de cloches, et par Chardenet en 1909 à l'occasion de l'affaire *Abbé Olivier et autres c/ Maire de Sens*³ relative aux processions et convois funèbres.

¹ « Si minutieusement rédigée que soit une loi aussi considérable, dont tous les effets doivent être prévus par des dispositions de droit civil, de droit pénal et de droit administratif, elle contient inévitablement des lacunes et soulève des difficultés nombreuses d'interprétation. Le juge saura, grâce à l'article placé en vedette de la réforme, dans quel esprit tous les autres ont été conçus et adoptés. Toutes les fois que l'intérêt de l'ordre public ne pourra être légitimement invoqué, dans le silence des textes ou de doute sur leur exacte application, c'est la solution libérale que sera la plus conforme à la pensée du législateur. »

² CE, 5 août 1908, *Morel et autres* ; *Leclercq et Gruson* ; *Braux et autres* ; *Leclercq et Gruson (4 espèces)*, *Rec.*, p 858, concl. Saint-Paul.

³ CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres c/ Maire de Sens*, *D.P.*, 1910, III, p 121, concl. Chardenet.

Dans l'affaire *Abbé Deliard* de 1908¹, Chardenet évoque même tout le processus législatif de la Séparation, de l'article 1^{er} de la loi de 1905 aux lois des 2 janvier et 28 mars 1907, en passant par les circulaires interprétatives du ministre des cultes, pour mettre en lumière la valeur de la liberté des cultes aux yeux du législateur. Pour Chardenet, le statut éminent qui lui est ainsi accordé implique nécessairement l'admission d'un intérêt à agir le plus large au bénéfice des ministres du culte et des fidèles pour contester les mesures de police qui touchent à la jouissance de l'édifice du culte. L'argumentation du commissaire du gouvernement laisse poindre implicitement une certaine hiérarchisation entre les libertés en faveur de la liberté des cultes : « *Chaque jour, vous reconnaissez aux contribuables d'une commune qualité pour vous déférer des délibérations du conseil municipal qui engagent plus ou moins heureusement les finances de la commune, et des commerçants qui se plaignent de quelque atteinte portée au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Mais ici, il s'agit d'un intérêt d'un ordre autrement élevé, autrement respectable ; il s'agit de gens qui se plaignent d'une atteinte au droit qu'ils ont de pratiquer leur religion, d'une atteinte au droit, qui leur est garanti par l'article 5 de la loi de 1907, de voir, jusqu'à désaffectation régulière, les églises continuer à être laissées à la disposition des fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion, de gens qui se plaignent, enfin, de la violation du principe posé par l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 et de toutes les promesses faites à la tribune du Parlement que nous rappelions tout à l'heure. Aussi, pour nous, nous n'hésitons pas à admettre que tous les fidèles de la commune et les ministres du culte auxquels l'église est affectée ont qualité pour vous déférer, pour excès de pouvoir, un arrêté par lequel le maire a fermé l'église.* »².

538. En matière de police des cultes, le dialogue entre le juge administratif et le législateur est donc particulièrement fructueux, le juge de l'excès de pouvoir ayant parfaitement interprété et relayé les intentions qui ont présidé à l'adoption de l'article 1^{er} de la loi de Séparation³. En 1938, le commissaire du gouvernement Latournerie donne même un contenu dynamique à la mission du juge de l'excès de pouvoir en expliquant qu'il doit non seulement protéger la liberté des cultes, mais aussi *approfondir* la protection : « *Pour les cultes, comme en bien d'autres matières, votre jurisprudence, interprète fidèle des intentions du Parlement, se trace pour règle, en effet, de donner aux lois de liberté une interprétation libérale. Le régime de notre droit public, tel que vous l'avez donné, n'est pas de ceux qui, à toutes les libertés, et*

¹ CE, 8 février 1908, *Abbé Déliard*, D.P., 1909, III, p 33, concl. Chardenet.

² Concl. Chardenet sur CE, 8 février 1908, *Abbé Déliard*, D.P., 1909, III, p 33.

³ Voir *supra*, n°523 et s.

surtout à la liberté religieuse, mesurent une part parcimonieuse, quand ils ne la suppriment pas. Sans doute fait-il aux exigences inéluctables de l'ordre public les concessions inévitables. Mais cet ordre, précisément, il se refuse à l'établir sur la ruine ou la mutilation des garanties individuelles. La seule base qu'il entende lui donner, c'est au contraire l'extension croissante de ces garanties, par une progressive adaptation des anciennes formes de la justice et par la création de formes nouvelles. »¹.

539. Le recours pour excès de pouvoir est donc une *garantie juridique* essentielle à la protection efficace d'une liberté à laquelle le législateur a donné une valeur particulière. Mais le rôle du juge de l'excès de pouvoir ne s'arrête pas là. En plusieurs occasions, les commissaires du gouvernement évoquent aussi la mission de *pacification sociale* qui s'attache à la protection de la liberté des cultes. Outre sa fonction strictement juridique, le juge doit donc se faire l'arbitre des conflits sociaux et contribuer à l'apaisement des tensions religieuses qui traversent la nation française au début du XXe siècle.

C'est le cas dans l'affaire *Abbé Olivier et autres c/ Maire de Sens* de 1909. Le Conseil d'Etat doit statuer sur un arrêté municipal qui réglemente notamment les convois funèbres. L'article 3 de l'arrêté prévoit : « *Lorsque les familles désireront que les représentants et servants des cultes accompagnent le convoi, ceux-ci pourront le faire soit en habits sacerdotaux, en prenant place avec les objets consacrés dans une ou plusieurs voitures de deuil qui précéderont le corbillard ou le brancard, soit en vêtement de ville en suivant le convoi. Dans ce cas, les objets du culte seront transportés dans le corbillard ou sur le brancard.* »². Pour le commissaire du gouvernement Chardenet, cette disposition est critiquable du point de vue de la légalité. Elle fait en outre peser une menace sur la cohésion de la population municipale. En effet, en imposant le recours à des voitures de deuil lorsque la famille du défunt souhaite la présence du ministre du culte revêtu de ses habits sacerdotaux, l'arrêté municipal risque d'accroître la fracture entre les riches, qui peuvent se permettre la location des véhicules, et les citoyens modestes, dont les faibles moyens entraveront la libre pratique des rites religieux. Pour Chardenet, il y a là une cause de trouble social à laquelle le juge de l'excès de pouvoir doit mettre fin : « *il se trouve toute une classe de gens gagnant péniblement et modestement leur vie, avec la fierté de ne rien demander à personne et aussi sans grandes ressources devant eux. Ils peuvent avoir des sentiments religieux ; ils peuvent*

¹ Concl. Latournerie sur CE, 1^{er} avril 1938, *Abbé Laplanche-Coudert et autres*, D.P., 1939, III, p 4.

² Cité par Chardenet dans ses conclusions sur CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres c/ Maire de Sens*, D.P., 1910, III, p 121.

désirer qu'un prêtre prenne part au cortège funèbre d'un de leurs parents et cela revêtu de ses ornements sacerdotaux. Ils ne pourront le faire ; leurs ressources ne leur permettront pas d'avoir des voitures et la commune ne leur en fournira pas gratuitement. Pour eux, si le prêtre prend part au cortège, il devra le faire non pas revêtu de ses ornements sacerdotaux, mais en vêtements de ville, il suivra le convoi mêlé aux parents et aux amis ; il pourra accompagner le corps du défunt, mais à condition qu'il ne se fasse point remarquer, qu'il se cache en quelque sorte, qu'il disparaisse au milieu des parents et des amis. Sans parler de tout ce qu'il y aura de pénible dans une semblable situation pour les gens de condition modeste, dont on doit respecter les sentiments religieux, est-ce bien le respect de la liberté des funérailles garantie par la loi du 15 novembre 1887 ? Est-ce bien là le respect du libre exercice des cultes et même le respect de la liberté de conscience, en prenant ces mots dans le sens large, garanti par la loi du 9 décembre 1905 ? »¹.

540. Dans le même sens, la question sensible des monuments funéraires honorant les morts de la Première Guerre mondiale donne aux commissaires du gouvernement l'occasion d'affirmer la mission de pacification sociale du recours pour excès de pouvoir. Dans les quelques affaires relatives aux rapports entre la religion et la mémoire de la Guerre, le Conseil d'Etat adopte une jurisprudence favorisant clairement la cohésion de la population autour des valeurs nationales. C'est ainsi qu'il juge légal un crédit voté par un conseil municipal en vue de la célébration d'un service religieux pour les morts de guerre². De même, il admet que l'inauguration d'un monument au mort constitue une solennité nationale justifiant, au regard de l'article 51 du règlement d'administration publique du 16 mars 1906, la prescription de sonneries civiles³. En outre, le Conseil d'Etat juge illégale, en l'absence de toute menace à l'ordre public, l'interdiction d'une manifestation religieuse ayant pour but un monument aux morts⁴.

Dans l'affaire *Abbé Guerle* de 1924⁵, le Conseil d'Etat devait se prononcer sur la légalité d'un arrêté municipal interdisant tout dépôt de croix et emblèmes religieux autour du monument aux morts. Le commissaire du gouvernement Mayer explique d'abord que cette interdiction ne peut se fonder sur l'article 28 de la loi de 1905 excluant les monuments funéraires de l'interdiction des signes et emblèmes religieux dans les lieux publics. Si l'article 28 n'est pas applicable, le maire peut toujours se fonder sur ses pouvoirs de police

¹ Concl. Chardenet sur CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres c/ Maire de Sens*, D.P., 1910, III, p 121.

² CE, 6 janvier 1922, *Commune de Perquie*, D.P., 1922, III, p 15.

³ CE, 2 avril 1924, *Abbé Lasplaces*, D.H., 1924, p 374.

⁴ CE, 17 décembre 1924, *Deffaix*, D.H., 1925, p 123.

⁵ CE, 4 juillet 1924, *Abbé Guerle*, D.P., 1924, III, p 48, concl. Mayer.

administrative qui peuvent justifier une interdiction pour conserver au monument sa neutralité et son caractère communal et collectif.

Mais Mayer souligne ce qu'a de socialement inacceptable l'interdiction trop rigoureuse prévue par l'arrêté municipal. En y incluant le simple dépôt de fleurs en forme de croix, il empêche les familles d'honorer des morts dont le souvenir n'est bien souvent matérialisé que par le monument aux morts. Aussi bien, une exigence élémentaire de respect des sentiments des familles endeuillées milite en faveur de l'annulation de l'arrêté ; la nécessaire cohésion des français autour des souvenirs de la Guerre doit permettre les pratiques interdites par l'arrêté municipal. Ces préoccupations ressortent d'ailleurs de l'arrêt d'annulation, qui juge que le maire n'a pu, sans excès de pouvoir, interdire « *le simple dépôt de croix, emblèmes religieux et autres autour du monument aux morts et empêcher ainsi les familles de rendre à ceux de leurs qui sont morts pour la France un hommage de forme aussi normale et aussi traditionnellement respectable* »¹.

L'affaire *Dame Gervais et autres* de 1926² fournira le dernier exemple du discours des commissaires du gouvernement sur la mission de pacification du juge de l'excès de pouvoir. Dans la commune de Sainte-Soline, le maire a réservé une partie du cimetière à l'inhumation des soldats originaires de la commune dont les corps ont pu être ramenés du front. Quatre familles dont les fils sont décédés au combat demandent alors au maire l'autorisation d'ériger une croix catholique sur laquelle seront inscrits, non seulement les noms de leurs fils, mais en outre ceux des quarante-six soldats morts pour la France qui sont enterrés dans la partie réservée du cimetière. Le Conseil d'Etat doit statuer sur la requête déposée contre la décision de refus du maire. Pour justifier la légalité de la décision, le commissaire du gouvernement Cahen-Salvador invoque la neutralité du cimetière et la liberté de conscience reconnue par l'article 1^{er} de la loi de 1905, qui impose à l'Etat républicain d'empêcher que les citoyens, fussent-ils décédés, soient associés à un culte qu'ils ne partageaient pas ; il en va du respect de la mémoire des morts et de la liberté de conscience des familles³. Mais Cahen-Salvador avance aussi que le juge de l'excès de pouvoir doit favoriser la paix des esprits ; des esprits que le développement des disputes religieuses relatives aux proches disparus à la Guerre risque de bien vite échauffer : « *Que de querelles intestines, si chacun pouvait commémorer les mémoires des disparus à sa manière, par des inscriptions infidèles ou des emblèmes*

¹ CE, 4 juillet 1924, *Abbé Guerle*, D.P., 1924, III, p 48.

² CE, 19 novembre 1926, *Dame Gervais et autres*, D.P., 1927, III, p 27, note anonyme.

³ Conclusions citées en note, D.P., 1927, III, p 27.

contraires à leurs propres aspirations, à leur foi ! »¹. L'exigence de pacification sociale vient donc conforter les arguments juridiques militant en faveur de la légalité de la décision de refus du maire. Au bénéfice des observations du commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat rejette d'ailleurs la requête.

541. Dans les affaires de police des cultes, le discours des commissaires du gouvernement met donc régulièrement en avant le rôle d'arbitre et de régulateur des conflits sociaux que doit jouer le recours pour excès de pouvoir, et plus largement le juge administratif. Ce faisant, la juridiction administrative rompt assez nettement avec la doctrine d'Edouard Laferrière qui déniait toute fonction politique ou sociale au recours pour excès de pouvoir. Au cours des dernières décennies du XIXe siècle, le grand juriste républicain avait imposé l'idée que le recours pour excès de pouvoir devait rompre avec les théories politiques du Second Empire et se recentrer sur son rôle strictement technique et juridique de garant de la légalité de l'action administrative. Le contentieux de la police des cultes montre que l'appréhension de sa mission par le juge administratif a évolué. Il admet dorénavant que le contrôle de légalité, qui constitue sa mission première et essentielle, peut le placer en position de protagoniste actif dans la résolution des conflits sociaux. Cela ne signifie pas que le juge administratif *fait de la politique*. Mais le juge de l'excès de pouvoir reconnaît que sa jurisprudence peut avoir une *fonction politique* et des effets sociaux notoires. Dans le cadre du contentieux de la police des cultes, le Conseil d'Etat prend donc conscience que sa jurisprudence peut contribuer à ramener la paix religieuse dont la France a besoin². Cette évolution enregistrée dans le contentieux de la police des cultes trouve en outre une expression dans la formulation de la théorie des droits définis, au début des années 1930.

B. – *Les origines de la théorie jurisprudentielle des droits définis.*

542. Le discours des commissaires du gouvernement sur la valeur de la liberté des cultes est à l'origine d'une théorie jurisprudentielle qui est souvent désignée, à la suite notamment de Georges Burdeau³, comme la *théorie des droits définis*.

¹ D.P., 1927, III, p 27.

² Voir les explications en ce sens de Léo Goldenberg (Léo Goldenberg, *Le Conseil d'Etat, juge du fait. Etude sur l'administration des juges*, Thèse, Paris, 1932, p 238 et s).

³ Georges Burdeau emploie cette expression dans son manuel de libertés publiques ; voir Georges Burdeau, *Les libertés publiques*, 3^{ème} éd, LGDJ, 1966, p 33 et s. A la fin de la IIIe République, Joseph Barthélémy identifie

La première formulation explicite de la politique jurisprudentielle de hiérarchisation des libertés publiques par le juge administratif date des conclusions prononcées par le commissaire du gouvernement Michel à l'occasion de la célèbre affaire *Benjamin* de 1933¹. Michel explique que plus une liberté apparaît comme protégée par le législateur, plus sera intense et rigoureux le contrôle juridictionnel des mesures de police qui limitent cette liberté : « *Les pouvoirs de police du maire sont donc limités par la nécessité de respecter les diverses libertés reconnues aux citoyens : liberté individuelle, liberté de la presse, liberté d'enseignement, liberté d'association, liberté des cultes, liberté du travail, du commerce et de l'industrie. Et les restrictions apportées aux pouvoirs de l'autorité municipale seront d'autant plus grandes que la loi aura elle-même réglé avec plus de minutie les conditions dans lesquelles telle ou telle liberté publique devra s'exercer. Si l'exercice d'une liberté est simplement proclamé en termes généraux, comme c'est le cas pour la liberté du commerce dans la loi des 2-17 mars 1791, les pouvoirs de police du maire pourront librement s'exercer. [...] Dans d'autres cas au contraire, où le principe d'une liberté est inscrit dans la loi en termes particulièrement impératifs et où le législateur a édicté des prescriptions de détail destinées à assurer le respect de cette liberté, vous vous montrez plus sévères à l'égard des municipalités.* »².

543. Des explications de Michel, deux facteurs se dégagent pour identifier une liberté spécialement protégée. Il s'agit d'une part de la force symbolique et politique de la proclamation de la liberté par le législateur (« *le principe d'une liberté est inscrit dans la loi en termes particulièrement impératifs* »). L'intérêt de la légistique républicaine apparaît ici, car le juge de l'excès de pouvoir s'appuiera, pour déterminer la valeur d'une liberté pour le législateur, sur les formes de rédaction du texte consacrant la liberté publique et sur les déclarations émises à l'occasion des travaux préparatoires. D'autre part, le juge prend en compte la précision de la réglementation destinée à assurer la protection d'une liberté (« *le législateur a édicté des prescriptions de détail destinées à assurer le respect de cette liberté* ») ; la minutie de l'organisation d'une liberté est ainsi pour le juge un indice de l'importance que lui accorde le législateur.

déjà la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat ; voir Joseph Barthélémy, *Précis de droit public*, Dalloz, 1937, rééd Dalloz, 2006.

¹ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, D.P., 1933, III, p 54, concl. Michel ; S., 1934, III, p 1, note Mestre.

² Concl. Michel sur CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, D.P., 1933, III, p 54.

544. Comme l'indique Philippe Braud¹, la doctrine de la hiérarchisation des libertés remplit deux fonctions. D'un point de vue idéologique et politique, elle permet d'abord au juge administratif de relayer la hiérarchie de valeurs établie par le législateur et propre à la démocratie libérale. Ensuite, elle explique la variation du contrôle du juge sur les actes administratifs qui limitent une liberté. Mais Philippe Braud précise par ailleurs que la hiérarchie des libertés posée par le juge administratif demeure particulièrement floue et indéterminée. En effet, il ne résulte pas de la jurisprudence une échelle des libertés sur laquelle chacune d'elles occuperait une place spécialement assignée par le juge. Ce dernier se contente de distinguer quelques libertés auxquelles il rattache une politique jurisprudentielle de forte limitation du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Schématiquement, le juge administratif sépare ainsi les simples facultés, qui relèvent de la liberté individuelle et ne sont pas reconnues et organisées par le législateur comme des libertés spécifiques, les libertés ordinaires, et les libertés spécialement protégées.

545. Il est frappant de constater que la théorie de la hiérarchisation des libertés, qui est traditionnellement identifiée par la doctrine comme un élément du régime général des libertés publiques², trouve une bonne part de ses origines dans la jurisprudence relative à la police des cultes et dans l'œuvre produite par les commissaires du gouvernement à cette occasion.

En ce sens, dans ses conclusions sur l'arrêt *Benjamin*, le commissaire du gouvernement Michel illustre l'idée de hiérarchisation des libertés en exploitant principalement le matériau jurisprudentiel du contentieux de la police des cultes³. Rien d'étonnant à cela puisque la logique de la théorie des droits définis est déjà présente, depuis les années 1910, dans la jurisprudence relative à la police des cultes. En effet, l'éminence de la liberté des cultes est affirmée avec régularité et vigueur par les commissaires du gouvernement, et la nécessité d'une forte limitation du pouvoir discrétionnaire de l'autorité de police municipale est

¹ Philippe Braud, *La notion de liberté publique en droit français*, BDP, n°76, LGDJ, 1968, p 439.

² Notamment, voir Philippe Braud, *La notion de liberté publique en droit français*, BDP, n°76, LGDJ, 1968, p 439 ; Jean-Claude Vénézia, *Le pouvoir discrétionnaire*, BDP, n°17, LGDJ, 1959, p 61 et s ; Georges Burdeau, *Les libertés publiques*, 3^{ème} éd, LGDJ, 1966, p 33 et s ; Bernard Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Thèse, LGDJ, 1977 ; Jean Rivero, *Les libertés publiques*, tome 1, PUF, coll. Thémis, 1973 ; Stavroula Ktistaki, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, BDP, n°162, LGDJ, 1998, p 90 et s ; Pierre-Laurent Frier, « Contrôle des motifs », in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2005, p 23 et s. Aujourd'hui, la question des libertés protégées semble éclipsée par celle de la nature et de la valeur de la notion de droit fondamental (article Patrick Wachsmann, « L'importation en France de la notion de droits fondamentaux », *R.U.D.H.*, 2004, p 40-49 ; et article Etienne Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *A.J.D.A.*, 1998, n°spécial, p 6-42).

³ Concl. Michel sur CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *D.P.*, 1933, III, p 54.

clairement liée à l'importance attribuée à la liberté des cultes, comme l'ont relevé Hauriou¹, Barthélémy² ou Goldenberg³.

546. Le principal apport de la jurisprudence *Benjamin* a donc été de formaliser et d'expliciter des pratiques du juge en vigueur depuis plusieurs années. Il faut d'ailleurs préciser que l'idée d'une hiérarchisation entre les libertés est plus ancienne encore que la jurisprudence relative à la police des cultes. En effet, nous avons pu constater que sous le Second Empire, l'implication de certains droits et libertés considérés comme éminents dans l'action administrative justifiait un contrôle de la violation de la loi et des droits acquis, parfois même un certain contrôle des motifs de fait de l'acte administratif⁴. Mais la jurisprudence culturelle et l'arrêt *Benjamin* systématisent et formalisent la pratique. De plus, alors que dans le cadre de la théorie de l'Etat du Second Empire, le juge de l'excès de pouvoir accordait une valeur éminente au droit de propriété et à la liberté du commerce et de l'industrie, le juge de l'excès de pouvoir républicain accorde une protection renforcée à la liberté des cultes, à la liberté de la presse, à la liberté de réunion ou à la liberté d'association⁵.

Aussi bien, la construction de la doctrine de la hiérarchisation des libertés par les commissaires du gouvernement met en lumière l'abandon des traditions jurisprudentielles issues du Second Empire et l'adaptation du juge de l'excès de pouvoir aux valeurs de l'Etat républicain. En ce sens, la loi de Séparation a contribué à la républicanisation des missions du recours pour excès de pouvoir.

Nous allons voir que cette adaptation aux institutions républicaines a contribué à l'élaboration des techniques modernes de contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif. Ce processus s'est soldé par une limitation accrue du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative en matière de police des cultes et par une intensification du contrôle du fait.

¹ Note Hauriou, S., 1909, III, p 1.

² Joseph Barthélémy, « Les rapport entre l'Etat français et l'Eglise catholique depuis la séparation », *Jahrbuch des Offentlichen Rechts*, Band VIII, Tubingen, 1914, p 283-315.

³ Léo Goldenberg, *Le Conseil d'Etat, juge du fait. Etude sur l'administration des juges*, Thèse, Paris, 1932, p 242 et s.

⁴ Voir *supra*, n°427 et s.

⁵ Voir concl. Michel sur CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, D.P., 1933, III, p 54 ; voir aussi CE, 9 mars 1938, *Sieur Bouchez, Sieur Blum, Sieur Beha, Sieur Masson (4 esp)*, Rec., p 245 ; et Stavroula Ktistaki, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, BDP, n°162, LGDJ, 1998, p 90 et s ; et Philippe Braud, *La notion de liberté publique en droit français*, BDP, n°76, LGDJ, 1968, p 436 et s.

CHAPITRE II

LA MODERNISATION DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES MOTIFS DE L'ACTE ADMINISTRATIF.

547. La nouvelle structure du contentieux de la police des cultes résultant de la Séparation est très favorable aux progrès du contrôle juridictionnel. D'abord, le juge est confronté aux enjeux politiques et sociaux du contentieux de la police des cultes et doit réaliser l'objectif de pacification religieuse fixé par le législateur. Ensuite, le recours pour abus cède la place à la forme pleinement juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir. Enfin, la Séparation contribue à définir les missions du recours pour excès de pouvoir dans le cadre des institutions républicaines, érigeant la protection des libertés de conscience et des cultes en aspect primordial de l'office du juge. Tous ces éléments sont autant d'incitations pour le juge administratif à limiter le pouvoir discrétionnaire de l'administration et à améliorer l'efficacité de son contrôle.

548. La jurisprudence qui se développe jusqu'aux années 1930 illustre l'ampleur des effets de la Séparation sur le contentieux de la police des cultes. Nous l'avons déjà indiqué, ce dernier fait partie

des contentieux pionniers des progrès du contrôle des motifs au début du XXe siècle, spécialement des motifs de fait. Certes, les progrès n'ont pas toujours été immédiats, comme en matière de processions, et les grands traits de la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat ont mis quelques années à se stabiliser. Mais le mouvement général ne fait pas de doute : par rapport à la jurisprudence du XIXe siècle, le Conseil d'Etat met en œuvre un contrôle des faits nettement approfondi en examinant la qualification juridique des motifs de fait invoqués par l'autorité de police au regard de la notion d'ordre public et en développant un contrôle de l'adéquation entre les mesures prises et l'ampleur du trouble à l'ordre public (Section I.). De plus, cet approfondissement du contrôle se traduit en pratique par une protection de l'exercice du culte beaucoup plus effective qu'à la fin du XIXe siècle : alors qu'à cette dernière époque, les annulations étaient rarissimes dans le cadre de la jurisprudence d'abus, elles deviennent très fréquentes après la Séparation.

Par ailleurs, le contentieux de la police des cultes tient une place décisive dans l'élaboration, au cours de la IIIe République, des théories doctrinales sur la nature du recours pour excès de pouvoir, sur le pouvoir discrétionnaire et le contrôle des motifs (Section II.).

Section I. – Les progrès du contrôle des motifs de fait des mesures de police des cultes.

549. Pour saisir la portée des progrès du contrôle des motifs de fait, il faut comparer la jurisprudence de Séparation avec la jurisprudence d'abus qui s'est développée de 1880 à 1905. Seront donc successivement analysées, du point de vue du contrôle des motifs de fait, la jurisprudence antérieure à 1905 (§ 1.) et la jurisprudence postérieure à 1905 (§ 2.). Enfin, pour mettre en lumière l'originalité du contrôle mis en œuvre par le Conseil d'Etat après 1905, et l'ampleur de la limitation du pouvoir discrétionnaire qu'il consacre, la jurisprudence du juge administratif sera confrontée à celle que la Cour de cassation développe dans le cadre de l'exception d'illégalité fondée sur l'article 471§15 du Code pénal de 1810 (§ 3.).

§ 1. – La jurisprudence concordataire : le contrôle du fait marginal.

560. Dans la jurisprudence des années 1880-1905 rendue dans le cadre du recours pour abus, le contrôle des motifs de fait est quasiment inexistant. En principe, le Conseil d'Etat ne contrôle pas la réalité des menaces à l'ordre public justifiant l'interdiction ou la réglementation des cérémonies extérieures du culte. Quelques décisions révèlent un certain

contrôle du fait, mais elles restent isolées et sont guidées par des considérations d'opportunité. Aussi, avant 1905, le Conseil d'Etat ne développe pas de véritable politique jurisprudentielle de contrôle des motifs de fait ; la jurisprudence ne se distingue pas des pratiques communément adoptées par le Conseil d'Etat à la fin du XIXe siècle en matière de contrôle des motifs. La plupart du temps, le juge préserve le pouvoir discrétionnaire de l'autorité de police, tout en s'accordant la possibilité d'approfondir ponctuellement son contrôle dans certaines affaires. Pour mettre en lumière la faiblesse du contrôle du fait dans la jurisprudence d'abus, seront successivement abordés les manifestations extérieures sur la voie publique (A.), les emblèmes et signes religieux (B.) et les sonneries de cloches (C.).

A. – *Les manifestations religieuses sur la voie publique.*

Après avoir étudié les principes généraux en matière de manifestations du culte sur la voie publique (I.), il faudra se pencher sur les trois grandes catégories de cortèges religieux, c'est-à-dire les processions (II.), les convois funèbres (III.) et le port du viatique (IV.).

I. – Les principes généraux.

561. En matière de cérémonies du culte sur la voie publique, l'article 45 des Articles Organiques du culte catholique est la disposition centrale ; il prévoit : « *Aucune cérémonie religieuse n'aura lieu hors des édifices consacrés au culte catholique, dans les villes où il y a des temples destinés à différents cultes.* ». Lorsqu'une commune comporte des temples de plusieurs confessions, l'autorité de police peut donc utilement prendre un arrêté visant l'article 45 pour interdire les cérémonies du culte.

Par ailleurs, au cours du XIXe siècle, le Conseil d'Etat a admis que dans les cas où les conditions posées par l'article 45 des Organiques ne sont pas réunies, le maire peut légalement interdire ou réglementer les manifestations extérieures du culte sur le fondement de ses pouvoirs de police municipale¹ (loi des 16-24 août 1790, puis loi du 18 juillet 1837, puis loi du 5 avril 1884).

¹ CE, 1^{er} mars 1842, *Curé de Sainte-Bénigne c/ Commissaire de police de Dijon*, S., 1842, II, p 278 ; CE, 17 août 1880, *Pineau, desservant de Sainte-Méline*, S., 1882, III, p 13 ; voir aussi le rappel de cette tradition jurisprudentielle par la circulaire du ministre des cultes du 12 juin 1882, reproduite par Auguste Rivet, *R.C.I.D.*, 1896, p 159. La compétence des maires au titre du droit commun de la police administrative est contestée par certains auteurs. Voir par exemple Auguste Rivet, « Les processions et les cérémonies extérieures du culte au point de vue légal », *R.C.I.D.*, 1896, p 153-174, qui explique que l'existence d'une police spéciale doit logiquement exclure la police municipale de l'ordre public. De même, Maurice Hauriou émet des doutes sur la

562. L'article 45 représente un obstacle de poids au développement d'un contrôle des motifs de fait des mesures de police. En posant une *présomption législative* de trouble à l'ordre public dans les communes qui accueillent plusieurs cultes, la loi du 18 germinal an X dispense l'autorité de police, et ensuite, le juge de l'abus, d'examiner *en fait* la réalité des menaces à l'ordre public dans chaque situation. Le contrôle du fait mis en œuvre par le Conseil d'Etat se limite à vérifier si la commune dans laquelle le maire interdit les cérémonies du culte sur le fondement de l'article 45 comprend bien un *temple* d'une autre confession que la religion catholique.

563. Qui plus est, l'ampleur de la neutralisation du contrôle des motifs de fait consacrée par l'article 45 a eu tendance à se développer avec l'avènement de la République anticléricale. En effet, à partir de 1882, le gouvernement, suivi par le Conseil d'Etat, rompt avec l'interprétation traditionnelle de la notion de *temple* pour adopter une définition qui en étend largement le champ d'application, multipliant ainsi les hypothèses d'interdiction et, en conséquence, les hypothèses d'absence de contrôle du fait au regard de la notion d'ordre public.

Jusqu'en 1882, la notion de temple ne fait pas référence au *bâtiment du culte* mais au *groupement de fidèles légalement établi*. Cette interprétation est avant tout celle des gouvernements qui se sont succédés au XIXe siècle, la jurisprudence étant très peu développée en matière de police des cultes avant les années 1880. Raisonant à partir des cultes protestants, Portalis est le premier à fixer la tradition interprétative du XIXe siècle. Dans une lettre du 14 prairial an XI, il explique ainsi que le terme de temple désigne l'*église consistoriale*, circonscription prévue par l'article 16 des Articles Organiques du culte protestant et représentant la réunion organisée de 6000 protestants¹. Dès lors, seule la présence d'une église consistoriale dans une commune est susceptible de faire obstacle à la tenue des cérémonies du culte catholique. Cette position est régulièrement reprise au cours du XIXe siècle, notamment par une circulaire du ministre de l'intérieur du 30 germinal an XI², ou encore une circulaire du 20 mars 1879³. Tout au plus la tradition est-elle légèrement modifiée par le décret du 26 mars 1852 qui crée la *paroisse*, une nouvelle catégorie de

coexistence des deux titres de compétence, estimant que des arrêtés de police municipale, qui visent la protection de la circulation et de la tranquillité publique, ne peuvent viser uniquement les cérémonies religieuses, sous peine de détournement de pouvoir (Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Larose, 1^{ère} éd, 1892, 4^{ème} éd, Paris, 1900, p 190 et s). Les arrêtés devraient donc viser tous les cortèges et défilés, qu'ils soient religieux ou laïcs.

¹ Voir Frédéric Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801 par Jean-Etienne-Marie Portalis*, Paris, Joubert, 1845.

² Citée par Auguste Rivet, « Les processions et les cérémonies extérieures du culte au point de vue légal », *R.C.I.D.*, 1896, p 153-174, p 156.

³ Citée par Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Le jeu concordataire dans la France du XIXe siècle. Le Clergé devant le Conseil d'Etat*, PUF, 1988, p 238.

circonscription protestante s'intégrant naturellement dans la notion de temple au sens de l'article 45 des Organiques¹.

Une circulaire du ministre des cultes du 13 juin 1882 met fin à la tradition du XIXe siècle². Elle indique que le mot *temple* doit être compris comme faisant référence au *bâtiment du culte* et non à la circonscription ou à la réunion de fidèles. Le gouvernement républicain n'adopte pas cette nouvelle interprétation au hasard. En effet, alors que les consistoires et paroisses protestantes sont en nombre relativement restreint, la France compte de nombreux lieux de cultes protestants, comme les églises de commodité dans des communes dépourvues de consistoire ou de paroisse. En visant les bâtiments du culte, la circulaire étend donc fortement le champ de l'interdiction des cérémonies religieuses et instrumentalise le droit au service de la politique anticléricale des gouvernements républicains.

Dans un décret d'abus du 27 juillet 1882, le Conseil d'Etat confirme la position gouvernementale en interprétant le terme de temple dans le sens d'édifice consacré au culte³. En conséquence, le pouvoir d'interdiction des maires s'en trouve renforcé, et l'éventualité d'un contrôle de la réalité des menaces à l'ordre public invoqué par les arrêtés de police des cultes est écartée dans un nombre croissant d'hypothèses.

564. Si l'article 45 des Organiques crée une présomption législative de trouble à l'ordre public neutralisant le contrôle du fait, les mesures prises sur le fondement du pouvoir de police municipale laissent place *a priori* à un contrôle des motifs de fait. Mais dans l'immense majorité des décisions d'abus rendues de 1880 à 1905, la motivation des décrets ne révèle aucun contrôle du fait. La plupart du temps, le Conseil d'Etat déduit la légalité des arrêtés de police des maires de la simple constatation de l'existence de la compétence de police. C'est dire que le juge de l'abus ne vérifie pas la réalité des menaces à l'ordre public invoquées par l'autorité de police, laissant à cette dernière un large pouvoir discrétionnaire. Nous allons pouvoir le constater en examinant la pratique du contrôle du fait dans la jurisprudence relative aux différents types de cérémonies religieuses.

¹ A ce propos, voir Maurice Hauriou, *S.*, 1896, III, p 7 ; et Lucien Crouzil, *La publicité du culte catholique*, Paris, 1904, p 12 et s.

² Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Le jeu concordataire dans la France du XIXe siècle. Le Clergé devant le Conseil d'Etat*, PUF, 1988, p 238 et s.

³ CE, 27 juillet 1882, *41 habitants de Rouen c/ maire de Rouen*, *Rec.*, p 1092 : « Considérant que dans la lettre comme dans l'esprit de la loi, le mot temple s'entend de l'édifice consacré au culte et non d'une église ou agrégation de fidèles » ; voir aussi CE, 3 mars 1894, *Abbé Iteney c/ maire de Saint-Denis*, *S.*, 1896, III, p 7. La Cour de cassation ne consacre pas l'interprétation de la circulaire du 13 juin 1882. Dans un arrêt qui la précède de quelques semaines, elle reprend l'interprétation traditionnelle, qu'elle n'abandonnera pas par la suite, voir Cass. crim., 26 mai 1882, *George*, *S.*, 1883, I, p 388.

II. – Les processions.

565. Pendant la République concordataire, le Conseil d'Etat a toujours jugé légaux les arrêtés municipaux d'interdiction ou de réglementation des processions¹, sans exercer de contrôle sur les motifs de fait des décisions administratives. C'est le cas quand le maire se fonde sur l'article 45 des Organiques. Dans cette hypothèse, le législateur a posé une présomption de trouble à l'ordre public qui limite le contrôle du juge de l'abus à la question de la qualification juridique des faits au regard de la notion de temple. La réalité des menaces à l'ordre public suscitées par les processions n'est jamais contrôlée. Aussi, dans plusieurs décrets d'abus concernant des arrêtés interdisant les processions, le Conseil d'Etat se borne à poser la règle de l'article 45, telle qu'il l'a interprétée en 1882, puis à constater l'existence d'un temple protestant dans la commune, pour conclure enfin à la légalité des arrêtés attaqués².

566. Dans le même sens, le Conseil d'Etat n'exerce aucun contrôle des motifs de fait à l'égard des arrêtés fondés sur les pouvoirs de police générale de la circulation et de la tranquillité publique. La rédaction des décrets d'abus le montre clairement. Au début des années 1880, le Conseil d'Etat se borne parfois à raisonner par voie d'affirmation. Une décision du 16 février 1883 portant sur un arrêté interdisant la procession de la Fête-Dieu énonce ainsi : « *Que les maires ont le droit de défendre les processions extérieures partout où l'exigent la sécurité publique ou les besoins de la circulation ; qu'en interdisant la procession de la Fête-Dieu, le maire d'Eccica-Suarella n'a eu d'autre but que de prévenir des désordres* »³. Dans cette affaire, le contrôle de la légalité interne se

¹ Contrairement à la Cour de cassation, le juge administratif n'a jamais donné de véritable définition de la notion de procession. C'est que la nature de son contrôle ne la rend pas nécessaire, alors que l'examen de la Cour de cassation, lorsqu'elle se prononce sur des exceptions d'illégalité fondées sur l'article 471§15 du Code pénal de 1810, consiste principalement à délimiter le champ d'application matérielle des arrêtés de police argués d'illégalité. Ceci étant dit, les juristes catholiques définissent la procession par la réunion de trois conditions : une marche ordonnée des fidèles et du clergé, avec le ministre du culte en tête portant les insignes sacrées, suivie de suisses, bedeaux et enfants de chœurs ; les ministres du cultes sont revêtus de leurs habits sacerdotaux ; la croix est portée en tête du cortège ; les fidèles récitent des chants et des prières (voir surtout Andrée Fossier, *Les manifestations cultuelles sur les voies publiques en France*, Thèse, Paris, 1927, p 71 ; et Lucien Cruzil, *La publicité du culte catholique*, Paris, 1904, p 31). Quant à la Cour de cassation, elle retient généralement des critères plus compréhensifs : un cortège ordonné, une participation des ministres du culte, un but religieux révélé notamment par le port d'emblèmes et de signes religieux ou des chants et prières. Sur ces critères, qui ne sont pas toujours aussi clairement énoncés par la Cour de cassation, voir par exemple : Cass. crim., 11 août 1881, *Laffitte*, S., 1883, I, p 388 ; Cass. crim., 26 mai 1882, *Hiou*, S., 1883, I, p 391 ; Cass. crim., 1^{er} décembre 1899, *Laborde*, S., 1902, I, p 303 ; Cass. crim., 12 février 1897, *Moussset, Gleron et autres*, S., 1898, I, p 249 ; Cass. crim., 20 janvier 1888, *Deleuze*, S., 1888, I, p 141 ; Cass. crim., 17 juin 1903, *Galleron, Mangin, Aufran*, S., 1906, I, p 157 ; Cass. crim., 28 octobre 1911, *Nembrard*, R.G.A., 1912, II, p 317.

² CE, 27 juillet 1882, *41 habitants de Rouen c/ maire de Rouen*, Rec., p 1092 ; CE, 24 juillet 1885, *Abbé Arnoult, curé de Castillon c/ le maire de ladite commune*, Rec., p 1025 ; CE, 6 février 1896, *Abbé Rambaud, curé de Saint-Pierre-de-Tonniers*, Rec., p 914 ; CE, 10 janvier 1897, *Sieur de Finance et autres c/ le maire de Moulins*, Rec., p 861 ; CE, 23 juillet 1898, *Abbé Valeron et autres c/ le maire de Poitiers*, Rec., p 870.

³ CE, 16 février 1883, *Sieur Poggi et consorts c/ le maire d'Eccica-Suarella*, Rec., p 990.

limite donc au contrôle du but poursuivi par le maire, ce qui relève du détournement de pouvoir ou de l'erreur de droit. Dans la jurisprudence postérieure, la motivation des décrets est plus développée mais n'en révèle pas moins l'absence d'un véritable contrôle des motifs de fait. Le raisonnement du Conseil d'Etat consiste à affirmer la coexistence de la compétence de police générale des maires et de la compétence d'interdiction tirée de l'article 45 des Organiques, puis à en tirer comme conséquence la légalité des mesures d'interdiction ou de réglementation des processions prises sur le fondement de la police municipale. Le lien de causalité entre l'affirmation de la compétence de police et la légalité des arrêtés de police ressort des conjonctions employées par le Conseil d'Etat dans ses décisions. Par exemple, dans un décret du 6 février 1896, le juge de l'abus rejette un recours dans les termes suivants : « *Considérant qu'en prenant, à la date du 11 août 1882, un arrêté interdisant pour cette année la procession du 15 août, et portant en outre qu'il en serait de même, jusqu'à nouvel ordre, pour toutes les autres processions, le maire de Bressuire a agi dans la limite des attributions de police qui lui sont conférées par la loi ; – qu'en effet, si l'article 45 de la loi du 18 germinal an 10 autorise implicitement les processions publiques dans les communes où il n'existe pas de temple affecté à un autre culte, cette disposition ne fait pas obstacle aux mesures que les maires croient devoir prendre dans l'intérêt de la circulation ou pour prévenir des désordres ; que le droit de police de l'administration a été expressément réservé par l'article 1^{er} de la convention du 26 messidor an 9, qui a admis la publicité du culte catholique ; qu'il suit de là que l'arrêté du 11 août 1882, pris dans le but de prévenir des désordres, n'a porté aucune atteinte à l'exercice public du culte catholique tel qu'il a été autorisé en France, ni à la liberté que les lois et règlements garantissent aux ministres dudit culte* »¹. La structure du contrôle se compose donc de trois étapes : d'abord, le Conseil d'Etat affirme la compétence du maire pour réglementer les cérémonies du culte en dehors du cadre de l'article 45 des Organiques ; ensuite, le décret expose le résultat du contrôle du but poursuivi par l'autorité de police effectué par le Conseil d'Etat (« *l'arrêté du 11 août 1882, pris dans le but de prévenir des désordres* »). Enfin, le décret déduit la légalité de l'arrêté de police des deux étapes précédentes (« *qu'il suit de là ...* »). Dès lors, le juge de l'abus ne met en œuvre aucun contrôle du fait, que ce soit du point de vue de la matérialité ou de la qualification juridique².

¹ CE, 6 février 1896, *Abbé Charbonneau, curé de Bressuire, Rec.*, p 913.

² Pour des rédactions identiques ou similaires : CE, 17 août 1880, *Commissaire de police du canton des Ponts-de-Cé et préfet de Maine-et-Loire c/ Pineau, desservant de Saint-Mélaines, Rec.*, p 1098 ; CE, 17 août 1880, *Préfet de Maine-et-Loire c/ Hummeau, desservant de Chigné, Rec.*, p 1100 ; CE, 17 août 1880, *Préfet de l'Allier c/ le sieur Ogerdias, curé de Souvigny, Rec.*, p 1100 ; CE, 27 février 1896, *Abbé Lafarge, desservant de Chantenay-Saint-Imbert, Rec.*, p 915 ; CE, 7 août 1896, *Abbé Berteaux et autres curés de Roubaix et de Lille, et Mgr l'archevêque de Cambrai, Rec.*, p 915 ; CE, 10 janvier 1897, *L'abbé Moeris c/ le maire de Provins, Rec.*, p 863 ; CE, 24 mars 1897, *L'abbé Bailly c/ le maire de Douzy, Rec.*, p 863 ; CE, 22 mai 1897, *Abbé Verrière et*

567. Ce raisonnement s'applique non seulement aux arrêtés qui portent sur des processions au sens strict, mais aussi aux mesures qui visent les manifestations extérieures du culte d'une manière générale¹. De même, le contrôle du Conseil d'Etat est identique sur les arrêtés qui réglementent la sortie des fanfares, notamment à l'occasion des processions ; il conduit toujours à la confirmation des décisions attaquées².

III. – Les convois funèbres et le port du viatique.

568. Comme les processions, les convois funèbres peuvent être réglementés selon deux modalités. D'une part, l'article 18 du décret du 28 prairial an XII soumet les convois funèbres aux règles de l'article 45 des Organiques. L'article 18 dispose en effet : « *Les cérémonies précédemment usitées pour les convois suivant les différents cultes seront rétablies et il sera libre aux familles d'en régler la dépense selon leurs moyens ou facultés, mais hors de l'enceinte des églises et des lieux de sépulture, les cérémonies religieuses ne seront permises que dans les communes où l'on ne professe qu'un seul culte, conformément à l'article 45 de la loi du 18 germinal an X.* ». D'autre part, les défilés funèbres sont soumis à la police municipale.

569. Contrairement aux processions, les convois funèbres semblent bénéficier d'une sollicitude plus grande du Conseil d'Etat, qui entend protéger les traditions funéraires des populations. Aussi, les rares annulations prononcées par le juge de l'abus concernent-elles en majorité la matière des enterrements. Lesdites annulations révèlent la mise en œuvre par le Conseil d'Etat d'un contrôle des

autres c/ le maire de Condrieu, Rec., p 863 ; CE, 30 novembre 1903, *Abbé Clément C/ maire de Saint-Roman-de-Malegarge, Rec.*, p 855 ;

¹ Par exemple : CE, 10 janvier 1897, *L'abbé Caudron c/ le maire de Grez-sur-Loing, Rec.*, p 862.

² Par exemple : CE, 9 juillet 1881, *Préfet du Var c/ sieur Maunier, Rec.*, p 1060 : « *Considérant que le maire de Saint-Zacharie, en prenant un arrêté portant défense aux musiques locales de jouer dans les rues et dans les établissements publics sans autorisation préalable, est resté dans la limite des pouvoirs qu'il tient de la loi ; que le droit de police de l'administration a été expressément réservé par l'article 1^{er} de la convention du 26 messidor an 9, qui a admis la publicité du culte catholique ; qu'il suit de là que l'arrêté du maire de Saint-Zacharie, légalement pris et régulièrement approuvé, n'a porté aucune atteinte à l'exercice du culte catholique, tel qu'il a été autorisé en France, ni à la liberté que les lois et règlements garantissent aux ministres dudit culte* » ; et CE, 26 janvier 1880, *Durruty et consorts c/ le maire d'Hendaye, Rec.*, p 1097 ; CE, 30 janvier 1887, *Le préfet du Var c/ le maire de la Garde-Freinet, Rec.*, p 894.

motifs plus poussé, ce contrôle se limitant parfois aux motifs de droit des arrêtés municipaux, mais s'étendant dans deux cas aux motifs de fait.

Souvent, le juge se borne à vérifier que l'autorité de police a bien poursuivi un but d'ordre public, puis conclut à la légalité de la décision attaquée. C'est le cas dans l'hypothèse d'un arrêté qui fixe les conditions du trajet des convois funèbres dans la commune : « *Considérant qu'en prenant l'arrêté ci-dessus visé le maire de Saint-Geoirs a agi dans la limite des attributions qui lui sont conférées par la loi ; qu'en effet, si l'article 45 de la loi du 18 germinal an 10 autorise implicitement les cérémonies extérieures du culte pour les inhumations, cette disposition ne fait pas obstacle aux mesures que les maires croient devoir prendre pour assurer le maintien du bon ordre et la circulation sur la voie publique durant la marche des convois funèbres ; [...]* Qu'ainsi l'arrêté susvisé n'a porté atteinte ni à l'exercice public du culte catholique tel qu'il est autorisé en France, ni à la liberté que les lois et règlements garantissent à ses ministres »¹. Dans plusieurs affaires relatives à des arrêtés interdisant les chants et le port des habits sacerdotaux sur la voie publique à l'occasion des convois funèbres, le Conseil d'Etat s'en réfère aux *résultats de l'instruction* pour conclure à l'absence d'erreur de droit ou de détournement de pouvoir², ce qui traduit semble-t-il un contrôle plus poussé qu'en matière de processions.

570. Mais dans deux affaires qui conduisent à une déclaration d'abus à l'encontre des arrêtés attaqués, la Haute Assemblée laisse transparaître un certain contrôle des faits dans la motivation des décrets d'abus. Dans une décision du 9 février 1904, le contrôle des motifs de fait est très implicite. Le Conseil d'Etat déclare abusive une disposition d'un arrêté municipal en ces termes : « *En ce qui concerne l'article 3, aux termes duquel le clergé requis d'accompagner un convoi funèbre ne peut effectuer le trajet de la maison mortuaire à l'église et de l'église au cimetière, revêtu d'ornements sacerdotaux, ni se faire précéder d'insignes et emblèmes religieux quelconques : – Considérant que si l'article 18 du décret du 23 prairial an XII autorise implicitement, en conformité de l'article 45 de la loi du 18 germinal an X, les cérémonies du culte extérieur pour les inhumations, il ne fait pas obstacle à l'exercice des pouvoirs de police conférés à l'autorité municipale par la loi du 5 avril 1884 ; Mais considérant que la disposition incriminée ne vise pas seulement, dans un intérêt de police, les manifestations religieuses sur la voie publique, à l'occasion des enterrements, et la sortie processionnelle du clergé ; qu'elle s'étend encore aux insignes et emblèmes religieux et peut, dans*

¹ CE, 28 juillet 1895, *Saint-Geoirs*, Rec., p 895. Voir aussi CE, 10 juin 1901, *Abbé Marchand c/ maire de Delle*, Rec., p 971.

² CE, 20 février 1904, *Abbé Pierrard, desservant de l'église de Château-Regnault-Bogny c/ un arrêté du maire de cette commune*, Rec., p 895 ; CE, 29 février 1904, *Abbés Gilmer et autres c/ un arrêté du maire de Nouzon*, Rec., p 895.

les conditions où elle en défend l'exhibition, avoir pour effet d'empêcher le transport ostensible du matériel du culte hors de l'église, et par suite, l'accomplissement des cérémonies de la religion catholique au cimetière »¹. Dans cette espèce, la rédaction du décret ne permet pas de conclure avec certitude à la mise en œuvre d'un contrôle de la qualification juridique des faits, mais suggère en revanche l'examen par le Conseil d'Etat du contexte factuel de la décision attaquée pour statuer sur sa légalité.

Dans un décret du 14 août 1903, le contrôle des motifs de fait apparaît plus clairement : « *En ce qui concerne les articles 3 et 4 prohibant l'usage des instruments de musique, les chants et insignes religieux et le port des ornements sacerdotaux dans les convois funèbres : – Considérant qu'il résulte de l'instruction et des rapports ci-dessus visés "qu'aucune manifestation hostile ne s'est jamais produite à Denain pendant les enterrements, et que les prohibitions édictées à cet égard blessent inutilement la population" ; que, dans ces circonstances, l'intérêt de la sécurité publique n'étant pas en jeu, le maire de Denain ne pouvait, pour prohiber les cérémonies dont il s'agit, fonder son arrêté d'interdiction sur les dispositions de l'article 97 précité* »². Ici, le contrôle de la réalité des menaces à l'ordre public invoquée par l'autorité de police ressort nettement de la motivation du décret.

571. Le contrôle du fait n'a donc pas été totalement absent de la jurisprudence d'abus en matière de police des cultes, mais il ne faut pas se tromper sur la portée des rares décisions qui viennent d'être rapportées. En effet, les deux décrets évoqués apparaissent largement comme des exceptions au sein d'une jurisprudence largement défavorable aux manifestations du culte catholique, qui se manifeste par le faible nombre d'annulations prononcées et par l'absence d'un réel contrôle des motifs de fait des arrêtés de police au regard de la notion d'ordre public.

Comme l'explique Brigitte Basdevant-Gaudemet, les déclarations d'abus favorables aux catholiques sont souvent le fruit d'un contexte politique et institutionnel propice. Ainsi, dans l'affaire qui est à l'origine du décret du 14 août 1903, le préfet s'était exceptionnellement désolidarisé du maire en admettant devant le Conseil d'Etat que la réglementation des convois funèbres n'était fondée sur aucune menace réelle à l'ordre public³. Critiqué par les catholiques et ayant perdu le soutien de l'administration centrale, l'arrêté municipal s'en trouvait fortement fragilisé devant le Conseil d'Etat qui n'a éprouvé aucune hésitation pour le déclarer abusif. Mais ce

¹ CE, 9 février 1904, *Abbés Poirier, curé de Bonny, et Berthier, vicaire c/ un arrêté du maire de Bonny*, Rec., p 896.

² CE, 14 août 1903, *MM. Jourdain, Tison et autres c/ maire de Denain*, Rec., p 854.

³ Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Le jeu concordataire dans la France du XIXe siècle. Le clergé devant le Conseil d'Etat*, PUF, 1988, p 257.

contexte institutionnel est peu fréquent. Aussi, le contrôle des motifs de fait mis en œuvre par le Conseil d'Etat n'est pas systématique et ne s'inscrit pas dans une *politique jurisprudentielle* cohérente et pérenne. La variation du contrôle relève plutôt d'une *jurisprudence politique*, plus ou moins favorable aux catholiques en fonction de critères d'équité ou de facteurs purement politiques.

572. Contrairement au domaine des convois funèbres, la jurisprudence sur le port du viatique ne laisse apparaître aucune percée vers le contrôle des motifs de fait. D'abord, il faut noter que le simple port du viatique n'est pas considéré par le Conseil d'Etat comme une manifestation extérieure du culte et, à ce titre, n'est pas susceptible d'être interdit ou réglementé, que ce soit sur le fondement de l'article 45 des Organiques ou de la police municipale¹.

En revanche, si le port du viatique s'accompagne d'un cortège processionnel ou d'un quelconque cérémonial extérieur, il rentre dans le champ des pouvoirs de police du maire. En conséquence, le port du viatique effectué processionnellement peut être interdit soit sur le fondement de l'article 45 des Organiques², soit au titre de la police municipale de la sécurité et de la tranquillité publiques³. Dans les deux cas, le Conseil d'Etat se limite, comme en matière de processions, à un contrôle de l'erreur de droit ou du détournement de pouvoir mais n'examine pas les motifs de fait fondant la décision au regard de la notion d'ordre public.

Cette jurisprudence a conduit à une annulation, dans un décret du 13 août 1895⁴. L'arrêté attaqué avait interdit « *le transport du viatique à domicile par un prêtre revêtu d'habits sacerdotaux et précédé d'un porteur de lanterne agitant une sonnette* », au motif que le port du viatique aux malades « *a pour grave inconvénient d'effrayer les habitants qui se rendent compte de l'importance de la mortalité par cette cérémonie religieuse extérieure* ». Devant le caractère manifestement fantaisiste de la justification du maire, le Conseil d'Etat sanctionne l'erreur de droit de l'arrêté, jugeant le motif invoqué « *étranger à l'application de l'article 45 de la loi du 18 germinal an 10* ».

B. – *Les emblèmes et signes religieux.*

¹ CE, 17 août 1886, *Préfet de Loire-et-Cher c/ desservant de Lunay, Rec.*, p 951 : « *Considérant que l'arrêté par lequel le maire de Lunay, en vertu des pouvoirs de police qui lui ont été conférés par la loi, a interdit toute manifestation extérieure du culte sur la voie publique, n'a pas visé, dans les termes où il a été pris, le fait par le desservant de porter, sans autre cérémonial extérieur, le viatique à un mourant* ».

² CE, 13 août 1895, *Abbé Liénard, Rec.*, p 895.

³ CE, 14 août 1903, *MM. Jourdain, Tison et autres c/ maire de Denain, Rec.*, p 854 ; CE, 9 février 1904, *Abbés Poirier, curé de Bonny, et Berthier, vicaire c/ un arrêté du maire de Bonny, Rec.*, p 896.

⁴ CE, 13 août 1895, *Abbé Lesage, Berteaux et autres, à Roubaix, Rec.*, p 896.

573. Le juge de l'abus a eu à connaître de plusieurs décisions prohibant le port et l'exhibition des drapeaux et emblèmes sur la voie publique. Par la généralité de leurs termes, ces décisions faisaient obstacle à certaines cérémonies du culte impliquant des emblèmes religieux. Dans la plupart des décrets d'abus suscités par ces affaires, le Conseil d'Etat a confirmé la légalité des arrêtés d'interdiction à l'issue d'un contrôle n'impliquant aucun examen des motifs de fait.

574. Par exemple, dans un décret du 25 février 1903, le juge de l'abus statue sur un arrêté préfectoral au champ d'application particulièrement large, interdisant « *dans le département, soit sur la voie publique, soit dans les édifices, emplacements et locaux librement ouverts au public, l'exhibition et le port de drapeaux, sous la réserve que cette prohibition n'atteindrait pas les drapeaux aux couleurs nationales française ou étrangères et ceux servant d'insignes aux sociétés autorisées ou approuvées* »¹. Par la généralité de ses termes, l'arrêté interdit donc le port et l'exhibition des emblèmes religieux à l'intérieur des églises, qui sont des édifices ouverts au public, ou encore dans les cafés et commerces. Pourtant, le Conseil d'Etat se contente d'affirmer la compétence de police du préfet, pour en déduire, sans contrôle du fait, la légalité de la décision : « *que l'article 97 range expressément les églises parmi les lieux publics dans lesquels l'autorité administrative est chargée d'assurer le maintien du bon ordre ; qu'il suit de là que l'arrêté du 19 février 1894 n'a porté aucune atteinte à l'exercice du culte catholique, tel qu'il est autorisé en France, ni à la liberté que les lois et règlements garantissent à ses ministres* »².

575. Dans une décision isolée, le Conseil d'Etat déclare l'abus d'un arrêté prohibant l'exhibition sur la voie publique d'emblèmes servant aux différents cultes³. Mais dans cette affaire, la solution semble circonstancielle et toute d'équité. En ce sens, le conseiller d'Etat Ch. Roussel⁴ rapporte que l'arrêté attaqué du maire de Saint-Denis a été pris sous la pression du conseil municipal et à la suite d'affrontements politiques et religieux qui se sont étalés sur la scène politique de la commune. Par un décret d'abus pédagogique, le Conseil d'Etat a sans doute voulu moraliser le comportement des élus locaux, dont l'anticléricisme s'était fait trop outrancier.

¹ CE, 25 mars 1903, *MM. Fusier, curé de Morez et Victor et Henri Tournier c/ préfet du Jura, Rec.*, p 853.

² CE, 25 mars 1903, *MM. Fusier, curé de Morez et Victor et Henri Tournier c/ préfet du Jura, Rec.*, p 853 ; voir pour des expèces analogues : CE, 21 février 1902, *Demoiselle Robin c/ préfet de la Haute-Vienne, Rec.*, p 812 ; CE, 21 février 1902, *M. Lecoq-Maisonneuve, curé de Ploëuc c/ le préfet des Côtes-du-Nord, Rec.*, p 813 ; CE, 23 juillet 1898, *Abbé Valeron et autres c/ le maire de Poitiers, Rec.*, p 870. La Cour de cassation se prononce dans le même sens : Cass. crim., 23 janvier 1896, *Monot, S.*, 1898, I, p 297, rapport Dupré, note Edmond Villey.

³ CE, 3 mars 1894, *Abbé Iteney c/ maire de Saint-Denis, Rec.*, p 754.

⁴ C. Roussel, « Un récent appel comme d'abus », *R.D.P.*, 1894, p 243-256.

C. – *Les sonneries de cloches.*

576. Terminons par la question des sonneries de cloches. Elle n'apporte pas d'enseignements sur la nature du contrôle juridictionnel dans le cadre de la jurisprudence d'abus, car elle n'a donné lieu qu'à très peu de litiges avant 1905. Les sonneries de cloches ont été réglementées en trois étapes au XIXe siècle. Dans un premier temps, l'article 48 des Articles Organiques dispose que « *l'évêque se concertera avec le Préfet pour régler la manière d'appeler les fidèles au service divin par le son des cloches. On ne pourra les sonner pour toute autre cause sans la permission de la police locale.* ». Plus tard, le Conseil d'Etat précise les droits de l'autorité civile et du pouvoir spirituel par un avis du 17 juin 1840. La Haute Assemblée y indique que : « *Les cloches des églises sont spécialement affectées aux cérémonies de la religion catholique, d'où il suit qu'on ne peut en exiger l'emploi pour les célébrations concernant les personnes étrangères au culte catholique, ni pour l'enterrement de celles à qui les prières de l'église auraient été refusées en vertu des règles canoniques. Mais, dans le cas de péril commun qui exige un prompt secours ou dans des circonstances pour lesquelles des dispositions de lois ou de règlements ordonnent des sonneries, les curés et desservants doivent obtempérer aux réquisitions du Maire et, en cas de refus, le Maire peut faire sonner les cloches de son autorité propre.* »¹. Enfin, ces règles sont consacrées par la loi municipale du 5 avril 1884, à l'article 100 : « *Les cloches des églises sont spécialement affectées aux cérémonies du culte. Néanmoins elles peuvent être employées dans les cas de péril commun qui exige un prompt secours et dans les circonstances où cet emploi est prescrit par les dispositions de lois ou de règlements ou autorisé par les usages locaux. / Les sonneries religieuses, comme les sonneries civiles, feront l'objet d'un règlement concerté entre l'évêque et le préfet et les consistoires, et arrêté, en cas de désaccord, par le ministre des cultes.* ».

577. En prévoyant la concertation entre le préfet et l'évêque pour organiser les sonneries religieuses et civiles, l'article 100 de la loi du 5 avril 1884 favorise la prévention des conflits entre les autorités civiles et religieuses. C'est pourquoi les litiges qui ont lieu pendant la République concordataire n'aboutissent que très rarement devant le juge de l'abus ou le juge judiciaire². Qui plus est, la Cour de cassation considère que, compte tenu de leurs auteurs, les arrêtés réglementant les sonneries ne

¹ Reproduit par Paul Richard, *La liberté des cultes et les pouvoirs de police des maires sous le régime de la Séparation*, Thèse, Caen, 1913, p 78.

² Voir Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Le jeu concordataire dans la France du XIXe siècle. Le Clergé devant le Conseil d'Etat*, PUF, 1988, p 251 et s.

peuvent être sanctionnés par l'article 471§15 du Code pénal de 1810¹. Ceci dit, quelques arrêtés municipaux pris incompétemment sont annulés par le juge de l'excès de pouvoir².

Nous allons constater plus loin que la rareté de la jurisprudence concordataire en matière de sonneries de cloches contraste avec l'abondance des arrêts rendus par le Conseil d'Etat après la Séparation. Outre son importance numérique, cette jurisprudence de Séparation est surtout essentielle pour sa contribution aux progrès du contrôle juridictionnel des motifs de fait de l'acte administratif.

§ 2. – La jurisprudence de Séparation : la généralisation du contrôle du fait et la clarification du raisonnement juridictionnel.

578. Par rapport à la jurisprudence concordataire, la jurisprudence postérieure à la Séparation consacre un net progrès du contrôle des motifs. Les avancées sont de deux ordres.

D'abord, le contrôle des motifs est plus approfondi en ce que, dorénavant, le juge administratif vérifie la réalité des motifs de fait invoqués par l'autorité de police et l'adéquation ou la nécessité des mesures prises compte tenu des risques pour l'ordre public. Sur ce point, l'intensification du contrôle des motifs de fait est en grande partie la conséquence de la reconnaissance et de la forte valorisation de la liberté des cultes par le législateur. Une partie de la doctrine de l'époque a d'ailleurs bien identifié ce lien entre le contrôle du fait et l'implication d'une liberté publique protégée et organisée. C'est le cas de Maurice Hauriou ; commentant les premiers arrêts relatifs aux enterrements et aux sonneries de cloches, il écrit : *« Assurément, quoique préparées de longue main par la jurisprudence antérieure, qui, suivant l'habitude immuable du Conseil d'Etat, a investi tous les alentours de la place avant de faire le siège de la citadelle et de l'emporter d'assaut, nos décisions sont dûes à la loi du 9 décembre 1905. Sans ce fait nouveau, il est probable que les progrès eussent été plus lents ; mais la loi de séparation des Eglises et de*

¹ Cass. crim., 13 mai 1887, *S.*, 1887, I, p 336 ; Cass. crim., 17 juillet 1902, *Jourdet, D.P.*, 1903, I, p 225.

² Par exemple : CE, 8 août 1882, *Pergod, curé de Samoëns et évêque d'Annecy, Rec.*, p 789. Si les requérants avaient invoqué non pas l'incompétence mais la violation de la liberté du culte, le litige aurait dû être porté devant le juge de l'abus.

l'Etat, dans son article 1^{er}, a fondé la liberté des cultes ; elle a été confirmée sur ce point par l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907, votée après l'échec des associations cultuelles : liberté des cultes, séparation, cela entraîne comme conséquence logique la condamnation d'un certain anticléricalisme, qui donnait jadis à certaines entreprises arbitraires de la police les allures d'une défense de la société civile./ Désormais la société civile ne se sent plus menacée ; elle veut, au contraire, la paix religieuse, et la nouvelle formule est que "l'exercice de la police doit être concilié avec le respect de la liberté des cultes" [...] Maintenant que le Conseil d'Etat a pris le parti de vérifier en fait l'exactitude des motifs des arrêtés de police tirés des prétendus dangers que court la tranquillité publique, le voilà engagé à aller jusqu'au bout de cette œuvre d'assainissement de la police municipale. »¹. En 1914, Joseph Barthélémy tire des conclusions analogues de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de police des cultes : « Il ne suffit pas qu'il [le maire] invoque les intérêts de la tranquillité publique, car le Conseil d'Etat va se demander si la tranquillité publique exigeait véritablement telle mesure restrictive de la liberté. Dans cet examen, le Conseil d'Etat tiendra compte de toutes les circonstances de fait et de lieu. [...]. La Cour de cassation part de l'idée antilibérale : le maire a le droit de réglementer, donc le contrevenant doit être puni. Le Conseil d'Etat part du principe libéral : le culte est libre. Toute restriction qui n'est pas nécessaire est par là même illégale. Le Conseil d'Etat apprécie si le maire n'a pas commis un abus du droit. »².

Ensuite, les techniques de contrôle juridictionnel progressent par rapport à la fin du XIXe siècle dans la mesure où les différentes étapes du raisonnement du juge sur les motifs sont fixées et clarifiées. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat se demande si les motifs invoqués font partie de ceux qui sont prévus par la loi du 5 avril 1884. Cela implique le contrôle du détournement de pouvoir, qui permet de sanctionner les buts illicites poursuivis par l'autorité de police, et le contrôle plus objectif de l'erreur de droit, qui permet notamment de sanctionner la fausse interprétation de la loi. Dans un second temps, le juge de l'excès de pouvoir se penche sur les motifs de fait. Il se demande alors s'ils sont de nature, compte tenu des circonstances qu'il constate, à caractériser un trouble à l'ordre public. Enfin, il vérifie la proportionnalité ou la nécessité des mesures prises par rapport à l'ampleur de la menace à l'ordre public, si l'existence de cette menace est établie.

Pour saisir les manifestations variables et nuancées de ce raisonnement, les différents secteurs de la jurisprudence seront abordés. Il s'agit des manifestations religieuses sur la voie publique (A.), des emblèmes et signes religieux (B.) puis des sonneries de cloches (C.).

¹ Note Hauriou, S., 1909, III, p 1.

² Joseph Barthélémy, « Les rapports entre l'Etat français et l'Eglise catholique depuis la séparation », *Jahrbuch des Offentlichen Rechts*, Band VIII, Tubingen, 1914, p 283-315, p 295.

A. – *Les manifestations religieuses sur la voie publique.*

Les manifestations extérieures du culte comprennent les processions (I.), les convois funèbres et le port du viatique (II.).

I. – Les processions.

579. La jurisprudence sur les processions illustre le fait que les progrès enregistrés par le contrôle des motifs après la Séparation n'ont pas tous été immédiats et spectaculaires. Si, au lendemain de la loi de 1905, le Conseil d'Etat affirme avec force sa volonté de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'autorité de police s'agissant des convois funèbres et du port du viatique, il perpétue en revanche la jurisprudence d'abus à l'égard des processions, en refusant d'examiner les motifs de faits des mesures de police. Toutefois, cet immobilisme n'a qu'un temps, car à partir de 1914-1915, le Conseil d'Etat développe progressivement le contrôle du fait en matière de processions, rattrapant ainsi, au milieu des années 1920, les avancées consacrées à l'égard des autres manifestations extérieures du culte.

580. Pendant les dix premières années de la Séparation, la position initiale du juge administratif consiste à refuser tout contrôle des motifs sur les règlements municipaux touchant les processions, manifestations et cortèges religieux sur la voie publique. Les arrêts se bornent ainsi à affirmer la compétence du maire pour régler les processions, les cortèges ou les manifestations extérieures du culte, puis en déduisent la légalité de l'interdiction décidée par la décision attaquée¹.

La justification du pouvoir discrétionnaire ainsi accordé à l'autorité de police est clairement exprimée par les commissaires du gouvernement. Si le Conseil d'Etat doit s'abstenir d'examiner les circonstances locales pour statuer sur la légalité des arrêtés de police, c'est que, explique Chardenet à l'occasion de l'affaire *Abbé Olivier et autres c/ maire de Sens*, les processions sont par nature génératrices de troubles : « *Les processions, cortèges, manifestations ou cérémonies religieuses déterminent toujours un rassemblement plus ou moins considérable de personnes, et dans l'intérêt du bon ordre, il peut être utile de les interdire, surtout dans un commune importante comme l'est la*

¹ CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres c/ maire de Sens*, D.P., 1910, III, p 123 ; CE, 19 novembre 1909, *Georget et Héroux*, Rec., p 887 ; CE, 10 mars 1911, *Abbé Delméjà*, Rec., p 286 ; CE, 8 avril 1911, *Gaston David*, Rec., p 460 ; CE, 15 décembre 1911, *De la Celle et autres*, Rec., p 1200.

ville de Sens. »¹. Corneille reprend le même argument en 1911² et 1917³ et précise que contrairement aux autres manifestations extérieures du culte, les processions se caractérisent par une présomption *juris et de jure* de trouble à l'ordre public, qui fait obstacle au contrôle des motifs. Le contexte politique et social a sans doute fortement déterminé la position du Conseil d'Etat : au cœur des luttes religieuses qui marquent le début du XXe siècle, la procession apparaît comme le théâtre par excellence des affrontements entre catholiques et anticléricaux. Devant la difficulté de la tâche qui se présente à la police municipale, le Conseil d'Etat a voulu laisser à cette dernière une marge de manœuvre importante en exerçant un contrôle peu intense sur les motifs des arrêtés d'interdiction ; c'était faire revivre un des arguments développés par Aristide Briand lors de la discussion de l'article 27 de la loi de 1905⁴.

581. La limitation du contrôle porte sur les motifs de fait, le juge s'interdisant de vérifier la réalité des menaces à l'ordre public invoquées par l'autorité de police pour interdire les processions et autres cortèges religieux. Néanmoins, la rédaction d'un arrêt du 5 août 1908⁵ laisse place au doute sur l'absence de contrôle du fait. Dans cette espèce, le Conseil d'Etat rejette une requête dirigée contre un arrêté d'interdiction des processions après avoir mentionné un avis du conseil municipal de la commune concernée faisant état de désordres générés par les processions des années précédentes. Il est donc permis de conclure de cette motivation que le juge administratif a vérifié la réalité des troubles à l'ordre public justifiant l'interdiction avant de rejeter la requête. Mais cet arrêt est isolé dans la jurisprudence et, à l'occasion d'une affaire postérieure⁶, le commissaire du gouvernement Corneille en a d'ailleurs minimisé la portée, expliquant qu'il s'agit d'une exception au sein d'une jurisprudence très nette de refus du contrôle des motifs en matière de processions⁷.

Dans les mêmes conclusions, Corneille explique en outre que le Conseil d'Etat s'interdit, s'agissant des arrêtés relatifs aux processions, de contrôler le détournement de pouvoir, donc le but de la décision administrative. Cette affirmation de la limitation du contrôle est d'autant plus significative que le commissaire du gouvernement n'hésite pas à admettre, compte tenu des circonstances de l'affaire, la réalité du détournement de pouvoir en l'espèce. En effet, les diverses déclarations du maire et du conseil municipal montrent que l'interdiction des processions est motivée, non pas par un but de protection de l'ordre public, mais par le souci de sanctionner une

¹ Concl. Chardenet sur CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres c/ maire de Sens*, D.P., 1910, III, p 123.

² Concl. Corneille sur CE, 8 avril 1911, *Gaston David, Rec.*, p 460.

³ Concl. Corneille sur CE, 10 août 1917, *Baldy c/ Préfet de Saône-et-Loire*, D.P., 1920, III, p 26.

⁴ Voir *supra*, n°507.

⁵ CE, 5 août 1908, *Leclercq et Gruson, Rec.*, p 867.

⁶ Concl. Corneille sur CE, 8 avril 1911, *Gaston David, Rec.*, p 460.

⁷ Concl. Corneille sur CE, 8 avril 1911, *Gaston David, D.P.*, 1913, III, p 51.

« incorrection » du curé qui n'a pas pris la peine de solliciter auprès du maire une autorisation de défilé sur la voie publique¹. Le détournement de pouvoir ne fait pas de doute, mais Corneille propose au Conseil d'Etat de ne pas sanctionner l'arrêté, car s'agissant des processions, le juge de l'excès de pouvoir se refuse à contrôler les motifs de la décision administrative. L'enchaînement des arguments du commissaire du gouvernement montre d'ailleurs que la question du détournement de pouvoir et la question de la qualification juridique des faits ne sont pas très nettement distinguées. Pour justifier l'absence de contrôle sur le détournement de pouvoir, qui concerne le but poursuivi par l'autorité de police, c'est-à-dire un aspect des motifs de droit, Corneille avance que le Conseil d'Etat s'abstient de vérifier la réalité des troubles à l'ordre public invoqués par l'autorité municipale pour interdire les processions ; pour écarter le contrôle sur les motifs de droit, Corneille donne des exemples illustrant le refus de contrôle des motifs de fait. Cette confusion souligne la relativité et la porosité des notions propres au contrôle de l'excès de pouvoir. Par ailleurs, l'absence d'examen du détournement de pouvoir affirmée par Corneille marque une régression du contrôle par rapport à la jurisprudence d'abus qui vérifiait que l'autorité de police avait bien poursuivi un motif d'ordre public².

582. A partir de 1911, de nombreux arrêtés interdisant les processions sont annulés par le juge administratif. Cela ne signifie pas pour autant que le contrôle des motifs s'est intensifié. En fait, les processions bénéficient de la jurisprudence protectrice développée à l'égard des autres cérémonies religieuses, telles que les convois funèbres et le port du viatique. C'est que beaucoup d'arrêtés municipaux sont rédigés en termes très larges et compréhensifs, incluant non seulement les processions et cortèges, mais plus généralement toute forme de cérémonie du culte sur la voie publique. Or, le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle des motifs de fait sur les décisions touchant les enterrements et le port du viatique. Si les motifs d'ordre public invoqués ne sont pas établis en fait s'agissant de ces deux catégories de cérémonies, l'arrêté est donc annulé en raison de sa trop grande généralité³.

Mais dans la motivation des arrêts, le Conseil d'Etat prend régulièrement soin de réserver le sort des processions pour lesquelles l'interdiction reste légale d'une manière générale, quelles que soient les circonstances locales. Par exemple, l'arrêt *Abbé Petit* du 9 février 1912 met en œuvre le contrôle des motifs de fait pour le port du viatique, mais réserve le pouvoir discrétionnaire de

¹ Concl. Corneille sur CE, 8 avril 1911, *Gaston David, D.P.*, 1913, III, p 51.

² Voir *supra*, n°565 et s.

³ Par exemple : CE, 14 février 1908, *Sieur Abbé Valette, Rec.*, p 143 ; CE, 4 mars 1910, *Abbé Gérard, Rec.*, p 192 ; CE, 27 janvier 1911, *Abbé Norroy, Chalmaudron et autres, Rec.*, p 98 ; CE, 24 novembre 1911, *Seubes, Rec.*, p 1085 ; CE, 10 novembre 1911, *Sieurs Sancet, de Saint-Loup et Larrat, Rec.*, p 1000.

l'administration pour les processions : « *Considérant que s'il appartient au maire, en vertu des dispositions combinées de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 et de l'article 27 de la loi du 9 décembre 1905, de régler les cérémonies, processions et manifestations extérieures du culte, il doit, dans l'accomplissement de sa mission, se conformer à l'article 1^{er} de cette dernière loi qui garantit le libre exercice des cultes et ne porter atteinte aux traditions locales que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre ; Considérant qu'en vertu des dispositions ci-dessus rappelées, le maire de Montpeyroux pouvait interdire les processions et les manifestations religieuses sur le territoire de la commune, mais qu'aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique ne pouvait être invoqué par lui pour interdire, comme il l'a fait, le port du viatique dans les conditions consacrées par les habitudes et les traditions locales* »¹. Le Conseil d'Etat isole donc les processions des autres cérémonies extérieures du culte, accordant, pour ce qui les concerne, un large pouvoir discrétionnaire à l'autorité de police fondé sur une présomption de trouble à l'ordre public.

583. L'année 1914 marque l'abandon progressif de cette jurisprudence restrictive par le Conseil d'Etat. Le changement n'est pas brutal et, selon le mot d'Hauriou, le Conseil d'Etat a « *investi tous les alentours de la place avant de faire le siège de la citadelle et de l'emporter d'assaut* »². La stratégie du juge administratif consiste à réduire petit à petit le champ de la présomption *juris et de jure* de trouble à l'ordre public. Pour ce faire, il distingue les *processions proprement dites* auxquelles est toujours attachée la présomption, et les *processions traditionnelles* auxquelles la présomption n'est plus applicable, entraînant ainsi un contrôle des motifs sur les arrêtés de police qui interdisent ces dernières.

Il faut préciser les différentes étapes de l'extension de la catégorie de procession traditionnelle avant d'examiner la nature et la structure du contrôle exercé par le juge administratif.

La notion de procession traditionnelle, purement prétorienne, n'a cessé de prendre de l'ampleur. Les processions traditionnelles, ce sont d'abord les *cérémonies traditionnelles se rattachant au culte des morts*, comme les visites processionnelles au cimetière. A leur égard, la jurisprudence se fixe en 1914, mais connaît des prémices dès 1911. Ainsi, dans un arrêt *Abbé Anselme* du 8 avril 1911, le juge administratif examine les motifs de droit d'un arrêté interdisant une

¹ CE, 9 février 1912, *Abbé Petit, Rec.*, p 186 ; voir aussi CE, 20 janvier 1911, *Nicole et Vapereau, Rec.*, p 52 ; CE, 27 janvier 1911, *Abbé Norroy, Chalmaudron et autres, Rec.*, p 98 ; CE, 12 mai 1911, *Abbé Bourguignon, Rec.*, p 559 ; CE, 6 août 1912, *Thiébaud, Rec.*, p 100 ; CE, 22 novembre 1912, *Abbé Plisson, Rec.*, p 1076 ; CE, 30 janvier 1914, *Abbé Boillot, Rec.*, p 108 ; CE, 6 février 1914, *Abbé Rodrigues, Rec.*, p 456 ; CE, 4 avril 1914, *Abbé Cibot et autres, Rec.*, p 483 ; CE, 19 juin 1914, *Jacquot, Rec.*, p 728 ; CE, 24 décembre 1915, *Chaumontet et Bouvier, Rec.*, p 368.

² Note Hauriou, S., 1909, III, p 1.

visite processionnelle au cimetière en sanctionnant un défaut de motif, le maire n'ayant justifié sa décision par aucune considération tirée de la sauvegarde de l'ordre public¹. En 1913, le Conseil d'Etat contrôle cette fois les motifs de fait d'une décision d'interdiction ; l'arrêt *Abbé Deguille*² assimile ainsi les « *cérémonies ayant pour objet le culte des morts* » avec les convois funèbres, pour les exclure du champ de la présomption de trouble à l'ordre public qui frappe les processions. La formule jurisprudentielle définitive apparaît avec l'arrêt *Abbé Didier* du 1^{er} mai 1914 : « *Considérant que, s'il appartient au maire, en vertu des dispositions combinées des articles 97 de la loi du 5 avril 1884 et 27 de la loi du 9 décembre 1905, de régler les cérémonies, processions et manifestations extérieures du culte, il doit, dans l'accomplissement de sa mission, se conformer à l'article 1^{er} de cette dernière loi qui garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées dans l'intérêt de l'ordre public, et ne porter atteinte aux traditions locales que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre ; Considérant que par l'arrêté attaqué, le maire de la commune d'Arnay-le-Duc a interdit toutes les processions religieuses sur le territoire de ladite commune ; Considérant que si l'interdiction des processions proprement dites pouvait se justifier par le souci d'éviter toute cause de trouble sur la voie publique, aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre public ne pouvait être invoqué pour légitimer la prohibition de cérémonies telles que les visites processionnelles au cimetière, qui, sous la conduite du prêtre revêtu de ses habits sacerdotaux ont lieu à Arnay-le-Duc, les 1^{er} et 2 novembre et constituent dans cette commune une cérémonie traditionnelle se rattachant au culte des morts »³.*

Par la suite, ce sont d'une manière générale toutes les *processions traditionnelles* qui sont concernées par le contrôle des motifs de fait. L'arrêt *Abbé Behague* du 10 décembre 1920⁴ inaugure ce nouveau développement de la jurisprudence. Il juge : « *Considérant que si, en vertu des pouvoirs de police qui lui ont été conférés, le maire peut régler les cérémonies et manifestations religieuses extérieures, il doit, dans l'accomplissement de sa mission, garantir le libre exercice des cultes sous les seules restrictions que commande l'intérêt de l'ordre public, et ne porter atteinte aux traditions locales que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre ; s'il appartient au maire*

¹ CE, 8 avril 1911, *Abbé Anselme*, Rec., p 464 : « *Considérant d'autre part, qu'il résulte de l'instruction que les visites processionnelles au cimetière qui, sous la conduite du prêtre revêtu de ses habits sacerdotaux, ont lieu à Sammeron le dimanche des Rameaux et le jour de la Toussaint, constituent dans cette commune une cérémonie traditionnelle se rattachant au culte des morts ; que le maire de Sammeron a interdit ces visites sans même alléguer d'aucun motif tiré de l'intérêt du maintien de la tranquillité publique ; que dès lors, le requérant est fondé à soutenir que cette interdiction constitue un excès de pouvoir* ».

² CE, 26 décembre 1913, *Abbé Deguille*, D.P., 1917, III, p 27.

³ CE, 1^{er} mai 1914, *Abbé Didier*, S., 1917, III, p 25, note Hauriou. Voir aussi CE, 4 mai 1917, *Abbé Moussaron*, Rec., p 361 ; CE, 21 mai 1920, *Abbé Lemaître et Liot*, Rec., p 522 ; CE, 12 novembre 1920, *Abbé Retel*, Rec., p 950 ; CE, 20 mars 1925, *Abbé Pouzineau*, Rec., p 288.

⁴ CE, 10 décembre 1920, *Abbé Behague*, Rec., p 1057. Voir le commentaire d'André Pidoux de Maduaire, « Une nouvelle jurisprudence sur les processions », R.C.I.D., 1921, n°59, p 421-425.

de Saint-Amand-les-Eaux, d'interdire les manifestations extérieures du culte, cette prohibition ne pouvait légalement s'appliquer aux cérémonies ayant pour objet le culte des morts ou l'observation de traditions anciennes, et notamment à la procession du 2 novembre et celle de la Pentecôte, qui correspond à un usage local, alors qu'aucun motif tiré de la nécessité de maintenir le bon ordre ne pouvait être invoqué pour interdire la célébration de ces cérémonies ». Progressivement, le Conseil d'Etat inclut la plupart des processions catholiques dans la catégorie des processions traditionnelles. Outre les processions de la Toussaint et de la Pentecôte¹, sont peu à peu concernées : les processions se rattachant au sacrement de la communion², les cortèges organisés pour l'Assomption³, pour la fête des Rameaux⁴, pour la Fête-Dieu⁵ et les processions locales liées à des traditions communales⁶. Dans les années 1930, la notion de procession traditionnelle en vient à concerner presque toutes les processions usuellement pratiquées dans le culte catholique.

584. Dès lors, à la faveur de l'évolution jurisprudentielle, le pouvoir discrétionnaire accordé aux maires pour réglementer les processions se trouve fortement réduit. Le Conseil d'Etat exerce dorénavant un contrôle sur les motifs des arrêtés de police. Sont d'abord concernés les motifs de droit. En ce sens, les arrêtés portant sur les processions, qu'elles soient traditionnelles⁷ ou même « ordinaires »⁸, sont soumis au contrôle du détournement de pouvoir ; les affirmations de Corneille datant de 1911 ne sont donc plus d'actualité⁹. Par ailleurs, le Conseil d'Etat affine sa jurisprudence sur la question des motifs d'ordre public qui sont légalement invocables à l'appui d'une interdiction de procession. En effet, les maires invoquent, pour justifier leurs arrêtés, tantôt des motifs de

¹ CE, 10 décembre 1920, *Abbé Behague, Rec.*, p 1057.

² CE, 24 décembre 1920, *Loeuillet, Rec.*, p 1116.

³ CE, 17 novembre 1922, *Abbé Giraud, Rec.*, p 834 ; CE, 28 juillet 1932, *Abbé Pouzineau, Rec.*, p 809.

⁴ CE, 9 mars 1923, *Abbé Rousset, Rec.*, p 227 ; CE, 16 mars 1923, *Abbé Gauthier, Rec.*, p 252 ; CE, 9 juillet 1924, *Abbé Lhommet, Rec.*, p 654 ; CE, 4 août 1927, *Sieurs Lacube et autres, Rec.*, p 936.

⁵ CE, 1^{er} juillet 1925, *Abbé Vallez, Rec.*, p 625 ; CE, 23 février 1927, *Sieur Granat, Rec.*, p 235 ; CE, 4 juin 1927, *Sieur Sablé, Rec.*, p 661 ; CE, 25 janvier 1933, *Abbé Coiffier, Rec.*, p 100.

⁶ Par exemple : CE, 25 janvier 1933, *Abbé Coiffier, Rec.*, p 100 (procession dédiée à Notre-Dame-du-Port à Clermont-Ferrand) ; CE, 15 novembre 1933, *Abbé Prouteau, Rec.*, p 1043 (processions qui clôturent les missions religieuses dans la commune de Benet).

⁷ CE, 16 mars 1917, *Abbé Robin, Rec.*, p 240 : « Considérant qu'en prononçant cette interdiction, le maire n'a fait qu'user des pouvoirs de police que, dans l'intérêt de l'ordre public, il tient de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, auquel se réfère l'article 27 de la loi du 9 décembre 1905 ; et qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'il se soit servi desdits pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ils lui ont été conférés ». Voir dans le même sens : CE, 26 mars 1920, *Abbé Boutleux et autres, Rec.*, p 331 (annulation pour détournement de pouvoir) ; CE, 30 décembre 1921, *Curé Gauvain, Rec.*, p 1125 (annulation) ; CE, 15 décembre 1922, *Abbé Gauvain, Rec.*, p 944 (annulation car le maire n'a pas eu en vue la protection de l'ordre public, mais la volonté de faire obstacle à arrêt du Conseil d'Etat) ; CE, 11 février 1927, *Abbé Veyras et Abbé Crepel et autres (2 espèces), Rec.*, p 176 (annulation).

⁸ CE, 4 août 1926, *Abbé Beun et autres, Rec.*, p 849. Après avoir constaté que les requérants n'établissent pas que les processions visées par l'arrêté attaqué sont des processions traditionnelles, le Conseil d'Etat n'en relève pas moins que le maire n'a commis, en interdisant lesdites processions, aucun détournement de pouvoir. Aussi : CE, 31 janvier 1919, *Abbé Defait et Boncour, Rec.*, p 105.

⁹ Voir *supra*, n°581 ; concl. Corneille sur CE, 8 avril 1911, *Gaston David, D.P.*, 1913, III, p 51.

circulation, tantôt des motifs de sécurité ou de tranquillité publique. A partir de 1921, le juge administratif considère que les motifs de circulation doivent viser tous les types de manifestations et de cortèges sur la voie publique, sous peine de méconnaître le principe d'égalité. Dès lors, les interdictions fondées sur des motifs de circulation qui visent les *seules* processions reposent sur un motif illégal¹. En revanche, les motifs de sécurité et de tranquillité peuvent légalement justifier une interdiction des seules processions, à condition toutefois, nous allons le voir, que ces motifs soient établis *en fait*.

585. Le contrôle des motifs de fait est l'apport essentiel de l'évolution jurisprudentielle. Dans ce domaine, le Conseil d'Etat a précisé les qualifications légales à l'aune desquelles il vérifie la légalité des arrêtés de police.

La première étape du raisonnement consiste à faire peser sur les maires une obligation générale de conciliation entre les nécessités de l'ordre public et la liberté des cultes (par exemple dans l'arrêt *Abbé Behague* : « *Considérant que si, en vertu des pouvoirs de police qui lui ont été conférés, le maire peut régler les cérémonies et manifestations religieuses extérieures, il doit, dans l'accomplissement de sa mission, garantir le libre exercice des cultes sous les seules restrictions que commande l'intérêt de l'ordre public* »). Sur ce point, le changement est très net par rapport à la jurisprudence d'abus. L'évolution de la formulation de la règle de droit applicable est révélatrice d'une inversion du rapport entre l'ordre public et la liberté. Ainsi, alors que le considérant usuel employé par le juge administratif après la Séparation présente la liberté des cultes comme une limite au pouvoir de police du maire, les décrets d'abus, tout en posant le principe de la liberté du culte catholique reconnue par le Concordat, précisent immédiatement que son exercice est borné par les règles de police. Par exemple, dans un décret *41 habitants de Rouen c/ maire de Rouen* du 27 juillet 1882, le Conseil d'Etat affirme : « *Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} de la Convention du 26 messidor an 9, l'exercice public du culte catholique n'a été autorisé en France qu'à la condition par ses ministres de se conformer aux règlements de police que le gouvernement juge nécessaire pour la tranquillité publique* »². Après la Séparation, la portée accordée à la liberté des cultes par le juge administratif est donc plus importante qu'au début de la III^e République.

Après avoir posé l'obligation de conciliation, le Conseil d'Etat précise le contenu de la liberté des cultes en y incluant la notion de *tradition locale*.

¹ Par exemple : CE, 10 juin 1921, *Sieur Poirier, Rec.*, p 557 ; CE, 4 décembre 1925, *Sieur Charton, Rec.*, p 972 ; CE, 2 août 1927, *Abbé de Ville de Quincy, Rec.*, p 890 ; CE, 11 janvier 1933, *Abbé Mollard, Rec.*, p 28 ; CE, 22 juillet 1933, *Sieur Picquette, Rec.*, p 844.

² CE, 27 juillet 1882, *41 habitants de Rouen c/ maire de Rouen, Rec.*, p 1092 ; voir aussi CE, 24 juillet 1885, *Abbé Arnoult, curé de Castillon c/ le maire de ladite commune, Rec.*, p 1025 ; CE, 16 février 1883, *Sieur Poggi et consorts c/ le maire d'Eccica-Suarella, Rec.*, p 990.

Enfin, il précise le rapport entre l'ordre public et la liberté des cultes en posant le principe que l'atteinte portée aux traditions locales par le pouvoir de police doit être strictement nécessaire au maintien de l'ordre (arrêt *Abbé Behague* : « *et ne porter atteinte aux traditions locales que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre* »). Comme l'explique le commissaire du gouvernement Corneille, « *le règlement pris en vertu de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 ne reste légal que si son libellé se justifie en entier par les nécessités de l'ordre public* »¹.

Ayant précisé le cadre légal applicable, le juge administratif exerce ensuite un contrôle du fait. Corneille précise encore que le Conseil d'Etat apprécie « *au fond les nécessités de l'ordre public, parce que de ces nécessités ressort la vraie ou la fausse application de la loi par l'auteur de l'acte.* »². Trois types d'appréciations factuelles sont possibles. Dans un premier temps, le juge vérifie l'existence d'une tradition locale ou d'une procession traditionnelle. Dans un deuxième temps, il contrôle la réalité des motifs d'ordre public invoqués par l'autorité de police pour justifier une interdiction ou une réglementation. Enfin, le juge apprécie, selon les circonstances de fait, l'adéquation de la mesure de police par rapport à l'ampleur du trouble à l'ordre public.

Si ces trois étapes sont relativement distinctes dans la partie des arrêts du Conseil d'Etat qui pose la majeure du syllogisme judiciaire, elles ne sont en revanche pas très clairement séparées dans la motivation concernant l'examen du fait. Ainsi, l'étape du contrôle de la réalité des motifs d'ordre public et celle du contrôle de l'adéquation semblent confondues dans la motivation des arrêts. Le Conseil d'Etat se borne souvent à énoncer, pour conclure à l'illégalité d'un arrêté de police « *qu'aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre public ne peut être invoqué pour légitimer la prohibition de cérémonies consacrées par les habitudes et les traditions locales* »³. Les questions de la réalité des motifs d'ordre public et de l'adéquation sont ainsi synthétisées en une seule et même formule. Quoiqu'il en soit, le juge adopte souvent une motivation soulignant l'examen des

¹ Concl. Corneille sur CE, 10 août 1917, *Baldy c/ Préfet de Saône-et-Loire, D.P.*, 1920, III, p 26.

² Concl. Corneille sur CE, 10 août 1917, *Baldy c/ Préfet de Saône-et-Loire, D.P.*, 1920, III, p 26.

³ CE, 4 mai 1917, *Abbé Moussaron, Rec.*, p 361 ; CE, 24 décembre 1920, *Loeuillet, Rec.*, p 1116 ; CE, 21 mai 1920, *Abbé Lemaître et Liot, Rec.*, p 522 ; CE, 18 février 1921, *Abbé Poignant et autres, Rec.*, p 189 ; CE, 25 novembre 1921, *Abbé Charpentier et autres, Rec.*, p 974 ; CE, 17 novembre 1922, *Abbé Giraud, Rec.*, p 834 ; CE, 11 août 1922, *Abbé Dhaussy, Rec.*, p 745 ; CE, 16 mars 1923, *Abbé Gauthier, Rec.*, p 252 ; CE, 9 mars 1923, *Abbé Rousset, Rec.*, p 227 ; CE, 21 novembre 1923, *Abbé Laurent, Rec.*, p 739 ; CE, 18 mai 1923, *Abbé Groussin, Rec.*, p 415 ; CE, 4 juillet 1924, *Abbé Guerle, Rec.*, p 640 ; CE, 6 août 1925, *Abbé Pelletier, Rec.*, p 810 ; CE, 9 juillet 1926, *Abbé Barthélémy, Rec.*, p 713 ; CE, 16 juin 1926, *Sieurs Rochette et autres, Rec.*, p 607 ; CE, 5 mars 1926, *Abbé Gautron, Rec.*, p 247 ; CE, 20 janvier 1926, *Sieurs Hillereau et autres, Rec.*, p 56 ; CE, 6 août 1926, *Abbé Didier, Rec.*, p 863 ; CE, 28 juillet 1926, *Abbé Montannuy, Rec.*, p 793 ; CE, 18 juillet 1926, *Abbés Fréneau et Ordonneau, Rec.*, p 736 ; CE, 9 juillet 1924, *Abbé Lhommet, Rec.*, p 654 ; CE, 12 juillet 1927, *Abbé Jacquin, Rec.*, p 779 ; CE, 2 février 1927, *Abbé Boursier, Rec.*, p 135 ; CE, 23 février 1927, *Sieur Granat, Rec.*, p 235 ; CE, 14 mai 1924, *Curé de Villefort et abbé Vieillevigne, Rec.*, p 465.

circonstances de fait. Ainsi, il juge régulièrement, à partir des années 1920, que la décision attaquée n'est justifiée par « *aucun motif précis tiré de la nécessité actuelle de maintenir l'ordre public* »¹.

586. Les progrès du contrôle juridictionnel sont donc patents par rapport à la fin du XIXe siècle. Alors qu'à cette époque le juge de l'abus se contentait d'affirmer la compétence de police du maire et de contrôler l'objet et le but des mesures litigieuses, le juge de l'excès de pouvoir pousse ses investigations beaucoup plus loin. Par ailleurs, le contrôle du fait mis en œuvre après la Séparation constitue une véritable politique jurisprudentielle pérenne et cohérente, mise en œuvre dans chaque espèce. La nouvelle jurisprudence ne peut donc être assimilée aux quelques exemples minoritaires et circonstanciels dans lesquels la motivation de certains décrets d'abus laisse transparaître un certain contrôle du fait.

En définitive, l'exemple des processions permet de nuancer l'impression de libéralisme exemplaire que peut facilement susciter un examen global de la jurisprudence de Séparation en matière de cérémonies extérieures du culte. Les progrès du contrôle des motifs après la Séparation n'ont pas été immédiats et spectaculaires dans tous les secteurs du contentieux de la police des cultes. S'agissant des processions, l'évolution est lente et se déroule jusqu'au début des années 1930, période durant laquelle la jurisprudence se stabilise. Mais l'évolution n'en est pas moins certaine dans le sens d'une réduction toujours plus grande du pouvoir discrétionnaire de l'autorité de police, conduisant à l'annulation d'une grande majorité des arrêtés déférés au Conseil d'Etat en matière de processions².

Abordons à présent le contentieux des convois funèbres et du port du viatique, à l'occasion duquel le Conseil d'Etat a élaboré, dès le lendemain de la Séparation, une jurisprudence audacieuse de contrôle des motifs des décisions de police.

II. – Les convois funèbres et le port du viatique.

¹ CE, 1^{er} juillet 1925, *Abbé Vallez, Rec.*, p 625 ; CE, 20 mars 1925, *Abbé Pouzineau, Rec.*, p 288 ; CE, 8 décembre 1926, *Sieur Claverie, Rec.*, p 1073 ; CE, 4 juin 1927, *Sieur Sablé, Rec.*, p 661 ; CE, 20 juillet 1927, *Abbé Lépron, Rec.*, p 806 ; CE, 4 août 1927, *Sieurs Lacube et autres, Rec.*, p 936 ; CE, 2 août 1927, *Abbé de Ville de Quincy, Rec.*, p 890 ; CE, 13 janvier 1932, *Sieur Dumont, Rec.*, p 36 ; CE, 19 février 1932, *Abbés Cherton, Martin, Panter et Lambert, Rec.*, p 205 ; CE, 19 mars 1932, *Abbé Dumas, Rec.*, p 367 ; CE, 27 janvier 1937, *Sieur le Gal, Rec.*, p 113. Voir aussi CE, 11 janvier 1933, *Abbé Mollard, Rec.*, p 28 : « *Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'instruction qu'à la date à laquelle a été pris l'arrêté attaqué, aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre public ne pouvait être invoqué pour interdire les processions visées par ledit arrêté et dont le caractère traditionnel n'est pas contesté* ».

² Pour un rare exemple de confirmation d'un arrêté d'interdiction : CE, 6 juillet 1917, *Fabry, Rec.*, p 546.

587. Contrairement à celle qui concerne les processions, la jurisprudence relative aux convois funèbres et au port du viatique s'est très tôt engagée, après la Séparation, dans l'examen des motifs des arrêtés de police. Le changement d'inspiration est si net par rapport à la période concordataire que ces deux aspects du contentieux de la police des cultes apparaissent à l'historien, comme d'ailleurs aux juristes de l'époque¹, comme emblématiques du libéralisme de la jurisprudence de Séparation du Conseil d'Etat.

588. En matière de convois funèbres, l'examen des motifs de fait est effectif dès 1907², mais en raison de l'importance de son considérant de principe, la décision de référence est le célèbre arrêt *Abbé Olivier et autres c/ maire de Sens* du 19 février 1909. Alors que dans la jurisprudence d'abus le Conseil d'Etat se bornait à déduire la légalité des arrêtés d'interdiction des convois funèbres de l'affirmation de la compétence de police du maire, sans examiner la réalité des motifs d'ordre public invoqués, il exerce désormais un contrôle poussé des motifs de fait. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Chardenet explique très clairement que ce contrôle du fait est impliqué par la conciliation que le juge doit opérer entre l'ordre public et la liberté des cultes : « *Nous reconnaissons que cette appréciation [des circonstances de fait], comportant l'examen des circonstances toutes locales, est souvent fort délicate pour vous, qui êtes loin des communes où ont été pris les arrêtés attaqués, pour vous qui ne trouvez parfois, dans le dossier qu'un bien pâle reflet des animosités ou des dissensions locales. Nous reconnaissons qu'elle l'est encore davantage, lorsque le dossier contient des observations des ministres qui ont reçu communication du pourvoi et qui vous déclarent que l'arrêté du maire se justifie par la nécessité de maintenir l'ordre public, lorsque, comme dans l'affaire actuelle, on trouve un rapport du préfet où nous lisons : "M. le maire de Sens a pensé qu'étant donné l'âpreté des dissensions qui divisent la population quant à la question religieuse, des désordres pourraient se produire à l'occasion des cérémonies du culte sur la voie publique et que son devoir était de les prévenir". Quelque délicate que soit cette appréciation, il vous appartient de la faire du moment que le recours pour excès de pouvoir est recevable, du moment qu'il est admis que les particuliers peuvent venir vous dire que le maire s'est trompé, que l'ordre public n'a jamais exigé et n'exige point des mesures semblables à celles qui ont été prises ; et ici, il*

¹ Paul Bénézech, *La police extérieure du culte*, Thèse, Toulouse, 1912 ; Paul Richard, *La liberté des cultes et les pouvoirs de police des maires sous le régime de la Séparation*, Thèse, Caen, 1913 ; Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 12^{ème} éd, 1933, rééd Dalloz, 2002 ; Andrée Fossier, *Les manifestations culturelles sur les voies publiques en France*, Thèse, Paris, 1927 ; Lucien Crouzil, *Quarante ans de Séparation (1905-1945). Etude historique et juridique*, Didier, 1946 ; E. Chalvon-Demersay, *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1922.

² CE, 2 août 1907, *Abbé Garcin*, S., 1909, III, p 1 ; CE, 14 février 1908, *Abbé Valette*, S., 1909, III, p 1.

s'agit de particuliers qui soutiennent qu'il est porté atteinte au libre exercice du culte qui leur est garanti par l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905. »¹.

La rédaction de l'arrêt est en outre particulièrement explicite sur le contrôle du fait exercé par le juge administratif, et exemplaire par son caractère pédagogique : « *Considérant que, si le maire est chargé par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 du maintien de l'ordre dans la commune, il doit concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par les lois ; qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté rendu par application de l'article 97, précité, non seulement de rechercher si cet arrêté porte sur un objet compris dans les attributions de l'autorité municipale, mais encore d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, si le maire n'a pas, dans l'espèce, fait de ses pouvoirs un usage non autorisé par la loi ; Considérant que l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 garantit la liberté de conscience et le libre exercice des cultes, sous les seules restrictions édictées dans l'intérêt de l'ordre public, et que l'article 2 de la loi du 15 novembre 1887 interdit aux maires d'établir des prescriptions particulières applicables aux funérailles, en distinguant d'après leur caractère civil ou religieux ; qu'il résulte des travaux préparatoires de la loi du 9 décembre 1905 et de ceux de la loi du 28 décembre 1904 sur les pompes funèbres que l'intention manifeste du législateur a été, spécialement en ce qui concerne les funérailles, de respecter autant que possible les habitudes et traditions locales, et de n'y porter atteinte que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre ; Considérant qu'il résulte de l'instruction que, dans la ville de Sens, aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique ne pouvait être invoqué par le maire pour lui permettre de réglementer, dans les conditions fixées par son arrêté, les convois funèbres ;[...] qu'il est, au contraire, établi par les pièces jointes au dossier, spécialement par la délibération du conseil municipal du 30 juin 1906 visée par l'arrêté attaqué, que les dispositions dont il s'agit ont été dictées par des considérations étrangères à l'objet, en vue duquel l'autorité municipale a été chargée de régler le service des inhumations »².*

Par cette motivation, le Conseil d'Etat ne se contente pas d'approfondir son contrôle des motifs de l'acte administratif, mais élabore aussi une nouvelle méthode de raisonnement juridictionnel, et ce à plusieurs titres.

D'abord, l'arrêt est un des premiers, dans le contentieux administratif moderne à expliciter l'office du juge (« *qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir*

¹ Concl. Chardenet sur CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres c/ maire de Sens*, D.P., 1910, III, p 123.

² CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres c/ maire de Sens*, D.P., 1910, III, p 123.

contre un arrêté rendu par application de l'article 97, précité, [...] »¹). De cette manière, le Conseil d'Etat précise le contenu de son contrôle, rompant ainsi avec le traditionnel *imperatoria brevitatis* du juge administratif ; il donne à son raisonnement une publicité qui améliore la prévisibilité des solutions et définit le cadre d'une politique jurisprudentielle consistante et pérenne². De ce point de vue, la différence avec les pratiques jurisprudentielles du XIXe siècle est importante.

Ensuite, l'arrêt distingue clairement les différentes étapes du contrôle juridictionnel. Le juge commence par vérifier que l'arrêté attaqué porte sur un objet compris dans le champ matériel de la compétence de police du maire. Cet examen peut prendre deux formes. Il s'agit d'une part du contrôle « subjectif » du détournement de pouvoir, qui permet de s'assurer que l'auteur de la décision attaquée a bien poursuivi un but de police ; avec le détournement de pouvoir, sont particulièrement recherchés les buts occultes cachés derrière l'invocation d'un but d'ordre public. Il s'agit d'autre part du contrôle « objectif » de l'erreur de droit qui s'inscrit dans le cadre de la violation de la loi et grâce auquel les motifs non prévus par la loi peuvent être sanctionnés sans avoir à caractériser les mobiles de l'administrateur ; dans ce cas, sont surtout sanctionnées les simples erreurs sur le contenu de la règle de droit, c'est-à-dire la fausse interprétation de la loi. L'étape suivante du contrôle porte sur la qualification juridique des faits (« *apprécier, suivant les circonstances de la cause, si le maire n'a pas, dans l'espèce, fait de ses pouvoirs un usage non autorisé par la loi* »). L'examen du fait ressort sans équivoque possible de la motivation. Il s'exerce au regard d'une qualification légale dont le contenu a été précisé par le Conseil d'Etat, comme en matière de processions. L'obligation qui pèse sur le maire consiste ainsi à « *concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par la loi* ». Et s'agissant des enterrements, deux libertés publiques sont en jeu : la liberté des cultes proclamée par l'article 1^{er} de la loi de Séparation et la liberté des funérailles inscrite à l'article 2 de la loi du 15 novembre 1887. Le standard général de conciliation est ensuite précisé par le Conseil d'Etat, celui-ci prenant soin de rattacher son œuvre créatrice à la volonté du législateur déduite des travaux préparatoires. Ainsi, les libertés publiques en cause impliquent le respect des *habitudes et traditions locales* en matière de funérailles. Enfin, comme pour les processions traditionnelles, les décisions de police sont soumises

¹ Il s'agit d'un type de formulation que l'on retrouve par exemple dans l'arrêt *Camino* (CE, 14 janvier 1916, *Camino, S.*, 1917, III, p 10, concl. Corneille). Dans ces arrêts, toutefois, le terme d'office du juge n'est pas présent. Didier Chauvaux indique que c'est à partir de 2002 (CE, 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne, Rec.*, p 421) que le Conseil d'Etat a commencé à employer l'expression dans les motifs de ses arrêts (Didier Chauvaux, « l'office du juge administratif : constantes et évolutions », *Justice et cassation*, 2010, p 58-68).

² Une nouvelle phase d'explicitation de l'office du juge est aujourd'hui à l'œuvre dans le contentieux administratif, à la faveur notamment du développement des pouvoirs d'injonction pour l'exécution de la chose jugée. Sur ce phénomène, voir Jacques Arrighi de Casanova, « Les habits neufs du juge administratif », *Mélanges Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007.

à une stricte obligation de *nécessité*¹ (« *respecter autant que possible les habitudes et traditions locales, et de n'y porter atteinte que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre* »).

Appliquant les principes à l'espèce, le Conseil d'Etat constate *qu'en fait*, aucun motif d'ordre public ne justifiait les mesures prises par le maire de Sens à l'encontre des convois funèbres. La solution donnée à l'espèce se place donc sur le terrain de la qualification juridique des faits ; le juge constate, dans le cadre « objectif » de la violation de la loi, que le motif d'ordre public invoqué par le maire n'existe pas. Le Conseil d'Etat achève son raisonnement par la question du détournement de pouvoir ; il relève que le motif d'ordre public invoqué, dont le contrôle de la violation de la loi a montré l'irréalité, cache un motif étranger à la compétence de police (en l'espèce, les conclusions de Chardenet nous apprennent que le maire, et le conseil municipal, ont considéré que l'interdiction faite aux ministres du culte d'accompagner, revêtus de leurs habits sacerdotaux, les convois funèbres, était une conséquence nécessaire de la Séparation qu'il appartenait au maire de transcrire par un arrêté de police²).

589. Par la suite, la jurisprudence se développe selon deux modalités. Pour ce qui concerne les arrêtés qui visent uniquement les convois funèbres, le Conseil d'Etat adopte la plupart du temps la motivation de l'arrêt *Abbé Olivier et autres c/ maire de Sens*³. Quand les convois funèbres ou le port du viatique sont interdits par un arrêté qui vise toutes les cérémonies du culte d'une manière générale, c'est une motivation plus ramassée qui est employée, identique à celle qui prévaut pour les processions traditionnelles⁴.

Enfin, par rapport à la jurisprudence d'abus, les résultats du contrôle du juge administratif sont très différents. Alors qu'avant 1905, la plupart des arrêtés d'interdiction des convois funèbres étaient confirmés, ce sont les annulations qui dominent largement après la Séparation.

¹ Pour un arrêt dont la motivation illustre bien ce contrôle de la nécessité, voir CE, 2 novembre 1933, *Abbé Delohen, Rec.*, p 983 : « *Considérant que le maire de la ville de Barlin a, par arrêté en date du 25 janvier 1932, prescrit que les convois funèbres devront emprunter, pour se rendre soit à l'église, soit au cimetière, les chemins de grande communication, et que les convois formés sur tout autre chemin devront gagner le chemin de grande communication le plus rapproché ; qu'il résulte de l'instruction que les prescriptions ainsi édictées n'étaient pas nécessitées par les conditions de la circulation sur le territoire de la ville de Barlin* ».

² Concl. Chardenet sur CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres c/ maire de Sens, D.P.*, 1910, III, p 123.

³ CE, 19 novembre 1909, *Georget et Héroux, Rec.*, p 887 ; CE, 15 avril 1910, *Abbé Sellenet, Rec.*, p 309 ; CE, 29 mars 1912, *Chauvières, Rec.*, p 446 ; CE, 9 février 1923, *Sieur Gouy, curé de Nivolas-Vermelle, Rec.*, p 135.

⁴ CE, 14 février 1908, *Sieur Abbé Valette, Rec.*, p 143 ; CE, 4 mars 1910, *Abbé Gérard, Rec.*, p 192 ; CE, 27 janvier 1911, *Abbé Norroy, Chalmaudron et autres, Rec.*, p 98 ; CE, 24 novembre 1911, *Seubes, Rec.*, p 1085 ; CE, 10 novembre 1911, *Sieurs Sancet, de Saint-Loup et Larrat, Rec.*, p 1000 ; CE, 12 janvier 1912, *Abbé Charmon, Rec.*, p 32 ; CE, 23 mai 1913, *Abbé Hugot, Rec.*, p 558 ; CE, 4 avril 1914, *Abbé Cibot et autres, Rec.*, p 483 ; CE, 6 février 1914, *Abbé Rodrigues, Rec.*, p 456 ; CE, 22 juin 1917, *Abbé Didier, Rec.*, p 494 ; 23 janvier 1920, *Abbé Chanudet, Rec.*, p 73 ; CE, 11 août 1922, *Dhaussy, Rec.*, p 745.

590. Le contrôle juridictionnel est identique en matière de port du viatique. Dans un arrêt *Deguille* du 19 mars 1909, qui fixe la jurisprudence, le Conseil d'Etat constate l'absence de réel motif d'ordre public s'agissant du port du viatique puis annule la décision en raison de sa trop grande généralité, au bénéfice d'une motivation qui va devenir classique pour le port du viatique, les enterrements et les processions traditionnelles¹. Par la suite, le juge administratif annule systématiquement les arrêtés portant exclusivement sur le port du viatique et ceux qui incluent le port du viatique dans une mesure touchant toute les cérémonies religieuses².

Contrairement à la jurisprudence sur les convois funèbres qui consacre à la fois une amélioration de la protection accordée à ce type de cérémonies et une évolution des méthodes de raisonnement, le domaine du port du viatique n'innove que sur le raisonnement. En effet, le juge de l'abus considérait que le port du viatique, sans appareil processionnel, ne pouvait être qualifié de manifestation extérieure du culte et, en conséquence, il n'admettait pas que l'autorité de police puisse l'interdire. Dès lors, avant comme après la Séparation, le port du viatique est protégé par le juge administratif.

Mais dans le cadre du recours pour abus, le Conseil d'Etat raisonnait abstraitement sur le champ d'application de la notion de manifestation extérieure du culte pour en exclure le port du viatique. Après la Séparation, le juge de l'excès de pouvoir ne s'intéresse pas directement à la définition du port du viatique (du moins peut-on considérer qu'il le classe par préférence parmi les manifestations extérieures du culte³), mais examine la réalité factuelle des motifs d'ordre public invoqués pour justifier son interdiction ou sa réglementation. Le juge parvient donc au même résultat mais en adoptant une technique de contrôle juridictionnel qui permet une appréciation beaucoup plus fine des rapports entre l'ordre et la liberté.

591. Après la Séparation, le Conseil d'Etat a donc construit une véritable *politique jurisprudentielle* de protection des enterrements et du port du viatique, à la faveur de laquelle il a non seulement

¹ CE, 19 mars 1909, *Deguille, Rec.*, p 307, concl. Saint-Paul : « *Considérant que, s'il appartient au maire, en vertu des dispositions combinées de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 et de l'article 27 de la loi du 9 décembre 1905, de régler les cérémonies, processions et manifestations extérieures du culte, il doit, dans l'accomplissement de sa mission, se conformer à l'article premier de cette dernière loi qui garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées dans l'intérêt de l'ordre public, et ne porter atteinte aux traditions locales que dans la mesure strictement nécessaire au maintien de l'ordre ; considérant qu'en vertu des dispositions ci-dessus rappelées, il appartenait au maire de Saint-Florent d'interdire comme il l'a fait par son arrêté du 24 novembre 1904, les processions et les manifestations religieuses sur le territoire de la commune ; mais qu'aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique n'aurait pu être invoqué pour interdire le port du viatique dans les conditions consacrées les habitudes et les traditions locales.* »

² CE, 4 mars 1910, *Abbé Gérard, Rec.*, p 192 ; CE, 9 février 1912, *Abbé Petit, Rec.*, p 186 ; CE, 22 novembre 1912, *Abbé Plisson, Rec.*, p 1076 ; CE, 30 janvier 1913, *Abbé Boillot, Rec.*, p 108 ; CE, 14 mai 1915, *Buléon et Gentil, Rec.*, p 158 ; CE, 8 décembre 1917, *Abbé Perrin, Rec.*, p 516 ; CE, 22 juin 1917, *Abbé Didier, Rec.*, p 494 ; CE, 5 août 1921, *Abbé Boulze et autres, Rec.*, p 819 ; CE, 7 avril 1922, *Abbé Dacheux, Rec.*, 337.

³ Voir Andrée Fossier, *Les manifestations cultuelles sur les voies publiques en France*, Thèse, Paris, 1927.

approfondi son contrôle du fait, mais aussi enrichi et modernisé ses techniques de contrôle juridictionnel. Dès lors, les progrès sont évidents par rapport à la période du recours pour abus.

Toutefois, cette conclusion n'est pas unanimement partagée sous la III^e République. Certains commissaires du gouvernement ont développé une argumentation tendant à souligner, du point de vue du contrôle des motifs, la continuité de la jurisprudence depuis le XIX^e siècle. L'argument consiste à mettre en avant quelques décrets d'abus pour montrer que le Conseil d'Etat contrôle depuis longtemps la réalité des motifs d'ordre public invoqués par l'autorité de police. Chardenet évoque plusieurs décisions dans ses conclusions relatives à l'affaire *Abbé Olivier et autres c/ maire de Sens*. Deux catégories peuvent être distinguées. La première comprend des décisions dont la motivation ne laisse apparaître aucun contrôle du fait, en dépit des affirmations de Chardenet ; sont concernées les décrets d'abus *Abbé Bailly* du 24 mars 1897¹, *Abbé Wimet* du 26 mars 1901², et l'arrêt en excès de pouvoir *Lecointre et Renouard* du 15 mars 1901³. Dans la seconde catégorie, se trouve les deux seuls décrets d'abus à l'occasion desquels le Conseil d'Etat a exercé un contrôle du fait en matière d'enterrements, c'est-à-dire les décrets *MM. Jourdain, Tison et autres c/ maire de Denain* du 14 août 1903⁴, et *Abbés Poirier, curé de Bonny, et Berthier, Vicaire c/ un arrêté du maire de Bonny* du 9 avril 1904⁵. Dans une moindre mesure, Saint-Paul exploite le même argument s'agissant du port du viatique, en citant un des seuls décrets sanctionnant l'abus en la matière¹.

¹ CE, 24 mars 1897, *Abbé Bailly c/ le maire de Douzy*, *Rec.*, p 863 : « si l'art. 45 de la loi du 18 germinal an X autorise implicitement les processions publiques dans les communes où il n'existe pas de temple affecté à un autre culte, cette disposition ne fait pas obstacle aux mesures que les maires croient devoir prendre dans l'intérêt de la circulation ou pour prévenir des désordres ; que le droit de police de l'administration a été expressément réservé par l'art. 1 de la convention du 26 mess. an IX, qui a admis la publicité du culte catholique ; qu'il suit de là que l'arrêté du 17 mars 1882, pris en vue de prévenir des désordres, n'a porté atteinte ni à l'exercice du culte catholique tel qu'il a été autorisé en France ni à la liberté que les lois et les règlements garantissent à ses ministres ».

² CE, 26 mars 1901, *Abbé Wimet*, *D.P.*, 1903, III, p 52.

³ CE, 15 mars 1901, *Sieur Lecointre et Renouard*, *Rec.*, p 291. Le Conseil d'Etat oppose l'exception de recours parallèle dans la mesure où la décision attaquée est un arrêté de police critiqué du point de vue de la liberté du culte. De plus, il n'exerce aucun contrôle de la réalité de la menace à l'ordre public invoqué par le maire, mais se limite à un contrôle du détournement de pouvoir, qui se solde du reste par un rejet.

⁴ CE, 14 août 1903, *MM. Jourdain, Tison et autres c/ maire de Denain*, *Rec.*, p 854 : « En ce qui concerne les articles 3 et 4 prohibant l'usage des instruments de musique, les chants et insignes religieux et le port des ornements sacerdotaux dans les convois funèbres : – Considérant qu'il résulte de l'instruction et des rapports ci-dessus visés "qu'aucune manifestation hostile ne s'est jamais produite à Denain pendant les enterrements, et que les prohibitions édictées à cet égard blessent inutilement la population" ; que, dans ces circonstances, l'intérêt de la sécurité publique n'étant pas en jeu, le maire de Denain ne pouvait, pour prohiber les cérémonies dont il s'agit, fonder son arrêté d'interdiction sur les dispositions de l'article 97 précité »

⁵ CE, 9 février 1904, *Abbés Poirier, curé de Bonny, et Berthier, vicaire c/ un arrêté du maire de Bonny*, *Rec.*, p 896 : « En ce qui concerne l'article 3, aux termes duquel le clergé requis d'accompagner un convoi funèbre ne peut effectuer le trajet de la maison mortuaire à l'église et de l'église au cimetière, revêtu d'ornements sacerdotaux, ni se faire précéder d'insignes et emblèmes religieux quelconques : – Considérant que si l'article 18 du décret du 23 prairial an XII autorise implicitement, en conformité de l'article 45 de la loi du 18 germinal an X, les cérémonies du culte extérieur pour les inhumations, il ne fait pas obstacle à l'exercice des pouvoirs de police conférés à l'autorité municipale par la loi du 5 avril 1884 ; Mais considérant que la disposition incriminée ne vise pas seulement, dans un intérêt de police, les manifestations religieuses sur la voie publique, à l'occasion des enterrements, et la sortie processionnelle du clergé ; qu'elle s'étend encore aux insignes et emblèmes religieux et peut, dans les conditions où elle en défend l'exhibition, avoir

Cet appel aux précédents pêche pas une trop grande sélectivité. En effet, pour accréditer l'idée d'une continuité dans l'esprit du contrôle juridictionnel, le commissaire du gouvernement n'évoque que les rares décrets favorables à l'exercice du culte qui se sont soldés par une sanction des arrêtés attaqués. Mais nous avons vu que ces décisions isolées (si l'on se réfère au *Recueil Lebon*, qui recense la plupart des décrets d'abus, les déclarations d'abus représentent quatre décisions sur plus de cinquante en matière de police des cultes, de 1880 à 1905) ne reflètent en rien l'orientation générale de la jurisprudence d'abus et apparaissent largement comme le résultat des considérations d'opportunité qui ont souvent guidées le juge de l'abus². Dès lors, si les décrets cités par Chardenet permettent d'affirmer que le contrôle des motifs de fait n'est pas sans précédent avant 1905, il n'est pas possible de soutenir que cette forme de contrôle représente la pratique habituelle et constante du juge de l'abus.

Par conséquent, l'argument du précédent paraît bien faible pour faire admettre la continuité de la jurisprudence avant et après la Séparation. Il relève du reste des pratiques discussives propres à la juridiction administrative. En effet, en soutenant l'idée d'une continuité jurisprudentielle, les commissaires du gouvernement ne cherchent pas uniquement à dégager la vérité de l'évolution du droit, mais veulent surtout convaincre le Conseil d'Etat d'approfondir son contrôle. Or, le juge administratif est traditionnellement sensible à l'argument de la continuité. Lorsqu'une évolution jurisprudentielle est envisagée, surtout quand elle est audacieuse, il faut, aux yeux du Conseil d'Etat, qu'elle ne soit pas brutale et qu'elle trouve au contraire des racines dans un long travail jurisprudentiel de préparation³. D'où l'importance, pour les commissaires du gouvernement, de trouver des points d'appui dans la tradition pour faire admettre une évolution. Les propos précités des commissaires relèvent donc sans doute d'une *stratégie argumentative* visant l'adhésion de la formation de jugement. C'est pourquoi il faut nuancer l'importance des explications de Chardenet ou de Saint-Paul.

* *
*

pour effet d'empêcher le transport ostensible du matériel du culte hors de l'église, et par suite, l'accomplissement des cérémonies de la religion catholique au cimetière ».

¹ Concl. Saint-Paul sur CE, 19 mars 1909, *Deguille, Rec.*, p 307. Le commissaire du gouvernement évoque le décret *Abbé Lesage, Berteaux et autres* du 13 août 1895 (*Rec.*, p 896), qui juge illégale une interdiction du port du viatique fondée sur ce que cette cérémonie « *a pour grave inconvénient d'effrayer les habitants qui se rendent compte de l'importance de la mortalité par cette cérémonie religieuse extérieure* ».

² Voir *supra*, n°570 et s.

³ Yves Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, BDP, LGDJ, 1972 ; Maryse Deguegue, « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *Droits*, 1994, n°20, p 125-132 ; Jacques-Henri Stahl, « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *R.A.*, 1997, n°spécial, p 36-39 ; Jean Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1955, p 27-36 ; Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p 118 et s.

592. Pour clore la question des manifestations du culte sur la voie publique, il faut souligner que la jurisprudence du Conseil d'Etat influence d'autres contentieux sous la IIIe République. En ce sens, l'approfondissement du contrôle des motifs inauguré pour le port du viatique ou les convois funèbres se développe, à partir des années 1910, à l'égard des cortèges civils, fanfares et défilés des sociétés musicales. Mais, tandis que le juge se prononce essentiellement sur des arrêtés d'interdiction dans le contentieux de la police des cultes, les cortèges civils sont la plupart du temps soumis par les maires à des régimes d'autorisation ou de déclaration préalable. Le Conseil d'Etat juge légale une telle réglementation dès lors qu'elle respecte le principe d'égalité en s'appliquant à toutes les sociétés musicales placées dans la même situation¹. De même, l'attribution des autorisations individuelles doit respecter l'égalité entre les différents bénéficiaires². Par ailleurs, lorsque le maire interdit un cortège soumis à déclaration ou refuse une autorisation sur le fondement d'un motif d'ordre public, le juge administratif contrôle le but et les motifs de droit de la décision³, puis examine ses motifs de fait en s'assurant que les considérations invoquées sont réelles⁴. En revanche, il ne semble pas que le Conseil d'Etat examine, dans le contentieux des cortèges civils et politiques, la nécessité des mesures prises.

Si les progrès du contrôle juridictionnel acquis dans le contentieux de la police des cultes influencent d'autres secteurs de la jurisprudence, ils subissent aussi le contrecoup de l'histoire politique mouvementée de la fin de la IIIe République. C'est ainsi qu'à la suite du regain des tensions politiques consécutif notamment à la crise du 6 février 1934 et au développement des ligues d'extrême droite, le gouvernement réglemente les manifestations sur la voie publique par le décret-loi du 23 octobre 1935⁵. L'article 1^{er} soumet à déclaration préalable tous les cortèges, défilés, rassemblements et toutes autres manifestations sur la voie publique. A première vue, le décret-loi consacre donc une des formes les plus libérales de réglementation des libertés publiques. Le sentiment de libéralisme est conforté par la fin de l'article 1^{er} qui exclut du champ de la déclaration

¹ Solution acquise dès la fin du XIXe siècle : CE, 5 avril 1889, *Société philanthropique de Marans, D.P.*, 1890, III, p 76 ; CE, 3 juin 1927, *Société La Cocarde, Rec.*, p 635.

² CE, 6 mars 1914, *Indépendante de Bléneau, Rec.*, p 305 ; CE, 23 décembre 1932, *Société L'Eveil de Contres* et CE, 6 décembre 1933, *Société de gymnastique L'Avenir d'Oyonnax, D.P.*, 1936, III, p 9, note Pierre Duclos.

³ Pour une sanction du détournement de pouvoir : CE, 28 juillet 1911, *Société musicale La Fraternelle, Rec.*, p 884 ; CE, 6 mars 1914, *Indépendante de Bléneau, Rec.*, p 305 ; CE, 19 novembre 1924, *Société d'Union musicale de Cinq-Mars, Rec.*, p 906 ; CE, 14 novembre 1914, *Société de gymnastique L'Avenir de Vinneuf, Rec.*, p 1090.

⁴ CE, 3 février 1911, *Boillot, D.P.*, 1913, III, p 19 ; CE, 10 novembre 1911, *Société de tir et de préparation militaires « Les alpins », D.P.*, 1913, III, p 19 ; CE, 8 avril 1911, *Puntous, D.P.*, 1913, III, p 19 ; CE, 10 mars 1911, *Bourgoin, D.P.*, 1913, III, p 19 ; CE, 9 mars 1917, *Société de tir et de préparation militaire de Saint-Hilaire de Villefranche, Rec.*, p 223 ; pour le contrôle des motifs de fait d'un arrêté d'interdiction : CE, 26 mars 1924, *Sieur Grognard, Rec.*, p 328.

⁵ *D.P.*, 1935, IV, p 367.

préalable toutes les sorties sur la voie publique conformes aux usages locaux ; il y a là une consécration législative de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de processions traditionnelles, d'enterrements et de port du viatique. Mais tout en rendant un hommage implicite à l'œuvre du Conseil d'Etat, le décret-loi du 23 octobre 1935 s'avère restrictif pour les autres formes de manifestations, notamment politiques, en donnant à l'autorité de police le droit de s'opposer au cortège par un arrêté individuel d'interdiction. Dès lors, la combinaison d'une déclaration préalable et du droit d'opposition de l'administration rapproche le régime des manifestations d'un système d'autorisation préalable¹. Aussi, le modèle de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de cultes ne connaît pas une diffusion universelle sous la IIIe République².

B. – Les emblèmes et signes religieux.

593. La jurisprudence relative aux signes et emblèmes religieux est beaucoup moins abondante que dans les contentieux précédents. Deux types de problèmes ont occupé le Conseil d'Etat, à savoir l'application de l'article 28 de la loi de Séparation dans les cimetières et la question de la réglementation du port et de la vente des drapeaux.

594. Sur le premier point, rappelons que l'article 28 précité interdit « *à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions.* ». Dans plusieurs décisions, le juge administratif a précisé les limites de cette interdiction et le champ des exceptions prévues.

L'arrêt *Gonot, curé de Perrigny-sur-Armançon* du 21 janvier 1910³ délimite les rapports entre l'article 28 et les pouvoirs de police du maire. Par un arrêté fondé sur l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, un maire prescrit l'enlèvement d'une croix de 4 mètres installée sur un terrain de sépulture dans un cimetière, puis interdit à l'avenir la pose de croix identiques ou aux dimensions exagérées, revêtant le caractère d'emblèmes religieux⁴. Au premier abord, l'arrêté du maire méconnaît l'article 28 car si l'apposition d'emblèmes religieux est prohibée sur les lieux et monuments publics, il existe une exception en faveur des terrains de sépulture. Mais dans les motifs de sa décision, le maire

¹ Voir Joseph Barthélémy, *Précis de droit public*, 1937, rééd Dalloz, 2006, p 117 et s.

² Le décret-loi du 23 octobre 1935 est aujourd'hui encore applicable, mais le contrôle du juge sur les motifs des décisions d'interdiction s'est intensifié par rapport à la IIIe République. Voir David Szymczak, « Liberté de manifestation et de réunion pacifiques », in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Marguénaud, Stéphane Rials, Frédéric Sudre (dir), PUF, 2008, p 633.

³ CE, 21 janvier 1910, *Gonot, curé de Perrigny-sur-Armançon, Rec.*, p 49, concl. Saint-Paul.

⁴ Concl. Saint-Paul sur CE, 21 janvier 1910, *Gonot, curé de Perrigny-sur-Armançon, Rec.*, p 49.

estime que par ses dimensions excessives, la croix a pour effet de donner une consécration religieuse au cimetière dans son ensemble, et pas seulement à la concession funéraire sur laquelle elle est implantée : « *Considérant que cette croix, portant pour inscription "O crux, ave, spes unica, 1906", repose sur un terrain qui n'a reçu aucune inhumation ; que, par sa forme, elle doit être considérée plutôt comme un emblème religieux que comme un monument funéraire ; qu'en la circonstance, le curé a voulu donner ainsi au cimetière communal une consécration religieuse, en y faisant placer cette croix, dominant, par sa dimension disproportionnée, tous les autres monuments funéraires existant dans le cimetière.* »¹. Comme l'explique le commissaire du gouvernement Saint-Paul, la nature des mesures prescrites et les motifs qui les fondent montrent que le maire a entendu mettre en œuvre le principe de neutralité religieuse applicable aux cimetières en vertu de la loi du 14 novembre 1881 et de l'article 28 de la loi de 1905. Mais, relève Saint-Paul, la prévention des atteintes à la neutralité des cimetières n'est pas un but licite de la police municipale. Celle-ci peut légitimement intervenir pour réglementer les emblèmes, mais elle doit le faire dans l'intérêt d'une des composantes de l'ordre public, comme la sécurité ou la salubrité publiques.

Suivant son commissaire, le Conseil d'Etat juge que le maire a commis un détournement de pouvoir et indique implicitement que des mesures de police à l'égard des emblèmes doivent être justifiées par un des intérêts définis par l'article 96 de la loi du 5 avril 1884 (sécurité, salubrité, tranquillité, bon ordre ou décence des cimetières).

595. Par la suite, le Conseil d'Etat a précisé, dans un arrêt du 4 juillet 1924², que les monuments dédiés aux morts de la Guerre bénéficient, alors même qu'ils ne recouvrent aucune sépulture, de l'exception prévue par l'article 28 à l'interdiction de l'apposition d'emblèmes religieux. Le Conseil d'Etat considère en outre que tout en bénéficiant de cette exception, l'apposition d'emblèmes sur les monuments aux morts peut être réglementée par le maire sur le fondement de ses pouvoirs de police municipale. Mais il juge illégale une mesure de police interdisant le dépôt sur le monument de couronnes de fleurs en forme de croix, dès lors que cette prohibition n'est justifiée par aucune menace de troubles. Enfin, dans l'arrêt *Dame Gervais et autres* du 19 novembre 1926³, le juge administratif admet qu'un maire peut refuser d'autoriser la construction d'un monument funéraire de caractère confessionnel sur un terrain de sépulture accueillant les corps de tous les soldats de la commune morts à la guerre, quelles que soient leurs appartenances religieuses.

¹ Concl. Saint-Paul sur CE, 21 janvier 1910, *Gonot, curé de Perrigny-sur-Armançon, Rec.*, p 49.

² CE, 4 juillet 1924, *Abbé Guerle, D.P.*, 1924, III, p 48, concl. Mayer.

³ CE, 19 novembre 1926, *Dame Gervais et autres, D.P.*, 1927, III, p 27.

596. La seconde question que le juge administratif a eu à connaître est relative aux drapeaux. La comparaison des solutions antérieures et postérieures à la Séparation est particulièrement illustrative de la conciliation plus exigeante entre l'ordre public et les libertés qui domine la jurisprudence de Séparation. L'arrêt *Baldy c/ préfet de Saône-et-Loire* du 10 août 1917 (et les dix décisions identiques du même jour) représente la décision de principe. Le Conseil d'Etat se prononce sur plusieurs arrêtés préfectoraux restreignant le port et la vente des drapeaux dans les termes suivants : « Art. 1^{er}. – Est seule autorisée, soit sur la voie publique, soit dans tous les édifices et emplacements librement ouverts au public, l'exhibition de drapeaux aux couleurs nationales, sans addition d'aucun emblème, et celle de drapeaux des nations alliées ou des nations neutres. Art 2. – Sont interdits la vente et le port sur la voie publique ou dans les établissements ouverts au public des insignes aux couleurs nationales, quelle qu'en soit la forme, s'ils sont revêtus d'un emblème quelconque. »¹. Ces dispositions rappellent des arrêtés à la portée analogue pris par les préfets à la fin du XIXe siècle, dont certains ont été déférés au juge de l'abus. Dans un décret d'abus du 21 février 1902, le Conseil d'Etat a ainsi statué sur un arrêté du préfet de la Haute-Vienne interdisant « dans le département l'exposition et le port de drapeaux soit sur la voie publique, soit dans les édifices, emplacements et locaux ouverts au public, en exceptant les drapeaux aux couleurs nationales, française ou étrangères et ceux servant d'insignes aux sociétés autorisées et approuvées. »². A l'époque, le recours s'était soldé par une confirmation de la décision attaquée, sans examen des motifs de fait par le Conseil d'Etat³.

597. En 1917, la donne a changé. Guidé par le commissaire du gouvernement Corneille, le juge administratif exerce un contrôle poussé de la nécessité des mesures prises par les préfets. Cette exigence de nécessité, Corneille la formule en des termes célèbres qui délimitent le *cadre argumentatif* synthétisant l'esprit de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de police administrative depuis le début du XXe siècle : « pour déterminer l'étendue d'un pouvoir de police dans un cas particulier, il faut se rappeler que les pouvoirs de police sont toujours des restrictions aux libertés des particuliers, que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble des libertés des citoyens, que la Déclaration des droits de l'homme est, explicitement ou implicitement, au frontispice des constitutions républicaines, et que toute controverse de droit public doit partir de ce point de vue que la liberté est la règle, et la restriction de police l'exception. »⁴. On ne trouve

¹ Concl. Corneille sur CE, 10 août 1917, *Baldy c/ Préfet de Saône-et-Loire*, D.P., 1920, III, p 26.

² CE, 21 février 1902, *Demoiselle Robin c/ préfet de la Haute-Vienne*, Rec., p 812. Voir aussi CE, 21 février 1902, *M. Lecoq-Maisonneuve, curé de Ploeuic c/ le préfet des Côtes-du-Nord*, Rec., p 813.

³ Voir *supra*, n°576 et s.

⁴ Concl. Corneille sur CE, 10 août 1917, *Baldy c/ Préfet de Saône-et-Loire*, D.P., 1920, III, p 26.

pas, dans la production des commissaires du gouvernement depuis les débuts de la République, affirmation plus nette du primat des droits individuels.

Par ailleurs, comme Chardenet dans l'affaire *Abbé Olivier et autres c/ maire de Sens*, Corneille estime que le contrôle du fait mis en œuvre par le juge administratif est une conséquence de l'objectif de protection des libertés publiques, car il permet seul de vérifier que l'ordre public est effectivement en jeu et que les mesures prises par l'autorité de police sont strictement nécessaires à sa sauvegarde.

598. Ayant posé les principes du contrôle, le commissaire du gouvernement analyse ensuite finement la légalité des dispositions préfectorales. D'abord, il estime que l'interdiction de l'exhibition des drapeaux autres que nationaux sur la voie publique et dans les édifices et emplacements ouverts au public est beaucoup trop large. Si elle se conçoit pour la voie publique, elle s'étend aussi aux commerces qui, par l'effet de cette mesure, subissent une limitation de la liberté du commerce et de l'industrie puisque les drapeaux ne peuvent être vendus sans être exposés. Or, constate Corneille, aucune menace réelle à l'ordre public ne justifie pareille restriction. De même, l'ordre public dans les églises n'est pas compromis par l'exhibition de drapeaux autres que le drapeau national, ou du drapeau national orné d'un emblème. Plus grave, l'arrêté attaqué méconnaît le droit d'occupation dont les catholiques jouissent sur les églises en vertu de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907. En effet, cette disposition telle qu'interprétée par le Conseil d'Etat protège le droit du ministre du culte d'organiser et de diriger les cérémonies religieuses dans les édifices du culte. Or ce droit comporte celui d'exposer dans l'église tout type d'emblème religieux, ou le drapeau national orné d'un signe religieux.

Enfin, sur l'article 2 de l'arrêté attaqué, Corneille distingue soigneusement *l'acte individuel* de *l'acte collectif*. Le port individuel d'un insigne aux couleurs nationales revêtu d'un emblème religieux ne représente en lui-même aucune menace pour l'ordre public. Bien plus, explique le commissaire du gouvernement, ce comportement n'est jamais « *affaire de police* » car l'association individuelle du sentiment patriotique et du sentiment religieux est une question de conscience et jamais d'ordre public. En revanche, si les couleurs nationales sont associées à des symboles religieux dans le cadre de manifestations collectives, alors la réglementation du port du drapeau est licite car les emblèmes deviennent des signes de reconnaissance qui peuvent conduire leurs porteurs à s'affronter et à troubler l'ordre public.

Le Conseil d'Etat suit ces propositions et censure partiellement l'arrêté : « *En ce qui concerne la voie publique : Considérant que les exhibitions sur la voie publique de toute nature et leurs dépendances d'emblèmes associés aux couleurs nationales sont, d'une manière générale, de nature*

à compromettre la sûreté et la tranquillité publiques ; qu'ainsi, le préfet a pu, par application de l'article 99 précité, en prononcer l'interdiction ; En ce qui concerne les édifices et emplacements ouverts au public : Considérant que lorsqu'un édifice ou un emplacement qui n'est pas une dépendance de la voie publique n'est ouvert au public qu'en raison d'une affectation ou en vue d'un usage limitativement déterminé, l'exhibition dans ces édifices ou emplacements d'emblèmes correspondant à cette affectation ou à cet usage, lorsqu'elle ne présente pas par elle-même un danger pour la sûreté et la tranquillité publiques, ne change pas de caractère par le seul fait que ces emblèmes sont associés aux couleurs nationales ; qu'il en est ainsi notamment pour les emblèmes religieux exposés dans les lieux de culte ; que, dès lors, l'arrêté par lequel le préfet de Saône-et-Loire n'a autorisé l'exhibition de drapeaux aux couleurs nationales que sans addition d'aucun emblème dans tous les édifices et emplacements librement ouverts au public, sans exception ni restriction aucune, est, à raison de sa généralité, entaché d'excès de pouvoir ; Sur les conclusions tendant à l'annulation de l'article 2 : Considérant que s'il appartenait au préfet de Saône-et-Loire de réglementer l'exhibition sur la voie publique des insignes aux couleurs nationales revêtues d'emblèmes, et d'en interdire la vente, la distribution et le port effectués en vue de participer à des manifestations collectives susceptibles de troubler l'ordre, aucun motif de cette nature ne pouvait être invoqué pour légitimer l'interdiction d'actes purement individuels, tel que le port isolé des mêmes insignes »¹.

599. Finalement, comme en 1902, le Conseil d'Etat admet l'interdiction de l'exhibition, de la vente et de la distribution, sur la voie publique, du drapeau national orné d'un emblème, en posant une présomption de menace à l'ordre public (l'exhibition est « d'une manière générale » de nature à compromettre la sûreté et la tranquillité publiques) qui prolonge la présomption posée en matière de processions « ordinaires ».

En revanche, contrairement aux décrets d'abus de 1902, le Conseil d'Etat censure l'interdiction de l'exhibition des drapeaux associés à des emblèmes dans les édifices ouverts au public, notamment les commerces et les églises. Enfin, le juge administratif sanctionne l'arrêté dans la mesure où il inclut dans le champ de l'interdiction le port simplement individuel des couleurs nationales associées à des emblèmes quelconques, alors que le juge de l'abus avait implicitement admis cette réglementation. Si la nouvelle jurisprudence ne bouleverse pas totalement les solutions

¹ CE, 10 août 1917, *Baldy c/ Préfet de Saône-et-Loire*, D.P., 1920, III, p 26. Le Conseil d'Etat et Corneille repoussent le moyen tiré du détournement de pouvoir en affirmant que le préfet a eu en vue la protection de l'ordre public et non des considérations de lutte religieuse comme l'alléguait les requérants ; mais l'argument n'était pas infondé semble-t-il compte tenu des motifs de l'arrêté ; en effet, sans être fondé sur des mobiles anticléricaux, l'arrêté avait pour but de rendre au drapeau son véritable caractère, ce qui n'est pas vraiment un but d'ordre public.

dégagées dans le cadre du recours pour abus, si le contexte des manifestations collectives suscite encore l'inquiétude du juge administratif (qui admet plus largement à leur égard la limitation des droits individuels), il n'en reste pas moins que les progrès du contrôle juridictionnel sont notoires ; les nécessités de l'ordre public sont plus précisément analysées, ce qui conduit dans cette affaire à une meilleure protection de la liberté des cultes et de la liberté du commerce et de l'industrie, en permettant notamment l'usage des couleurs nationales associées aux symboles religieux à l'intérieur des églises¹.

C. – *Les sonneries de cloches*².

600. Avec les sonneries de cloches s'achève l'analyse de la jurisprudence administrative en matière de police des cultes après la Séparation. Ce domaine est particulièrement intéressant car il s'agit de l'exemple le plus abouti, au sein du contentieux de la police des cultes, de conciliation par le juge de l'excès de pouvoir entre l'ordre public et les libertés. Il est vrai que contrairement aux manifestations du culte sur la voie publique, qui sont la plupart du temps purement et simplement interdites, les sonneries de cloches donnent lieu à des réglementations complexes, combinant plusieurs paramètres. Le contentieux de l'excès de pouvoir a donc été l'occasion d'un contrôle nuancé des motifs de fait et des exigences de l'ordre public. Outre cet aspect strictement juridique, la jurisprudence sur les sonneries de cloches a aussi directement influé sur l'évolution des sensibilités sonores, en traçant la délicate frontière entre les limitations légales ou illégales à la liberté de sonner. Après avoir rappelé le cadre législatif posé par la loi de Séparation, nous étudierons successivement la jurisprudence relative aux sonneries religieuses, puis aux sonneries civiles.

601. Le cadre législatif est fixé par l'article 27 de la loi de 1905 qui confie au maire la réglementation des sonneries de cloches, avec la possibilité d'un veto du président de l'association

¹ Dans le même sens : CE, 8 février 1918, *Martinne et autres, Dlle Le Tourneur, Nègre (3 espèces)*, *Rec.*, p 106 ; pour l'annulation d'une interdiction du port, dans la rue, de bannières et drapeaux de tous genres : CE, 30 juillet 1927, *Sieur Boudou*, *Rec.*, p 872.

² Voir Paul Bénézech, *La police extérieure du culte*, Thèse, Toulouse, 1912 ; Paul Richard, *La liberté des cultes et les pouvoirs de police des maires sous le régime de la Séparation*, Thèse, Caen, 1913 ; Lucien Crouzil, « Le droit d'occupant dans les églises », *Recueil de législation de Toulouse*, 1909, tome V, p 140-184 ; Lucien Crouzil, *Quarante ans de Séparation (1905-1945). Etude historique et juridique*, Didier, 1946 ; Joseph Barthélémy, « Les rapports entre l'Etat français et l'Eglise catholique depuis la séparation », *Jahrbuch des öffentlichen rechts*, Band VIII, Tubingen, 1914, p 283 et s ; Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 12^{ème} éd, 1933, rééd Dalloz, 2002 ; René Durnerin, *De la situation juridique des édifices domaniaux affectés au culte catholique*, Thèse, Paris, 1933 ; Didier Jousselin, *L'excès de pouvoir en matière de cultes devant la jurisprudence*, Thèse, Paris, 1921 ; Emmanuel Tawil, *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse. Le Conseil d'Etat et le régime des cultes depuis la loi de 1905*, PUAM, 2009, p 71 et s et p 106 et s.

culturelle qui, s'il est exercé, saisit le préfet de la police des sonneries de cloches. Ensuite, le règlement d'administration publique du 16 mars 1906, prévu par l'article 27, précise dans son article 50 la procédure à suivre dans l'édition des arrêtés¹. Enfin, l'article 51 de ce dernier texte détermine les cas où les sonneries civiles sont autorisées : « *Les cloches des édifices servant à l'exercice public du culte peuvent être employées aux sonneries civiles dans les cas de péril commun qui exigent un prompt secours. Si elles sont placées dans un édifice appartenant à l'Etat, au département ou à la commune, ou attribué à l'association culturelle en vertu des articles 4, 8, 9 de la loi du 9 décembre 1905, elles peuvent en outre être utilisées dans les circonstances où cet emploi est prescrit par les dispositions des lois ou règlements ou autorisé par les usages locaux.* ».

Au lendemain de la Séparation, certains catholiques ont soulevé le problème de la compétence du maire pour réglementer les sonneries en l'absence d'associations culturelles catholiques. En effet, puisque l'article 27 de la loi de Séparation et l'article 50 du décret du 16 mars 1906 prévoient la transmission de l'arrêté municipal au président de l'association culturelle, il est possible de considérer que les arrêtés pris sans respecter cette formalité sont affectés d'un vice de forme². Mais rapidement, le Conseil d'Etat a répondu que la non constitution d'associations culturelle n'était pas susceptible de paralyser le pouvoir réglementaire du maire, qui demeure dans sa plénitude nonobstant la non transmission de l'arrêté au président de l'association culturelle³.

602. Abordons maintenant la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les sonneries religieuses. Dans ce domaine, les règlements des maires sont structurés autour de quatre principaux paramètres. Il s'agit d'abord du *moment* des sonneries dans la journée : souvent, les arrêtés prévoient que les cloches ne pourront être sonnées avant une certaine heure le matin et après une certaine heure le soir. Ensuite, la *durée* des sonneries peut être limitée à une valeur plafond. De même, le *nombre* des sonneries

¹ Règlement d'administration publique du 16 mars 1906, article 50 : « *L'arrêté pris dans chaque commune par le maire à l'effet de régler l'usage des cloches, tant pour les sonneries civiles que pour les sonneries religieuses, est avant la transmission au préfet ou sous-préfet, communiqué au président ou directeur de l'association culturelle. Un délai de quinze jours est laissé à celui-ci pour former à la mairie, s'il y a lieu, une opposition écrite et motivée dont il sera délivré le récépissé. A l'expiration du dit délai, le maire transmet au préfet son arrêté, qui, à défaut d'opposition, est exécutoire dans les conditions prévues par les articles 95 et 96 de la loi du 5 avril 1884. En cas d'opposition, il est statué par arrêté préfectoral.* ».

² Voir Paul Bénézech, *La police extérieure du culte*, Thèse, Toulouse, 1912, p 73 et s.

³ CE, 5 août 1908, *Leclercq et Gruson, Rec.*, p 866 : « *Considérant que si, aucune association culturelle n'ayant été formée dans la commune de Tourcoing, il était impossible de procéder à la communication prévue par le § 1^{er} de l'article 50 du décret du 16 mars 1906, cette circonstance ne pouvait avoir pour effet de priver le maire du droit qui lui est conféré par l'article 27 de la loi du 9 décembre 1905, de régler les sonneries de cloches et qu'ainsi l'arrêté qu'il a pris à cet effet est devenu exécutoire dans les conditions déterminées par les articles 95 et 96 de la loi du 5 avril 1884* ». Dans le même sens : CE, 30 juillet 1909, *Abbé Jourdan et autres c/ maire de Besse, Rec.*, p 781. La Cour de cassation s'est prononcée dans le même sens : Cass. crim., 7 et 21 décembre 1907, *D.P.*, 1909, I, p 161 ; Cass. crim., 8 février 1908, *D.P.*, 1908, I, p 144. Cette position est aussi celle du ministre des cultes Aristide Briand dans une circulaire du 21 janvier 1907 (citée par Paul Bénézech, *La police extérieure du culte*, Thèse, Toulouse, 1912, p 75).

réalisées pour chaque office est souvent réglementé. Enfin, les maires soumettent parfois les sonneries à *autorisation préalable*. La combinaison de ces paramètres est variable suivant les communes, certains maires se bornant à ne réglementer qu'un seul aspect, d'autres prévoyant en revanche des dispositions pour plusieurs d'entre eux.

603. Le contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur les motifs des règlements municipaux est très poussé. Comme dans les autres secteurs du contentieux de la police des cultes, le Conseil d'Etat impose à l'autorité de police d'assurer la conciliation des exigences de l'ordre public avec le respect de la liberté des cultes¹. Le Conseil d'Etat procède à deux appréciations factuelles, dont l'importance est soulignée par le Commissaire du gouvernement Saint-Paul à l'occasion de l'affaire *Morel et autres* jugée le 5 août 1908². Le juge recherche d'abord si la réglementation des cloches apporte une limitation au libre exercice du culte. Pour ce faire, il examine plus précisément si la décision attaquée a pour « *conséquence la suppression des sonneries de nombreux offices et exercices religieux* »³. Si tel est le cas, il recherche si cette atteinte est strictement justifiée par la nécessité de maintenir l'ordre public (dans le contentieux des cloches, c'est essentiellement la tranquillité publique, le repos des habitants qui est en jeu). Dans l'écrasante majorité des cas, l'examen du Conseil d'Etat se solde par l'annulation totale ou partielle des arrêtés litigieux, ce qui atteste de l'efficacité du contrôle des motifs mis en œuvre.

604. De la jurisprudence touffue du Conseil d'Etat, ressortent des régularités dans les solutions qui forment une politique jurisprudentielle cohérente.

D'abord, l'interdiction pure et simple des sonneries religieuses est en principe exclue⁴. Mais, exceptionnellement, elle peut être légalement prononcée lorsqu'elle est fondée sur des motifs de sécurité publique, pour éviter par exemple l'écroulement d'un clocher menaçant ruine⁵.

La plupart du temps, les maires se bornent à *réglementer* les sonneries de cloches. D'une manière générale, seuls le *moment* et la *durée* des sonneries peuvent légalement faire l'objet d'une

¹ Par exemple : CE, 5 août 1908, *Morel et autres*, *Rec.*, p 858, concl. Saint-Paul : « *Considérant que s'il appartient au maire, en vertu de l'article 27 de la loi du 9 décembre 1905 et de l'article 50 du décret du 16 mars 1906, de régler l'usage des cloches des églises dans l'intérêt de l'ordre et de la tranquillité publique, il est tenu de concilier l'exercice de ce pouvoir avec le respect de la liberté des cultes garantie par l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 et l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907* ».

² Sur l'esprit du contrôle du juge, voir les conclusions du commissaire du gouvernement Saint-Paul sur CE, 5 août 1908, *Morel et autres*, *Rec.*, p 858 ; Saint-Paul souligne clairement la nécessité d'un examen précis des faits.

³ Par exemple : CE, 5 août 1908, *Morel et autres*, *Rec.*, p 858, concl. Saint-Paul.

⁴ CE, 23 février 1913, *Abbé Allote de la Faye*, *Rec.*, p 285 ; CE, 4 août 1913, *Abbé Valette*, *Rec.*, p 965.

⁵ CE, 16 décembre 1910, *Commune de Trainel*, *D.P.*, 1913, III, p 8 ; de même, légalité d'une interdiction dans l'intérêt de la défense nationale : CE, 21 juillet 1916, *Abbé Mangold*, *Rec.*, p 308 ; ou une interdiction des sonneries des services funèbres en cas d'épidémie : CE, 7 août 1920, *Abbé Prioux*, *Rec.*, p 865.

réglementation. De plus, le juge administratif limite la marge d'appréciation des maires pour chacun de ces deux paramètres. Ainsi, la limitation de la durée des sonneries à moins de 10 minutes n'a jamais été jugée légale du point de vue de la liberté des cultes¹. En revanche, à partir de 10 minutes et au delà, la réglementation est admissible². Pour ce qui concerne le moment des sonneries dans la journée, l'interdiction ne doit pas être trop tardive dans la matinée et trop précoce dans la soirée. Par exemple, ont été jugées illégales : l'interdiction des sonneries religieuses avant 7 ou 8 heures du matin selon les saisons et après 8 heures du soir en tout temps³ ; avant six heures du matin et après sept heures du soir du 1^{er} avril au 30 septembre, avant sept heures du matin et après cinq heures du soir du 1^{er} octobre au 31 mars⁴ ; de 5 heures du soir et 7 heures du matin du 1^{er} octobre au 31 mars, de 8 heures du soir et 5 heures du matin du 1^{er} avril au 30 septembre⁵ ; de 9 heures du soir et 5 heures du matin du 1^{er} avril au 30 septembre, de 8 heures du soir et 6 heures du matin du 1^{er} octobre au 31 mars, excepté pour la nuit de Noël⁶ ; avant 6 heures du matin et après 6 heures du soir du 1^{er} novembre au 1^{er} mai, sauf pendant la nuit de Noël, 5 heures du matin et 7 heures du soir à partir du 1^{er} mai⁷ ; avant 7 heures ou 7 heures et demie suivant les saisons et après 7 heures du soir en tout temps⁸ ; sonneries interdites avant le lever et après le coucher du soleil⁹ ; interdiction de toutes sonneries nocturnes¹⁰.

En revanche, ont été admises : l'interdiction des sonneries religieuses avant 6 heures du matin et après 8 heures du soir¹¹ ; avant 4 heures du matin et après 8 heures du soir du 1^{er} avril au 30 septembre, avant 5 heures du matin et après 8 heures du soir du 1^{er} octobre au 31 mars¹² ; entre 9 heures du soir et 5 heures du matin du 1^{er} avril au 30 septembre, et entre 8 heures du soir et 6 heures du matin du 1^{er} octobre au 30 mars¹³.

¹ Par exemple : CE, 13 février 1914, *Abbé Janin, Aillot et autres, Rec.*, p 181 (chaque sonnerie limitée à 5 minutes, séparée de la suivante par un intervalle d'une demi-heure) ; CE, 10 mars 1911, *Pitre et autres, Rec.*, p 285 (sonnerie limitée à 5 minutes pour les Baptêmes et 2 minutes pour les autres cérémonies) ; CE, 7 juin 1912, *Abbé Gary, Rec.*, p 641 (sonnerie limitée à 2 minutes pour les cérémonies ordinaires et 10 minutes pour les cérémonies solennelles) ; CE, 3 février 1911, *Maillary, Rec.*, p 132 (sonneries limitées à 5 minutes) ; CE, 8 mars 1912, *Abbé Canuel, Rec.*, p 328 (durée des sonneries limitée à 4 minutes) ; CE, 29 décembre 1911, *Abbé Courdurier, Rec.*, p 1259 (sonneries limitées à 3 minutes).

² CE, 26 mai 1911, *Sieur Durand, curé de Parizot, Rec.*, p 620 ; CE, 25 novembre 1925, *Abbé Le Dain, Rec.*, p 929 ; CE, 12 janvier 1923, *Sieur Lebrun, curé de Haraucourt, Rec.*, p 31.

³ CE, 5 août 1908, *Morel et autres, Rec.*, p 858.

⁴ CE, 8 avril 1911, *Abbé Pierre, Rec.*, p 465 ; CE, 24 novembre 1912, *Sommé, Rec.*, p 1086.

⁵ CE, 12 janvier 1912, *Abbé Gernel, Rec.*, p 34.

⁶ CE, 26 décembre 1930, *Abbé Tisseire, Rec.*, p 1114.

⁷ CE, 18 novembre 1910, *Abbé Vertu, Rec.*, p 799.

⁸ CE, 2 février 1912, *Abbé Cartier, Rec.*, p 130.

⁹ CE, 15 mars 1912, *Abbé Meurgey, Rec.*, p 372 ; CE, 2 février 1912, *Abbé Broussard, Rec.*, p 131.

¹⁰ CE, 26 mai 1911, *Sieur Durand, curé de Parizot, Rec.*, p 620.

¹¹ CE, 5 août 1908, *Leclercq et Gruson, Rec.*, p 866.

¹² CE, 16 décembre 1910, *Commune de Trainel, D.P.*, 1913, III, p 8.

¹³ CE, 25 novembre 1925, *Abbé Le Dain, Rec.*, p 929 ; CE, 12 janvier 1923, *Sieur Lebrun, curé de Haraucourt, Rec.*, p 31 ; CE, 26 décembre 1930, *Abbé Tisseire, Rec.*, p 1114.

S'il respecte les limites posées par le Conseil d'Etat, un arrêté respecte la liberté des cultes, non seulement s'il ne réglemente que le *moment* ou la *durée*¹, mais aussi s'il combine des dispositions sur les deux paramètres². De plus, lorsque des dispositions légalement admissibles sur le moment ou la durée sont insérées dans un arrêté s'étendant à d'autres paramètres, le Conseil d'Etat annule partiellement la décision, en maintenant la réglementation sur le moment et la durée.

La régularité de la jurisprudence sur ce dernier point suggère fortement que la réglementation des deux autres paramètres, c'est-à-dire le *nombre* des sonneries et la soumission à *autorisation préalable*, n'est jamais jugée légale. Dans un arrêt du 26 mai 1911, l'absence de réglementation sur un autre paramètre que le moment ou la durée apparaît même comme une condition de la légalité de l'arrêté attaqué : « *Considérant qu'aux termes du premier paragraphe de l'article 5 [du règlement attaqué], les diverses sonneries religieuses pour baptêmes, messes, offices divers ne peuvent avoir qu'une durée de dix minutes ; que si cette disposition a déterminé la durée maximum de chaque sonnerie, elle n'a pas limité le nombre des sonneries pour chaque cérémonie du culte ; qu'ainsi, elle n'a pas pour conséquence d'entraver les exercices religieux* »³.

Enfin, et naturellement, le Conseil d'Etat annule totalement les arrêtés qui ne respectent pas les limites fixées s'agissant du moment et de la durée et interviennent en outre sur les autres paramètres, c'est-à-dire le nombre et la soumission à autorisation préalable⁴.

605. Le contrôle du fait est aussi mis en œuvre en matière de sonneries civiles. Aux termes de l'article 51 du décret du 16 mars 1906, ces dernières ont lieu exclusivement en cas de péril commun exigeant un prompt secours, quand les lois et règlements le prévoient, et en présence d'un usage local. Les deux premières hypothèses n'ont pas posé de problème particulier en jurisprudence ;

¹ CE, 26 mai 1911, *Sieur Durand, curé de Parizot, Rec.*, p 620 ; CE, 16 décembre 1910, *Commune de Trainel, D.P.*, 1913, III, p 8 ; CE, 26 décembre 1930, *Abbé Tisseire, Rec.*, p 1114. En revanche, même s'il ne porte que sur le moment ou la durée, un arrêté peut être annulé s'il excède les limites définies par le juge administratif. Par exemple, pour des arrêts jugeant illégaux des arrêtés ne portant que sur un seul paramètre : CE, 8 juillet 1910, *Abbé Carlin, Rec.*, p 566 ; CE, 18 novembre 1910, *Abbé Vertu, Rec.*, p 799 ; CE, 12 janvier 1912, *Abbé Gernel, Rec.*, p 34 ; CE, 24 novembre 1912, *Sommé, Rec.*, p 1086 ; CE, 8 avril 1911, *Abbé Pierre, Rec.*, p 465 ; CE, 15 mars 1912, *Abbé Meurgey, Rec.*, p 372 ; CE, 2 février 1912, *Abbé Cartier, Rec.*, p 131 ; CE, 4 août 1913, *Abbé Poirier, Rec.*, p 963.

² CE, 25 novembre 1925, *Abbé Le Dain, Rec.*, p 929 ; CE, 12 janvier 1923, *Sieur Lebrun, curé de Haraucourt, Rec.*, p 31.

³ CE, 26 mai 1911, *Sieur Durand, curé de Parizot, Rec.*, p 620.

⁴ Exemples de motivations explicites par lesquelles le juge précise que les dispositions attaquées, « *dans leur ensemble, ont pour conséquence la suppression de sonneries de nombreux offices et exercices religieux* » : CE, 5 août 1908, *Morel et autres, Rec.*, p 858 ; CE, 8 mars 1912, *Abbé Hachard, Rec.*, p 328 ; CE, 9 février 1912, *Baudequin et autres, Rec.*, p 177 ; CE, 10 mars 1911, *Pitre et autres, Rec.*, p 285 ; CE, 30 décembre 1910, *Abbé Prat et autres, Rec.*, p 1039 ; CE, 11 novembre 1910, *Abbé Barthez, Rec.*, p 765 ; CE, 26 novembre 1915, *Abbé Julien et autres, Rec.*, p 327. Voir aussi CE, 8 mars 1912, *Abbé Canuel, Rec.*, p 328 ; CE, 3 février 1911, *Maillary, Rec.*, p 132 ; CE, 12 février 1909, *Abbé Rimbaud, Rec.*, p 157. Sur l'illégalité de l'autorisation préalable en matière de sonneries de cloches : CE, 25 novembre 1925, *Abbé Le Dain, Rec.*, p 929 ; CE, 12 janvier 1923, *Sieur Lebrun, curé de Haraucourt, Rec.*, p 31.

l'usage des cloches comme un moyen d'alerte n'a jamais été contesté par les catholiques ; quant aux sonneries imposées par les lois et règlements¹, on compte celles qui accompagnent la fête nationale², la fête de Jeanne d'Arc³, l'anniversaire de l'Armistice⁴, l'inauguration d'un monument au mort⁵ et le passage du Président de la République⁶.

606. En revanche, les usages locaux ont été très souvent invoqués par les maires durant la III^e République pour prescrire des sonneries civiles, et on donné lieu à un contentieux abondant. A leur endroit, le juge de l'excès de pouvoir a développé un double contrôle⁷.

En premier lieu, confronté à la notion particulièrement indéterminée d'usage local, le Conseil d'Etat contrôle systématiquement si, *en fait*, l'autorité de police peut se prévaloir de l'existence d'un usage local⁸. A l'occasion de cet examen, le juge administratif s'interdit toute appréciation générale

¹ Voir CE, 3 juin 1927, *Abbé Fournier, Rec.*, p 636.

² Loi du 6 juillet 1880.

³ Loi du 11 juillet 1920.

⁴ Loi du 24 octobre 1922.

⁵ CE, 2 avril 1924, *Abbé Lasplaces, Rec.*, p 367. La solution est implicite mais le rattachement aux cas prévus par les lois et règlements et non aux usages locaux dès lors que l'arrêt mentionne que l'inauguration constitue une solennité nationale.

⁶ Décret du 16 juin 1907 (article 10), mentionné par Paul Bénézech, *La police extérieure du culte*, Thèse, Toulouse, 1912, p 111. Ce texte remplace un décret du 24 messidor an XII.

⁷ Le juge de l'excès de pouvoir n'est pas le seul à connaître du contentieux des sonneries de cloches ; les maires mettent aussi en jeu leur responsabilité dans l'exercice de leur pouvoir de police. Le Tribunal des conflits a précisé le régime de responsabilité et la juridiction compétence en la matière. Lorsque un maire donne aux agents de la commune l'ordre verbal d'exécuter des sonneries civiles, en l'absence d'arrêté réglementant les sonneries, alors cet ordre constitue une faute personnelle (ou une voie de fait, précise le Tribunal des conflits) s'il n'est justifié par aucune des circonstances prévues par l'article 51 du règlement d'administration publique du 16 mars 1906. Dans ce cas, la juridiction judiciaire est compétente pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre le maire, qui répondra des conséquences dommageables de son ordre sur son patrimoine personnel (TC, 22 avril 1910, *Préfet de la Côte-d'Or c/ Abbé Piment* ; TC, 4 juin 1910, *Préfet de l'Aisne c/ Abbé Mignon et autres, S.*, 1910, III, p 129, note Hauriou). Le Conseil d'Etat a complété cette jurisprudence dans un sens protecteur en conférant à l'ordre verbal du maire un double visage. Si, conformément à la jurisprudence du Tribunal des conflits, le juge judiciaire est compétent pour connaître des fautes personnelles du maire en cas d'ordre verbal pris en dehors de tout arrêté réglementaire, cette compétence n'exclut pas celle du juge administratif lorsque le requérant ne recherche pas la responsabilité du maire, mais demande l'annulation de la décision de ce dernier. Dans ce cas, le Conseil d'Etat considère l'ordre verbal comme un acte administratif et l'annule s'il ne peut se rattacher à aucune des circonstances prévues par l'article 51 du règlement d'administration publique du 16 mars 1906 (CE, 8 juillet 1910, *Abbé Bruant, S.*, 1910, III, p 129, note Hauriou ; voir aussi, pour l'engagement de la responsabilité en raison de l'édiction d'arrêtés municipaux illégaux : CE, 21 mars 1919, *Abbé Laparre, Rec.*, p 286). Dans son commentaire, Maurice Hauriou voit dans la coexistence de ces deux jurisprudences les deux approches possibles des actes administratifs. Il explique ainsi que l'ordre du maire peut être vu sous l'angle de la *décision exécutoire* ; dans ce cas, c'est le juge de l'excès de pouvoir qui est compétent. L'ordre peut aussi être envisagé du point de vue de l'*exécution*, c'est-à-dire au stade de l'action des agents administratifs ; dans cette hypothèse, c'est la responsabilité du maire et de ses agents qui est en jeu, et compte tenu de l'existence d'une faute personnelle ou d'une voie de fait, la compétence revient au juge judiciaire. La jurisprudence du Tribunal des conflits a été appliquée à de nombreuses reprises par les tribunaux civils. Pour quelques exemples, voir Paul Bénézech, *La police extérieure du culte*, Thèse, Toulouse, 1912, p 118 et s ; Paul Richard, *La liberté des cultes et les pouvoirs de police des maires sous le régime de la Séparation*, Thèse, Caen, 1913, p 96 et s.

⁸ Arrêt inaugural : CE, 5 août 1908, *Braux et autres, Rec.*, p 867 : « Considérant qu'aucune disposition de loi ou de règlement ne prescrit l'emploi des cloches des églises servant à l'exercice public du culte pour les enterrements ou les mariages civils ; qu'il résulte, d'autre part, de l'instruction, que cet emploi n'est autorisé dans la commune de Vendevre-sur-Baise par aucun usage local ».

et abstraite. En particulier, il ne reconnaît pas systématiquement comme usage local les hypothèses d'emploi des cloches identifiées comme traditionnelles par la circulaire du ministre des cultes du 17 août 1884¹. C'est en fonction de la situation factuelle particulière de chaque commune qu'il se prononce et qu'il apprécie la pratique effective d'une sonnerie civile, qu'elle soit mentionnée dans la circulaire ou qu'elle ne le soit pas. Par ailleurs, le Conseil d'Etat exige que la pratique invoquée soit continue et antérieure à la loi de Séparation pour qu'elle puisse être qualifiée d'usage local. Ce contrôle de la qualification juridique des faits conduit le juge administratif à sanctionner les arrêtés qui reprennent les cas de sonneries civiles mentionnés par la circulaire du 17 août 1884, sans qu'ils correspondent à des pratiques anciennes et traditionnelles dans la commune considérée, ou qui prescrivent, sans tradition continue, des sonneries pour les fêtes locales². Dans le même sens, les sonneries prévues pour les mariages ou les enterrements civils sont systématiquement jugées illégales car elles ne correspondent à aucun usage local dans l'immense majorité des communes françaises³.

En second lieu, le Conseil d'Etat juge que les sonneries civiles ne peuvent être ordonnées au moment des sonneries religieuses traditionnelles car, en ce cas, elles portent atteinte au libre exercice du culte. Aussi bien, sont illégaux les fréquents arrêtés qui prescrivent des sonneries civiles à l'heure des sonneries religieuses matinales ou de l'*Angelus*⁴.

§ 3. – *La jurisprudence judiciaire, révélatrice de l'audace du Conseil d'Etat.*

¹ Circulaire du ministre des cultes du 17 août 1884 (article 5) : « *Le maire ou son délégué pourra, en outre, faire sonner les cloches dans les circonstances suivantes, dans les communes où les coutumes et les traditions locales auront conservé cet usage : 1° Pour appeler les enfants à l'école ; 2° Pour assurer l'heure normale de la clôture des cabarets ; 3° Pour annoncer les heures des repas et celles de la reprise des travaux aux ouvriers des champs ; 4° Pour annoncer l'ouverture des séances du Conseil municipal ; 5° Pour annoncer l'heure de l'ouverture et celle de la fermeture du scrutin, les jours d'élection ; 6° Pour annoncer l'arrivée du percepteur des contributions directes en tournée de recettes et de mutations ; 7° Pour le ban des vendanges.* ».

² CE, 30 janvier 1920, *Abbé Duponchel et Delormel, Rec.*, p 107 ; CE, 6 décembre 1918, *Abbé Bouré, Rec.*, p 1096 ; CE, 23 juin 1922, *Abbé Martin, Rec.*, p 537 ; CE, 12 décembre 1913, *Abbé Villepinte, Rec.*, p 1230 ; CE, 9 mai 1913, *Abbé Grenier, Rec.*, p 522 ; CE, 12 janvier 1912, *Hugot, D.P.*, 1914, III, p 28 ; CE, 22 novembre 1912, *Abbé Dupuy, Rec.*, p 1074 ; CE, 10 décembre 1915, *Abbé Gaston, Rec.*, p 343 ; CE, 11 février 1916, *Abbé Taillefer, Rec.*, p 74 ; CE, 28 juillet 1911, *Abbé Auzia et autres, Rec.*, p 885.

³ CE, 10 décembre 1915, *Abbé Mouhat, Rec.*, p 343 ; CE, 17 mars 1911, *Bourgeois et autres, Rec.*, p 338 ; CE, 29 juillet 1910, *Miniac, Renault et Mulot, Rec.*, p 648 ; CE, 16 juin 1911, *Abbé Guyard, Rec.*, p 680 ; CE, 13 janvier 1911, *Abbé Savarin, Rec.*, p 17.

⁴ CE, 1^{er} décembre 1911, *Abbé Tagournier, Rec.*, p 1122 ; CE, 5 février 1915, *Sirdey, Rec.*, p 7 ; CE, 20 mars 1914, *De Bazelles et autres, Rec.*, p 369 ; CE, 7 août 1920, *Abbé Prioux, Rec.*, p 865 ; CE, 3 juin 1927, *Abbé Pelletier c/ commune de Vitrey-le-Croisé, Rec.*, p 636 ; CE, 24 novembre 1911, *Alhine, D.P.*, 1913, III, p 143 ; CE, 2 août 1912, *Abbé Belleville, Rec.*, p 919 ; CE, 4 août 1913, *Bienaimé, Rec.*, p 964 ; CE, 4 août 1913, *Abbé Daujat, Rec.*, p 964 ; CE, 19 décembre 1913, *Abbé de Bazelles, Rec.*, p 1268 ; CE, 19 décembre 1913, *Abbé Resplandy, Rec.*, p 1269 ; CE, 13 janvier 1911, *Abbé Bazergues, Rec.*, p 16 ; CE, 14 novembre 1913, *De la Hamayde, Rec.*, p 1091 ; CE, 4 juillet 1913, *Abbé Bouchoux, Rec.*, p 797.

607. Les progrès du contrôle juridictionnel enregistrés dans le contentieux de la police des cultes sont révélés non seulement par la comparaison de la jurisprudence d'abus et de la jurisprudence de Séparation du Conseil d'Etat, mais encore par la comparaison de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence judiciaire. En effet, dans un contexte procédural différent de celui de l'excès de pouvoir, le juge pénal est amené à apprécier la légalité des arrêtés de police des cultes sur le fondement de l'article 471§15 du Code pénal de 1810. Cette disposition punit d'amende les infractions aux arrêtés de police municipale et permet au juge de simple police de vérifier, par voie d'exception, la légalité des actes administratifs qui fondent les poursuites qu'il doit juger¹. Si les règlements de police sont jugés illégaux, ils ne sont pas annulés mais ne permettent pas de fournir une base légale à la poursuite, ce qui conduit à la relaxe des prévenus.

608. Or, dans le cadre de cette exception d'illégalité, le juge judiciaire met en œuvre un contrôle beaucoup moins efficace que celui du juge de l'excès de pouvoir. D'ailleurs, avant comme après la Séparation, les grands traits de la jurisprudence de la Cour de cassation ont peu varié.

Dans un premier temps, le juge pénal se borne à vérifier la compétence de l'auteur du règlement, le respect des formes, et s'assure que le maire a bien poursuivi un but d'ordre public². A ce dernier égard, le contrôle s'avère très superficiel, puisqu'il suffit que les motifs de la décision indiquent un des buts d'ordre public mentionnés par la loi du 5 avril 1884 pour que l'arrêté soit jugé légal ; bien plus, il n'est pas même nécessaire, aux yeux de la Cour de cassation, que le maire précise quels sont, au sein de la notion d'ordre public, les composantes qui fondent le règlement ; il

¹ Article 471§15 Code pénal : sont punis d'amende de 1 à 5 francs « *Ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement fait par l'autorité administrative et ceux qui ne se seront pas conformés aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale en vertu des articles 3 et 4, titre XI, de la loi des 16-24 août 1790 et de l'article 46, titre I, de la loi des 19-22 juillet 1791.* ». La compétence du juge pénal s'est nettement élargie à la faveur de la Séparation. Sous l'empire du droit concordataire, ni les arrêtés relatifs aux sonneries de cloches, ni les arrêtés fondés exclusivement sur l'article 45 des Articles Organiques n'entraient dans le champ de l'article 471§15 du Code pénal. Avec la loi de 1905, tous les secteurs de la police des cultes relèvent de la police municipale et les infractions aux règlements édictés par les maires tombent sous le coup de l'article 471§15. De plus, alors que la question de l'abus, donc de la violation de la liberté des cultes, était une question préjudicielle pour le juge judiciaire, ce dernier peut dorénavant examiner tous les aspects de la légalité des arrêtés de police.

² Cass. crim., 19 février 1887, *George, S.*, 1887, I, p 185 : « *que, si l'article 1^{er} de la loi du 18 germinal an 10, relative à l'organisation des cultes, dispose que le culte catholique sera public, le même article a pris soin de subordonner cette publicité aux règlements de police que le gouvernement peut juger nécessaire pour la tranquillité publique ; – Attendu qu'il résulte des termes mêmes de l'arrêté ci-dessus relaté qu'il a été pris en vue du maintien du bon ordre et de la tranquillité publique ; que, d'autre part, les mesures qu'il édicte, dans un intérêt de police dont l'administration est seule juge ne violent aucune disposition de loi ; qu'elles ne portent pas atteinte au libre exercice du culte à l'intérieur des édifices à ce consacrés ; que les seules manifestations qu'elles interdisent, comme étant susceptibles d'occasionner des troubles, sont celles qui viendraient à se produire à l'extérieur dudit édifice ; attendu qu'il suit de là que l'arrêté dont il s'agit est légal, et qu'il a été pris par l'autorité municipale dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi* » ; Cass. crim., 23 novembre 1906, *Corcuff, S.*, 1907, I, p 479 : « *Attendu que l'article 97 § 3 de la loi du 5 avril 1884 classe au nombre des objets confiés à la vigilance de l'autorité municipale le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes et dans les cérémonies publiques ; qu'il résulte des termes de l'arrêté municipal précité qu'il a été pris en vue d'assurer l'ordre public* ».

suffit que le respect du champ matériel des pouvoirs de police ressorte de la nature des mesures prises¹. Enfin, le juge judiciaire ne contrôle pas le détournement de pouvoir et, dès lors, ne peut sanctionner les buts occultes sans rapport avec l'ordre public qui peuvent motiver l'autorité de police municipale.

Dans un second temps, le juge vérifie que les faits mentionnés dans l'acte de poursuite entrent dans le champ de l'arrêté municipal dont la violation est poursuivie. Cette étape du contrôle rend donc stratégique l'interprétation et la définition des termes contenus dans les règlements, tels que la *procession* ou la *manifestation extérieure du culte*².

609. Le contrôle du juge pénal dans le cadre de l'exception d'illégalité s'arrête à ces éléments. Comparé au contrôle du juge de l'excès de pouvoir, il s'avère singulièrement limité. Il n'implique qu'un examen formel des motifs de droit et exclut tout contrôle des motifs de fait, spécialement la réalité des menaces à l'ordre public invoquées par l'autorité de police. La doctrine et le juge judiciaire justifient parfois cette restriction de l'examen du juge pénal au nom du principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, qui interdirait au juge judiciaire d'entreprendre sur le domaine de l'opportunité administrative³ ou d'apprécier l'utilité des mesures administratives⁴. D'autres expliquent la retenue de la Cour de cassation par l'office particulier de cette juridiction qui se limite au contrôle du raisonnement juridique mené par les juges du fond.

Mais aucune de ces raisons n'est juridiquement décisive. Même si certains auteurs, tels Maurice Hauriou⁵ et Louis Le Fur⁶, classent le détournement de pouvoir et le contrôle des motifs de fait en dehors de la légalité *stricto sensu*, le juge administratif fait de ces deux éléments des moyens de légalité dont l'examen relève naturellement de l'office du juge⁷. La Cour de cassation aurait donc pu adopter une conception élargie de la légalité. Par ailleurs, l'examen du fait n'est pas totalement absent du contrôle de la Cour de cassation, celle-ci s'autorisant souvent un contrôle de la qualification juridique des faits effectuée par les juges du fond⁸. Or, le contrôle des faits mené par le juge de l'excès de pouvoir relève bien d'une opération de qualification juridique au regard des

¹ Cass. Crim., 26 avril 1907, S., 1909, I, p 59 ; Cass. Crim., 12 mars 1908, D.P., 1910, I, p 381.

² Par exemple : Cass. crim., 11 août 1881, Laffitte, S., 1883, I, p 388 ; Cass. crim., 26 mai 1882, Hiou, S., 1883, I, p 391.

³ Voir Andrée Fossier, *Les manifestations cultuelles sur les voies publiques en France*, Thèse, Paris, 1927, p 130 et s ; Paul Bénézech, *La police extérieure du culte*, Thèse, Toulouse, 1912, p 104 et s ; Paul Richard, *La liberté des cultes et les pouvoirs de police des maires sous le régime de la Séparation*, Thèse, Caen, 1913, p 154 et s.

⁴ Voir la motivation de Cass. crim., 5 mai 1905, S., 1908, I, p 203.

⁵ Maurice Hauriou, note sous CE, 4 avril 1914, Gomel et 1^{er} mai 1914, Didier, S., 1917, III, p 25.

⁶ Louis le Fur, « La protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiètements des agents centralisés », R.G.A., 1911, p 5-21, p 129-152, p 385-399 ; R.G.A., 1912, p 5-18.

⁷ Particulièrement net avec CE, 14 janvier 1916, Camino, S., 1917, III, p 10.

⁸ Voir Gabriel Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur les juges du fait*, Thèse, Sirey, 1928.

dispositions combinées de la loi du 5 avril 1884 et de l'article 1^{er} de la loi de Séparation. Dès lors, la limitation du contrôle du juge judiciaire ne peut être conçue comme une conséquence nécessaire du droit positif. Il s'agit bien d'un choix délibéré de politique jurisprudentielle par la Cour de cassation. L'audace du Conseil d'Etat n'en est que plus notoire.

610. Les différences sont surtout évidentes en matière de convois funèbres et de sonneries de cloches. En effet, s'agissant des processions, les contrôles du juge pénal et du Conseil d'Etat sont très proches jusqu'en 1914-1915, car le juge administratif se refuse à examiner les motifs des règlements d'interdiction des processions, avant d'amender progressivement sa jurisprudence en développant la notion de procession traditionnelle¹. De même, depuis la fin du XIXe siècle, la Cour de cassation assure une protection du port du viatique, non pas par le biais d'un contrôle des motifs comme le juge administratif, mais par l'interprétation des termes des arrêtés de police : si un règlement interdit les processions ou les manifestations extérieures du culte, la Cour de cassation exclut avec constance le port du viatique du champ de ces deux notions, pourvu qu'il ne s'accompagne d'aucun appareil processionnel². Il demeure que la forme de raisonnement du juge judiciaire, qui consiste à jouer sur la définition des notions, est bien moins précise que celle du juge administratif.

611. En matière de convois funèbres et de sonneries de cloches, le juge administratif met en œuvre un contrôle très poussé, conduisant à de nombreuses annulations, alors que la Cour de cassation s'interdit tout contrôle des motifs de fait et, ce faisant, admet la légalité de la plupart des arrêtés contestés par voie d'exception³.

¹ La Cour de cassation s'attache surtout à définir la notion de procession. Elle retient généralement les critères suivants : un cortège ordonné, une participation des ministres du culte, un but religieux, révélé notamment par le port d'emblèmes et de signes religieux ou des chants et prières. Sur ces critères, qui ne sont pas toujours aussi clairement énoncés par la Cour de cassation, voir par exemple : Cass. crim., 11 août 1881, *Laffitte, S.*, 1883, I, p 388 ; Cass. crim., 26 mai 1882, *Hiou, S.*, 1883, I, p 391 ; Cass. crim., 1^{er} décembre 1899, *Laborde, S.*, 1902, I, p 303 ; Cass. crim., 12 février 1897, *Mousset, Gléron et autres, S.*, 1898, I, p 249 ; Cass. crim., 20 janvier 1888, *Deleuze, S.*, 1888, I, p 141 ; Cass. crim., 17 juin 1903, *Galleron, Mangin, Aufran, S.*, 1906, I, p 157 ; Cass. crim., 28 octobre 1911, *Nembrard, R.G.A.*, 1912, II, p 317. Cette définition est critiquée par les juristes catholiques car elle est beaucoup plus extensive que la conception liturgique de la procession qui repose sur les critères suivants : une marche ordonnée des fidèles et du clergé, avec le ministre du culte en tête portant les insignes sacrées, suivie de suisses, bedeaux et enfants de chœurs ; les ministres du cultes sont revêtus de leurs habits sacerdotaux ; la croix est portée en tête du cortège ; les fidèles récitent des chants et des prières (voir aussi Andrée Fossier, *Les manifestations culturelles sur les voies publiques en France*, Thèse, Paris, 1927, p 71 ; et Lucien cruzil, *La publicité du culte catholique*, Paris, 1904, p 31).

² Par exemple : Cass. crim., 26 février 1887, *Viguier, S.*, 1888, I, p 141 ; Cass. crim., 27 novembre 1897, *Suchet, S.*, 1898, I, p 160 ; Cass. crim., 12 janvier 1900, *Suchet, S.*, 1902, I, p 303.

³ Cass. Crim., 26 avril 1907, *S.*, 1909, I, p 59 ; Cass. Crim., 23 novembre 1906, *Corcuff, S.*, 1907, I, p 479 ; Cass. Crim., 28 février 1908, *D.P.*, 1910, I, p 382 ; Cass. Crim., 12 mars 1908, *D.P.*, 1910, I, p 381.

Sur les convois funèbres, la doctrine de l'époque a opportunément mis en avant l'affaire *Abbé Olivier et autres c/ maire de Sens* de 1909 pour illustrer la supériorité du contrôle du juge administratif¹. En 1906, le maire de Sens prend un arrêté interdisant toute cérémonie religieuse, notamment les convois funèbres. Saisi de plusieurs contraventions, le tribunal de simple police de Sens prononce des relaxes après avoir déclaré illégal l'arrêté par voie d'exception, au motif qu'il est entaché de détournement de pouvoir. Sur pourvoi, la Cour de cassation annule ce jugement et rappelle qu'il suffit que le règlement municipal vise un but de police et porte sur un objet compris dans la police municipale (ici, les cérémonies et enterrements religieux concernent la circulation et la tranquillité publique) pour qu'il soit jugé légal². En dépit de cette mise au point, la juridiction de renvoi résiste en prononçant une nouvelle relaxe³. Sur nouvelle saisine, la Cour de cassation renouvelle sa censure par un arrêt du 28 février 1908⁴, limitant le contrôle du juge pénal à un examen très formel exclusif de tout contrôle du fait.

Mais entre temps, le maire de Sens prend un nouvel arrêté, qui n'interdit plus les convois funèbres mais les réglemeute strictement en tâchant de supprimer toute exposition d'apparat religieux sur la voie publique. C'est alors que le Conseil d'Etat intervient. Se prononçant sur le second arrêté du maire de Sens, il annule les dispositions relatives aux convois funèbres, au terme d'un contrôle des motifs poussé révélé par une motivation particulièrement explicite qui a déjà été évoquée plus haut. La différence des solutions judiciaire et administrative, à propos d'une même affaire, souligne avec force le libéralisme de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

612. Le domaine des sonneries de cloches achève de confirmer cet aspect. Tandis que le juge administratif contrôle la qualification juridique des faits et l'adéquation des règlements relatifs aux sonneries, la Cour de cassation écarte tout examen du fait et s'en tient au contrôle de l'incompétence, du vice de forme et de l'existence au moins apparente d'un but d'ordre public. Par suite de cette conception restreinte de l'office du juge pénal, la plupart des arrêtés contestés par voie d'exception sont jugés légaux.

Les différences d'appréciation avec le Conseil d'Etat sont très nettes comme le révèle l'histoire contentieuse d'un arrêté du maire de Salins. Le 29 mars 1907, ce dernier décide qu'il ne

¹ Par exemple : J. Colin de Verdière, « Des manifestations du culte sur la voie publique sous le régime de la loi du 9 décembre 1905 », *R.I.C.*, 1909, p 67-71 ; p 106-111 ; p 125-131 ; Paul Bénézech, *La police extérieure du culte*, Thèse, Toulouse, 1912, p 47 et s ; Paul Richard, *La liberté des cultes et les pouvoirs de police des maires sous le régime de la Séparation*, Thèse, Caen, 1913, p 74 et s ; Gaston Jèze, « Comparaison entre les jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat touchant la notion d'excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1910, p 69-72.

² Cass. crim., 26 Avril 1907, *Abbé Olivier*, *D.P.*, 1910, I, p 381.

³ Voir Paul Bénézech, *La police extérieure du culte*, Thèse, Toulouse, 1912, p 47 et s.

⁴ Cass. Crim., 28 février 1908, *Abbé Olivier*, *S.*, 1909, I, p 43.

pourra y avoir qu'une seule sonnerie, dont la durée n'excèdera pas cinq minutes pour chaque office religieux, et interdit l'usage des cloches avant sept ou huit heures du matin selon les saisons et après 8 heures du soir en tout temps.

Dans l'arrêt *Morel et autres* du 5 août 1908¹, le Conseil d'Etat annule cette décision comme contraire à la liberté des cultes à l'issue d'un contrôle poussé des faits. En revanche, le même arrêté est jugé légal par la Cour de cassation dans un arrêt du 21 décembre 1907, sans que la réalité des menaces à la tranquillité publique invoquées ne soit vérifiée².

Par la suite, le développement de la jurisprudence ne fait que confirmer l'écart entre le juge judiciaire et le juge administratif³. Si, dans un arrêt du 9 avril 1909⁴, la Cour de cassation semble rapprocher son contrôle de celui du juge administratif en posant clairement l'obligation de conciliation entre l'ordre public et la liberté des cultes qui pèse sur les maires, la jurisprudence qui suit cette décision ne laisse entrevoir aucune véritable différence dans les solutions⁵.

613. En définitive, l'écart entre les jurisprudences de la Cour de cassation et du juge de l'excès de pouvoir contribuent à propager l'image d'un Conseil d'Etat impartial et protecteur efficace des libertés publiques. Le contentieux de la police des cultes complète ainsi l'effet positif, sur le crédit du juge administratif, de la jurisprudence précisant le régime des biens culturels et du principe de neutralité religieuse. Aussi bien, à la fin des années 1920, l'époque de la jurisprudence anticléricale apparaît bel et bien révolue. La majorité de la doctrine, y compris catholique, célèbre l'œuvre du Conseil d'Etat et préconise aux fidèles et aux ministres du culte de saisir le juge administratif pour obtenir une garantie efficace de la liberté des cultes⁶. Certains auteurs souhaitent même que le juge

¹ CE, 5 août 1908, *Morel et autres*, *Rec.*, p 858, concl. Saint-Paul.

² Cass. crim., 21 décembre 1907, *Min. publ. c/ Richon*, *D.P.*, 1909, I, p 162, note Louis Delanney.

³ Voir par exemple : Cass. crim., 7 décembre 1907, *Ducreux et Mouterde*, *D.P.*, 1909, I, p 162 ; Cass. crim., 25 juillet 1908, *S.*, 1909, I, p 5 ; Cass. crim., 19 décembre 1908, *D.P.*, 1911, I, p 419.

⁴ Cass. Crim., 9 avril 1909, *Giraud*, *S.*, 1909, I, p 535. Voir aussi Cass. crim., 1^{er} juillet 1909, *R.O.D.R.*, 1909, p 434.

⁵ Cass. crim., 30 juillet 1910, *S.*, 1910, I, p 472 (légalité d'un arrêté interdisant les sonneries, suivant les saisons, entre six heures du matin et après sept heures du soir, ou avant sept heures du matin et après sept heures du soir, et limitant leur durée à quatre minutes avec un intervalle d'une demi-heure entre chaque sonnerie). Voir aussi Cass. crim., 7 février 1910, *D.P.*, 1911, I, p 126 ; Cass. crim., 7 janvier 1910, *S.*, 1910, I, p 472.

⁶ J. Colin de Verdière, « Des manifestations du culte sur la voie publique sous le régime de la loi du 9 décembre 1905 », *R.I.C.*, 1909, p 67-71, p 106-111, p 125-131 ; Paul Bénézech, *La police extérieure du culte*, Thèse, Toulouse, 1912 ; Paul Richard, *La liberté des cultes et les pouvoirs de police des maires sous le régime de la Séparation*, Thèse, Caen, 1913 ; Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd, 1933, rééd, Dalloz, 2002 ; Andrée Fossier, *Les manifestations culturelles sur les voies publiques en France*, Thèse, Paris, 1927 ; Lucien Cruzil, « Le droit d'occupant dans les églises », *Recueil de législation de Toulouse*, 1909, tome V, p 140-184 ; Lucien Cruzil, « Des pouvoirs des juges de simple police en matière d'appréciation des arrêtés municipaux », *Recueil de législation de Toulouse*, 1910, tome VI, p 269-282 ; Lucien Cruzil, *Quarante ans de Séparation (1905-1945). Etude historique et juridique*, Didier, 1946 ; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome V, 2^{ème} éd, 1925, De Boccard, p 581 et s ; Henri Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^{ème} éd, Arthur Rousseau, 1920, p 283 et s ; Joseph Barthélémy, « Les rapports entre l'Etat

pénal aligne son contrôle sur celui du juge de l'excès de pouvoir en y incluant le détournement de pouvoir et la qualification juridique des faits¹.

L'engouement doctrinal pour le contentieux administratif de la police des cultes ne se limite pas à l'hommage rendu aux solutions libérales du Conseil d'Etat. Il se prolonge par l'exploitation de la jurisprudence dans le cadre des théories doctrinales du pouvoir discrétionnaire et du contrôle des motifs par le juge de l'excès de pouvoir. Terminons en analysant le rôle de ce contentieux dans la réflexion doctrinale sur ces sujets dans les premières décennies du XXe siècle.

Section II. – Le rôle décisif du contentieux de la police des cultes dans l'élaboration des théories doctrinales du contrôle juridictionnel.

614. A partir de 1910 environ, les progrès de la jurisprudence administrative suscitent un mouvement de réflexion doctrinale s'attachant à expliquer les spécificités du contrôle juridictionnel mis en œuvre par le juge administratif. Plusieurs sujets structurent les débats : nature de la fonction juridictionnelle², classification des contentieux³, existence de recours objectifs et subjectifs, délimitation et justification du pouvoir discrétionnaire⁴, frontière entre légalité et opportunité, ou encore pertinence de la notion de droit public subjectif des administrés¹.

français et l'Eglise catholique depuis la séparation », *Jahrbuch des öffentlichen rechts*, Band VIII, Tubingen, 1914, p 283 et s.

¹ De Lalande, *Revue de droit et de jurisprudence des Eglises séparées de l'Etat*, octobre 1909 ; Lucien Crouzil, « Le droit d'occupant dans les églises », *Recueil de législation de Toulouse*, 1909, tome V, p 140-184 ; Lucien Crouzil, « Des pouvoirs des juges de simple police en matière d'appréciation des arrêtés municipaux », *Recueil de législation de Toulouse*, 1910, tome VI, p 269-282

² Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome I, Sirey, 1920, rééd Dalloz, 2004 ; Marie-Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions doctrinales de la Doctrine Publiciste Française (1879-1914)*, Thèse, Economica/PUAM, 1992 ; Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Thèse, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003.

³ Fabrice Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, BDP, n°212, LGDJ, 2001.

⁴ Principalement : Louis le Fur, « La protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiètements des agents centralisés », *R.G.A.*, 1911, p 5-21 ; p 129-152 ; p 385-399 ; *R.G.A.*, 1912, p 5-18 ; Gaston Jèze, « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », *R.D.P.*, 1913, p 294-331 ; Gaston Jèze, « De la vérification des motifs des actes administratifs », *R.D.P.*, 1917, p 443-464 ; Gaston Jèze, « De l'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1911, p 286-291 ; Maurice Hauriou, note sous CE, 4 avril 1914, *Gomel* ; 1^{er} mai 1914, *Didier, S.*, 1917, III, p 25 ; note sous CE, 22 janvier 1926, *Lefranc, S.*, 1926, III, p 25 ; note sous CE, 27 mars 1925, *Mariani, S.*, 1927, III, p 57 ; Léon Michoud, « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *R.G.A.*, 1914, p 5-26 ; p 193-214 ; *R.G.A.*, 1915, p 5-25 ; p 193-227 ; Emile Giraud, « Etude sur le pouvoir discrétionnaire », *R.G.A.*, 1924, p 193-212 ; p 298-320 ; Marc Réglade, « Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1925, p 413-446 ; Marcel Waline, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *R.D.P.*, 1930, p 197-223 ; Roger Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1923, p 363-392 ; Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd, 1933, rééd Dalloz, 2002 ; Jean Lodovici, *L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire*, Thèse, Lille, 1937 ; Léo Goldenberg, *Le Conseil d'Etat, juge du fait. Essai sur l'administration des juges*, Thèse, Paris, 1932 ; René

Au sein de cette riche réflexion théorique, le contentieux de la police des cultes occupe une place de choix car il a été abondamment exploité par la doctrine. Deux domaines sont particulièrement concernés : d'abord, la question de l'influence du contrôle du fait par le juge de l'excès de pouvoir sur la définition du pouvoir discrétionnaire et sur la nature du recours pour excès de pouvoir (§ 1.) ; ensuite, l'interprétation du contentieux de la police des cultes par quelques auteurs, essentiellement Maurice Hauriou et Léo Goldenberg, a contribué à l'introduction de la notion de standard dans la doctrine publiciste de la fin de la III^e République (§ 2.). Sur ces deux points, les réflexions doctrinales développées à partir du matériau jurisprudentiel particulièrement fécond de la jurisprudence culturelle annoncent les théories juridiques de la seconde moitié du XX^e siècle sur le pouvoir discrétionnaire et le contrôle juridictionnel.

§ 1. – *Le problème de l'influence du contrôle des motifs de fait sur la nature du recours pour excès de pouvoir.*

615. Le contrôle du fait qui se développe au XX^e siècle dans le cadre du recours pour excès de pouvoir pose problème à la doctrine. C'est la nature même des missions du recours qui est en jeu, la définition de la fonction juridictionnelle et la hiérarchie, au sein de l'Etat, entre le juge et l'administration. Pour une partie de la doctrine, comme Maurice Hauriou ou Louis le Fur, le développement de l'examen du fait entraîne le juge de l'excès de pouvoir au delà du contrôle de légalité, sur le terrain de l'opportunité ou de la moralité administrative. Mais l'opinion dominante refuse une telle conclusion car l'esprit du recours pour excès de pouvoir se trouverait profondément modifié, et l'équilibre entre le juge et l'administration serait bouleversé au profit d'un juge tout puissant étendant son contrôle sur le fondement de notions aux contours flous et au développement potentiellement indéfini. Aussi, l'effort de nombreux auteurs consiste à intégrer le contrôle du fait dans le cadre normal du contrôle de légalité pour éviter la transformation des fonctions du recours pour excès de pouvoir ; l'enjeu consiste à prendre en compte les progrès du contrôle tout en

Ladreit de Lacharrière, *Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle*, Thèse, Paris, Sirey, 1937 ; Marcel Waline, « Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *E.D.C.E.*, 1956, p 25-33 ; Michel Dubuisson, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, LGDJ, 1957 ; Jean-Claude Vénézia, *Le pouvoir discrétionnaire*, BDP, n°17, LGDJ, 1959 ; Bernard Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Thèse, LGDJ, 1977 ; Stavroula Ktistaki, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, BDP, n°162, LGDJ, 1998.

¹ Roger Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé*, 1934, rééd Dalloz, 2006 ; Bonnard est précédé par Joseph Barthélémy, *Essai sur les droits publics subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Thèse, Toulouse, 1899. Par ailleurs, voir Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Thèse, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003

maintenant le recours dans sa mission de gardien de la seule légalité. Au delà du problème de la nature du recours pour excès de pouvoir, c'est la nature de la fonction juridictionnelle qui est en jeu. Contre les tendances qui distendent ses liens avec le Droit, certains juristes¹, tels Duguit, Jèze ou Michoud, s'attachent à épurer la définition de la fonction juridictionnelle de tout ce qui n'est pas en rapport avec la réalisation du Droit. Pour ces auteurs, une telle focalisation sur la légalité objective a notamment pour vertu d'assurer l'égalité entre l'administré et l'Etat, en mettant en avant l'idée d'un

¹ A partir de 1906, Léon Duguit définit en effet l'acte juridictionnel comme une constatation du juge sur une question de droit (droit objectif ou droits subjectifs) posée par un justiciable, suivie d'une décision « *qui est la conséquence logique et nécessaire de la constatation du droit subjectif ou du droit objectif.* » (Léon Duguit, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *R.D.P.*, 1906, p 413-471, p 451). Dans ses travaux ultérieurs, Duguit complète ensuite sa définition en précisant que le but du juge est la résolution d'une question de droit. Dans ce cadre théorique, la fonction juridictionnelle est entièrement dominée par l'idée du Droit ; l'opération intellectuelle du juge qui se solde par une constatation porte sur le droit, et la décision subséquente est entièrement déterminée par la constatation de droit. Toute autre dimension que juridique est exclue de la mission du juge. Dans une autre perspective, les résultats auxquels parvient Gaston Jèze sont analogues. Jèze part du postulat qu'il faut s'intéresser à la mission du juge pour définir l'acte juridictionnel. Il en vient alors à poser que le juge a pour objectif de produire une constatation revêtue de la force de vérité légale (Gaston Jèze, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.*, 1909, p 667-696) ; l'effet de l'acte juridictionnel est donc de produire un énoncé ayant force de droit. Quant à la constatation, elle porte toujours sur une question de droit, qu'il s'agisse d'un droit subjectif (« *situation juridique individuelle* », Gaston Jèze, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.*, 1909, p 667-696, p 677), de l'existence ou de l'application à un individu d'un statut légal (« *status* », « *pouvoir général et impersonnel* », Gaston Jèze, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.*, 1909, p 667-696, p 677), ou d'une question de légalité d'un acte juridique. Jèze explique que la question peut aussi porter sur un point de fait, mais le fait s'intègre toujours dans le cadre d'une constatation de droit ; ainsi le juge constate le fait pour déterminer l'existence d'un droit subjectif, ou pour vérifier qu'un « *status légal* » s'applique à un individu (Gaston Jèze, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.*, 1909, p 667-696, p 677 et s). Dès lors, comme Duguit, Jèze tend à évacuer tout élément extra-juridique de la notion de fonction juridictionnelle. Contrairement à Duguit, il ne s'intéresse pas au contenu de l'acte juridictionnel, mais à ses propriétés, à l'effet qu'il produit. Mais comme Duguit, la définition proposée par Jèze est focalisée sur l'idée de Droit : d'une part, l'acte juridictionnel a pour seul effet d'inclure une constatation dans le monde du droit, et dans ce cadre, d'assurer à la constatation un caractère incontestable ; d'autre part, la matière des constatations qui relèvent de la compétence du juge est dominée par les questions de droit. Dans la doctrine de Léon Michoud, le juge se distingue des autres organes de l'Etat parce qu'il est le seul à poursuivre *exclusivement* la réalisation du droit. Dans un article de 1897, il se fonde sur cette théorie du but des fonctions de l'Etat pour justifier la nécessaire indépendance des fonctions juridictionnelle et administrative : « *Quand l'Etat ordonne ou permet qu'une question soit tranchée par un tribunal, à la suite d'une discussion publique et contradictoire, c'est qu'il veut que cette question soit résolue conformément au droit en vigueur, et uniquement pour des raisons tirées de ce droit. Pour que ce but soit pleinement atteint, il faut que le juge soit placé dans des conditions d'indépendance aussi grandes que possible vis-à-vis du pouvoir gouvernemental et administratif, parce que ce dernier pouvoir, bien que devant se conformer au droit, n'a pas pour mission exclusive, ni même principale, d'en assurer le règne ; que le droit n'est pour lui qu'une limite, et non un motif ; qu'il poursuit librement, en pleine indépendance, les diverses fins de l'Etat par des moyens appropriés ; et qu'il est exposé à faire prédominer sur le droit la considération du but qu'il cherche à atteindre. L'institution d'un tribunal placé dans la dépendance directe de l'autorité administrative ne peut donc avoir que la valeur d'une solution transactionnelle entre deux principes opposés. Elle trahit la pensée de trancher les questions qui lui seront soumises, non pas exclusivement au point de vue du droit, mais en tenant compte des autres fins que poursuit l'Etat par l'intermédiaire de l'administration. Nous ne nions pas les services que peut rendre cette solution transactionnelle, et nous venons nous même de les montrer. Mais il est, semble-t-il, dans la nature des solutions de ce genre de n'être point définitives. Les peuples modernes tendent vers un idéal de plus en plus élevé de droit et de justice qu'ils n'arriveront à réaliser qu'en élargissant de plus en plus le domaine du droit pur, et par conséquent en donnant à leurs tribunaux toute la somme d'indépendance que leur état politique et social peut comporter.* » (Léon Michoud, « Les conseils de préfecture et la justice administrative », *R.P.P.*, 1897, p 267-294, p 281).

contentieux objectif dédié à l'application du droit pour lui-même, sans égard pour les droits subjectifs¹.

616. La structure des débats des années 1910-1930 sur le recours pour excès de pouvoir évolue par rapport à la fin du XIXe siècle, les positions étant à front renversé. Alors que pour un Laferrière, les questions de fait étaient très largement associées à l'opportunité et reléguées comme telles hors du contrôle de légalité, trente ans plus tard, la majorité de la doctrine concilie sans difficulté la mission de contrôle de la légalité avec un contrôle poussé du fait. De même, si l'opportunité était jadis absolument exclue de la mission du juge de l'excès de pouvoir, une minorité d'auteurs défend l'extension de l'office du juge à ce domaine à partir des années 1910.

617. Comme l'a noté Jean-Claude Venezia², ces réflexions doctrinales sur les fonctions du recours pour excès de pouvoir et sur la frontière entre la légalité et l'opportunité se sont très souvent appuyées sur le contentieux de la police des cultes. Nous allons montrer comment la jurisprudence a été exploitée en abordant les deux pôles qui structurent les controverses, c'est-à-dire d'une part les essais minoritaires de dépassement du contrôle de légalité (A.) et d'autre part le travail théorique d'inclusion du contrôle du fait dans le contrôle de légalité (B.).

A. – Les essais de dépassement du contrôle de légalité.

618. Maurice Hauriou et Louis Le Fur sont les deux meneurs du courant doctrinal défendant le dépassement du contrôle de légalité par l'admission d'un contrôle de l'opportunité ou de la moralité administrative. Tous deux raisonnent en grande partie à partir du contentieux de la police des cultes et leurs thèses sont reprises par plusieurs auteurs pour expliquer la nature du contrôle juridictionnel dans ce domaine.

Leurs réflexions trouvent un appui dans un argument avancé à plusieurs reprises par les commissaires du gouvernement, tendant à affirmer le caractère hiérarchique, ou du moins l'inspiration hiérarchique du contrôle de l'excès de pouvoir, ce dernier étendant ainsi son domaine au delà de la stricte légalité. C'est le sens des observations de Chardenet lorsqu'il compare la jurisprudence de la Cour de cassation, qui laisse un large pouvoir discrétionnaire à l'autorité de police, et celle du Conseil d'Etat, qui est beaucoup plus audacieuse : « *La cour de cassation, qui n'a point le pouvoir d'annuler les règlements municipaux, qui n'a qu'à les examiner au point de vue de*

¹ Marie-Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions doctrinales de la Doctrine Publiciste Française (1879-1914)*, Thèse, Economica/PUAM, 1992, p 262 et s.

² Jean-Claude Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, BDP, n°17, LGDJ, 1959, p 61 et s.

*la sanction pénale, recherche uniquement si le maire a statué dans une matière qu'il avait compétence pour régler et si le règlement, pris en lui-même, indépendamment des circonstances de la cause, contient des dispositions que le maire, avait, d'une manière générale, le pouvoir d'édicter. Ce sentiment de très grande réserve, que nous remarquons dans les décisions de la cour de cassation, lui est-il inspiré par le souvenir de l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, qui interdit aux juges de troubler les opérations des corps administratifs ; lui est-il inspiré par la crainte de commettre le plus petit empiètement sur les attributions de l'administration ? Vous, au contraire, qui avez à statuer sur le maintien ou l'annulation des règlements, vous qui êtes appelés à jouer un peu le rôle de supérieur hiérarchique des autorités administratives, vous devez examiner quelle est la limite des pouvoirs du maire, vous devez examiner jusqu'à quel point les prescriptions de ses arrêtés sont légales et à partir de quel moment elle deviennent abusives. »¹. L'idée n'est pas neuve, puisque le commissaire du gouvernement Teissier emploie une formule analogue à l'occasion de l'affaire *Marc* du 3 juin 1908². Par ailleurs, Corneille reprend à son compte l'argument de Chardenet en 1917³.*

La fonction de l'argument est claire : puisque pour l'opinion juridique commune l'examen du fait n'est pas encore perçu comme un aspect à part entière de l'office du juge de l'excès de pouvoir, les commissaires du gouvernement invoquent l'idée que le Conseil d'Etat dépasse le strict contrôle de légalité pour adopter la position d'un supérieur hiérarchique ; en conséquence de quoi le contrôle du fait devient admissible. Cependant, il faut relativiser la portée de ces propos. Par sa brièveté – il s'agit d'une simple incise dans les explications de Chardenet – et par son caractère analogique et peu catégorique, l'affirmation de Chardenet et de ses collègues apparaît essentiellement comme une manifestation de la rhétorique des commissaires du gouvernement, destinée à faire accepter au Conseil d'Etat les audaces qu'il va consacrer. Il n'y a pas là de véritable prise de position théorique sur la nature du recours pour excès de pouvoir. Ceci dit, les conclusions des commissaires du gouvernement sont exploitées par les partisans du dépassement de la notion de légalité pour expliquer que le contrôle des motifs de fait relève des domaines de la moralité ou de l'opportunité⁴.

¹ Concl. Chardenet sur CE, 19 mars 1909, *Abbé Olivier et autres c/Maire de Sens*, D.P., 1910, III, p 121.

² Concl. Teissier sur CE, 3 juin 1908, *Marc*, S., 1909, III, p 113, note Hauriou.

³ Concl. Corneille sur CE, 10 août 1917, *Baldy c/ Préfet de Saône-et-Loire*, D.P., 1920, III, p 26.

⁴ Voir par exemple : Marc Noël, « Les motifs dans les décisions des juridictions administratives », *R.D.P.*, 1924, p 350-384 ; Paul Richard, *La liberté des cultes et le pouvoir de police des maires sous le régime de séparation*, Thèse, Caen, 1913, p 144 ; R. Durnerin, *De la situation juridique des édifices domaniaux affectés au culte catholique*, Thèse, Paris, 1923, p 88 ; Léo Goldenberg, *Le Conseil d'Etat, juge du fait. Etude sur l'administration des juges*, Thèse, Paris, Dalloz, 1932, p 244 ; Louis le Fur, « La protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiètements des agents centralisés », *R.G.A.*, 1911, p 5-21 ; p 129-152 ; p 385-399 ; *R.G.A.*, 1912, p 5-18.

619. Chez Hauriou, les théories de la moralité sont appliquées au contentieux de la police des cultes dans le commentaire qu'il consacre aux arrêts *Gomel* du 4 avril 1914 et *Abbé Didier* du 1^{er} mai 1914¹. Le maître de Toulouse part du principe que les questions que le juge de l'excès de pouvoir a eu à résoudre dans les deux arrêts ne sont pas des questions de droit. Dans l'arrêt *Gomel*, le Conseil a dû vérifier que le préfet avait correctement apprécié la notion de perspective monumentale mentionnée par l'article 118 de la loi du 13 juillet 1911 ; dans l'arrêt *Abbé Didier*, le juge doit concilier les intérêts de la police avec la liberté des cultes. Pour ce faire, il examine si les processions visées par l'arrêté municipal d'interdiction étaient ou non traditionnelles, et si une menace à l'ordre public existait dans la commune. Toutes deux posées par le législateur, les notions de perspective monumentale et d'ordre public pourraient être considérées comme des catégories légales qui nécessitent un contrôle juridique. Mais, implicitement, Hauriou part du principe que les deux notions sont trop vaguement définies par la loi pour être considérées comme de véritables catégories légales. Dès lors, il estime que le contrôle du juge appelle un examen purement factuel qui ne relève pas du cas d'ouverture de la violation de la loi².

620. Hauriou en conclut que l'examen du juge déborde la mission du recours pour excès de pouvoir traditionnellement cantonnée au contrôle de légalité. C'est précisément dans ce dépassement du contrôle de légalité qu'Hauriou trouve une manifestation de la spécificité du recours pour excès de pouvoir. Si l'excès de pouvoir comprend bel et bien la légalité, c'est-à-dire la « *police du système juridique* », il contient aussi une « *police de la magistrature et de l'administration* », c'est-à-dire la sanction du « *délit professionnel commis au mépris, non pas de la loi, mais de maximes professionnelles, dont les postulats peuvent porter beaucoup plus loin que les prescriptions de la loi* ». La sphère de la légalité s'enrichit de la sphère de la moralité, spécialement de la *moralité administrative*. Dès lors, le recours pour excès de pouvoir devient un protecteur du Bien, notion plus extensive que la simple légalité : « *La notion de l'excès de pouvoir est ainsi beaucoup plus étendue que celle de la légalité ; elle correspond à la morale, qui est plus étendue que le droit*. ». Puisque les références du contrôle de l'excès de pouvoir excèdent le droit, le juge peut faire porter son examen sur les questions de pur fait, comme l'illustre, selon Hauriou, le contentieux des processions traditionnelles inauguré par l'arrêt *Abbé Didier*. La jurisprudence sur la police des cultes est ainsi

¹ Maurice Hauriou, note sous CE, 4 avril 1914, *Gomel* ; 1^{er} mai 1914, *Didier*, S., 1917, III, p 25.

² Maurice Hauriou, note sous CE, 4 avril 1914, *Gomel* ; 1^{er} mai 1914, *Didier*, S., 1917, III, p 25 : « *La limite de la violation de la loi, c'est la question de fait. Un juge ou un administrateur, dont la décision ne contient qu'une appréciation des faits, sans question de droit, échappe à la censure pour violation de la loi. Il a faussement interprété la loi, parce que cela ne vicie pas le système juridique*. ».

exploitée pour faire admettre l'inclusion de la morale dans le contrôle de l'excès de pouvoir. Sans doute faut-il y voir une influence de l'esprit chrétien qui irrigue l'œuvre du maître de Toulouse.

621. D'un point de vue technique, Hauriou rattache l'examen du fait au détournement de pouvoir qui représente à ses yeux la manifestation par excellence des préoccupations morales du juge de l'excès de pouvoir. Il insiste sur ce point en 1909 dans une note consacrée à plusieurs arrêts relatifs au port du viatique et aux sonneries de cloches, en liant le contrôle du fait dans son ensemble au cas d'ouverture du détournement de pouvoir¹. Mais pour l'avenir, Hauriou souhaite que l'examen du fait se détache du détournement de pouvoir et donne naissance à un cinquième cas d'ouverture de l'erreur de fait qui marquerait clairement la double inspiration du recours pour excès de pouvoir².

Toute cette construction réserve au juge administratif des pouvoirs considérables. En étendant son contrôle aux questions de moralité, le Conseil d'Etat devient un censeur extrêmement puissant de l'administration. Mais la puissance du juge n'effraie pas Hauriou ; au contraire, c'est en raison des qualités du juge – indépendance, impartialité, technicité du savoir – qu'il accorde au Conseil d'Etat une mission aussi étendue³.

622. Comme Hauriou, Louis le Fur⁴ défend l'inclusion du contrôle de l'opportunité dans l'office du juge de l'excès de pouvoir en s'appuyant essentiellement sur la jurisprudence relative à la tutelle des collectivités locales et sur la jurisprudence culturelle. Pour Le Fur, une question d'opportunité apparaît quand, pour une situation donnée, la loi n'a rien prévu ou est restée vague et imprécise⁵. Or en matière de police des cultes, les règles appliquées par l'administration sont très vagues, puisqu'il s'agit de concilier l'ordre public avec les libertés publiques, deux notions dont le contenu est loin d'être précisément déterminé. Il s'agit donc de questions d'opportunité, dont, aux yeux de Le Fur, le Conseil d'Etat s'est saisi dans le contentieux de la police des cultes. Et Le Fur ne s'arrête pas au constat de l'existence d'un tel contrôle ; il défend vigoureusement son développement en articulant trois principaux arguments.

¹ Maurice Hauriou, note sous CE, 2 août 1907, *Abbés Garcin* ; 14 février 1908, *Abbé Valette* ; 5 août 1908, *Abbés Leclercq et Gruson* ; 5 août 1908, *Abbé Morel et autres* ; 5 août 1908, *Abbé Braux et autres*, S., 1909, III, p 1.

² Il ne faut pas confondre la proposition d'Hauriou avec celle de Gaston Jèze, qui exclut toute idée de moralité dans ses réflexions sur l'erreur de fait.

³ Sur l'éloge du juge et du contrôle juridictionnel chez Hauriou, voir par exemple : Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1930, p 292 et s ; par ailleurs, Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus Politicum*, n°2, 2009, www.juspoliticum.com.

⁴ Louis le Fur, « La protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiètements des agents centralisés », *R.G.A.*, 1911, p 5-21 ; p 129-152 ; p 385-399 ; *R.G.A.*, 1912, p 5-18.

⁵ Louis le Fur, « La protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiètements des agents centralisés », *R.G.A.*, 1911, p 5-21 ; p 129-152 ; p 385-399 ; *R.G.A.*, 1912, p 5-18.

D'abord, comme Maurice Hauriou, il conçoit le contrôle de l'opportunité comme un enrichissement d'un contrôle de légalité jugé insuffisant. Car l'opportunité, ce sont les considérations de justice et l'utilité sociale qui doivent guider l'action de l'Etat. En conséquence, le contrôle l'opportunité revient à confronter l'action administrative à une notion du Bien complétant les considérations de légalité formelle auxquelles trop d'auteurs ramènent l'office du juge administratif. Aussi bien, on retrouve sans surprise, chez le chrétien Le Fur¹, les préoccupations morales qui animent Maurice Hauriou.

Ensuite, Le Fur avance que l'opportunité s'inscrit naturellement dans l'office du juge car elle innerve toute la vie du droit. Le législateur est le premier à s'inspirer de considérations d'opportunité dans son œuvre, en prenant en compte des exigences d'équité et d'utilité². De la même manière, l'administration doit dépasser les simples exigences de la légalité pour prendre des décisions opportunes d'un point de vue politique, social ou économique. Dès lors, comment admettre que le juge soit étranger aux questions d'opportunité ?

Cette idée est d'autant plus inadmissible pour Le Fur qu'il considère que l'opportunité examinée par le juge est supérieure à celle qui est appréciée par l'administration, en raison des qualités de la fonction juridictionnelle. A la *mauvaise opportunité* de l'administrateur est préférée la *bonne opportunité* du juge : « *L'action d'une juridiction indépendante tant du gouvernement que des électeurs a remplacé celle d'une administration doublement dépendante au contraire, et pouvant être accusée, tantôt d'intervenir là où il n'y a pas lieu de la faire, tantôt au contraire de ne pas vouloir agir là où c'est nécessaire : il est toujours difficile de contraindre impartialement à une exacte application de la loi, des hommes dont on aura ensuite à solliciter les suffrages. Il est aussi indispensable que délicat d'assurer le double contrôle de l'administration supérieure et des contribuables sur les municipalités, tout en évitant de porter atteinte à la légitime liberté d'action de ces dernières.* »³.

623. Les réflexions des deux auteurs ont été amplement reprises pour rendre compte du contrôle du fait dans le cadre du contentieux de la police des cultes⁴, de nombreux juristes faisant référence à

¹ Sur l'influence des doctrines chrétiennes chez Louis Le Fur, voir les réflexions qu'il consacre à la souveraineté : Louis Le Fur, « La souveraineté et le droit », *R.D.P.*, 1908, p 389-422.

² Louis le Fur, « La protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiètements des agents centralisés », *R.G.A.*, 1911, p 385-399, p 396.

³ Louis le Fur, « La protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiètements des agents centralisés », *R.G.A.*, 1911, p 385-399, p 392.

⁴ Par exemple : A. Curet, *Les communes et les lois de séparation*, Pédone, 1910 ; P. Bénézech, *La police extérieure du culte, étude de jurisprudence*, Thèse, Carcassonne, 1912 ; R. Durnerin, *De la situation juridique des édifices domaniaux affectés au culte catholique*, Thèse, Paris, 1923 ; H. Welter, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Thèse, Nancy, 1929 ; P. Richard, *La liberté des cultes et le pouvoir de police des maires sous le régime de séparation*, Thèse, Caen, 1913.

Hauriou ou Le Fur pour affirmer que l'examen du Conseil d'Etat dépasse la stricte légalité et s'étend à l'opportunité ou à la moralité. Du point de vue de la technique contentieuse, ce contrôle est systématiquement rapporté au cas d'ouverture du détournement de pouvoir¹.

Mais cette assimilation complète du détournement de pouvoir et du contrôle des motifs de fait entraîne une simplification excessive du raisonnement du Conseil d'Etat. En effet, le contrôle du fait dans le cadre de la violation de la loi n'est pas distingué du contrôle du fait dans le cadre du détournement de pouvoir, ce qui conduit par exemple à interpréter l'examen mis en œuvre dans l'arrêt *Abbé Olivier et autres c/ maire de Sens*² sous le seul angle du détournement de pouvoir. Pourtant, dans cette décision, le Conseil d'Etat opère, d'une part, un contrôle de la qualification juridique des faits et de l'adéquation sous l'angle de la violation de la loi, et, d'autre part, constate l'existence d'un détournement de pouvoir.

En outre, l'égalité posée entre opportunité, détournement de pouvoir et contrôle du fait élude les différences de statut de l'examen du fait à chaque étape du raisonnement juridictionnel. Le détournement de pouvoir entraîne bien un contrôle du fait, mais ce dernier porte sur le *contexte de l'acte administratif*, qui peut être révélé par les motifs exprimés ou par les éléments du dossier soumis au juge administratif. Dans ce cas, l'examen factuel est destiné à déceler les buts réels poursuivis par l'auteur de l'acte attaqué ; il s'agit donc d'apprécier la situation factuelle pour caractériser l'incorrection du but poursuivi par l'administrateur. L'examen des faits dans le cadre de la violation de la loi se distingue de cette logique en ce que le juge fait porter son contrôle sur les éléments du raisonnement de l'administrateur qui portent sur les faits. Dans ce cas, le juge supervise les opérations intellectuelles réalisées par l'administrateur au moment de subsumer une situation de fait sous un ensemble de règles de droit. Dans cette forme de contrôle, le potentiel de limitation du pouvoir discrétionnaire est bien plus grand que dans la logique du détournement de pouvoir.

Aussi bien, les doctrines du contrôle de l'opportunité ou de la moralité centrées sur le détournement de pouvoir n'apparaissent pas aptes à fournir une explication satisfaisante du raisonnement juridictionnel qui se développe notamment dans le contentieux de la police des cultes. En fait, ces théories ont principalement pour objet de rompre avec la vision traditionnelle du recours pour excès de pouvoir limité au contrôle de légalité, d'accroître les pouvoirs du juge et de rehausser la puissance de ce dernier par rapport aux autres organes de l'Etat. Mais, ce faisant, Hauriou, Le Fur et leurs disciples s'écartent de la tradition juridique française consistant à limiter la puissance de la

¹ Paul Richard, *La liberté des cultes et les pouvoirs de police des maires sous le régime de la Séparation*, Thèse, Caen, 1913, p 141 et s ; Lucien Crouzil, « Le droit d'occupant dans les églises », *Recueil de législation de Toulouse*, 1909, tome V, p 140-184, p 173 et s ; Paul Bénézech, *La police extérieure du culte*, Thèse, Toulouse, 1912, p 108 et s ; René Durnerin, *De la situation juridique des édifices domaniaux affectés au culte catholique*, Thèse, Paris, 1923, p 86 et s.

² CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres c/ maire de Sens*, *D.P.*, 1910, III, p 123 ; et *supra*, n°588 et s.

fonction juridictionnelle. Aussi, il n'est pas surprenant qu'aux doctrines du contrôle de l'opportunité se soient opposées les théories ambitionnant d'expliquer le contrôle du fait dans le cadre du contrôle de légalité.

B. – Le contrôle du fait, élément à part entière du contrôle de légalité.

624. La théorie du contrôle de l'opportunité et de la moralité est minoritaire dans la doctrine. Le courant dominant, parfois dénommé « école légaliste »¹, entend maintenir le recours pour excès de pouvoir dans son seul rôle de gardien de la légalité. Mais contrairement à la doctrine de la fin du XIXe siècle qui professait majoritairement l'incompatibilité du contrôle du fait avec le contrôle de légalité, plusieurs auteurs élaborent au XXe siècle une théorie du contrôle juridictionnel dans laquelle le contrôle du fait est une modalité normale de la légalité, et non un dépassement de cette dernière. Les enjeux d'un tel programme ne sont pas négligeables.

Il s'agit d'abord de préserver l'identité du recours pour excès de pouvoir, de le cantonner dans la sphère de la légalité tout en prenant en compte les progrès importants de la jurisprudence depuis la fin du XIXe siècle. Cette préoccupation ressort par exemple très clairement des explications de Chalvon-Demersay dans son ouvrage sur l'examen du fait par le Conseil d'Etat². A propos des propositions d'Hauriou et de Jèze d'introduire une ouverture autonome de l'erreur de fait, Chalvon-Demersay met en garde contre les risques qu'une telle nouveauté ferait peser sur l'identité du recours pour excès de pouvoir. En effet, la pure logique du fait, déliée de tout rapport avec la légalité, relève du domaine de la *particularité*, du raisonnement en équité qui ne vaut que pour un cas déterminé. Si une telle logique particulariste était introduite dans l'office du juge de l'excès de pouvoir, alors le recours perdrait tout ce qui fait son intérêt et sa force, c'est-à-dire sa nature de recours objectif et d'intérêt public qui assure à l'égard de tous la suppression des actes administratifs illégaux. En bref, la logique du fait mettrait en danger l'effet *erga omnes* de l'annulation et ferait nécessairement prévaloir l'autorité relative de la chose jugée, dénaturant ainsi la mission du recours pour excès de pouvoir. Pour éviter une telle dérive, Chalvon-Demersay explique que le contrôle du fait doit être conçu uniquement dans le cadre de la violation de la loi. Implicitement, il estime d'ailleurs que seule la qualification juridique des faits a sa place dans la notion d'excès de pouvoir, à

¹ Par exemple : Michel Dubuisson, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, LGDJ, 1957.

² E. Chalvon-Demersay, *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1922.

l'exclusion de la matérialité des faits qu'il rattache à une forme de contrôle hiérarchique préalable à l'examen juridictionnel du Conseil d'Etat.

La volonté d'inclure l'examen du fait dans la violation de la loi est aussi manifeste chez Léon Duguit, qui lie la question de fait à l'opération de constatation du droit objectif ou du droit subjectif¹. De même, dans son étude sur le pouvoir discrétionnaire, Léon Michoud² montre qu'en définissant les motifs qui doivent guider les actes de l'administration, le législateur ou le juge peuvent introduire des questions de fait dans le raisonnement juridique mis en œuvre lors du contrôle de la violation de la loi.

Pour ce courant doctrinal, il faut donc inclure les questions de fait dans la logique classique de la légalité, en faisant de leur examen, non pas une mission autonome du juge de l'excès de pouvoir, comme Hauriou ou Le Fur, mais une étape à part entière du contrôle de la violation de la loi ; il faut prendre en charge les progrès du contrôle des motifs enregistrés depuis le début du XXe siècle, tout en préservant l'idée classique du recours pour excès de pouvoir limité au domaine de la légalité. En ce sens, les propos de Marc Réglade sont très clairs : « *si, en général, les circonstances de fait qui entourent l'accomplissement d'un acte administratif sont plutôt des éléments de l'opportunité, elle apparaissent de plus en plus fréquemment à l'heure actuelle comme des éléments de la légalité, et que c'est seulement dans le cas où il en est ainsi que le Conseil d'Etat les apprécie. En sorte que la haute juridiction, en appréciant les faits, reste dans son rôle de juge et n'empiète en rien sur le domaine de l'Administration active.* »³.

L'autre enjeu du contrôle du fait concerne le pouvoir discrétionnaire. Pour l'école légaliste, le pouvoir discrétionnaire est un phénomène légitime dont le principe doit être préservé au bénéfice de l'administration. Mais, dans le même temps, il doit être strictement encadré au nom de l'Etat de droit. Dans cette perspective, le problème de l'examen du fait et des motifs de l'acte administratif devient stratégique car il intervient dans la définition du pouvoir discrétionnaire et la délimitation des frontières entre légalité et opportunité.

625. Sur ces questions, le contentieux de la police des cultes a suscité plusieurs réflexions parmi les plus importantes de la IIIe République. Au cœur de l'évolution des pratiques du juge de l'excès de pouvoir au XXe siècle, la jurisprudence cultuelle est donc aussi décisive dans l'élaboration des théories doctrinales modernes du contrôle juridictionnel. Le groupe d'auteurs qui a exploité la

¹ Léon Duguit, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *R.D.P.*, 1906, p 413-471.

² Léon Michoud, « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *R.G.A.*, 1914, p 5-26 ; p 193-214 ; *R.G.A.*, 1915, p 5-25 ; p 193-227.

³ Marc Réglade, « Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1925, p 413-446, p 414.

jurisprudence relative à la police des cultes se structure autour de Roger Bonnard et Marcel Waline. Ils ont en commun de proposer une approche analytique de l'acte administratif conçu comme une déclaration de volonté et focalisée sur le processus psychologique qui préside à la prise de décision par l'administrateur¹. Le but de cette décomposition de l'acte administratif est de déterminer avec précision les éléments de l'acte qui sont soumis au contrôle du juge et ceux qui relèvent de l'opportunité. De cette manière, les auteurs espèrent dessiner le plus nettement possible le domaine du pouvoir discrétionnaire.

626. Faisant référence à Duguit, Roger Bonnard définit l'acte administratif comme une déclaration de volonté de l'administration avec l'intention de produire un effet de droit. En tant que manifestation de volonté, l'acte administratif unilatéral se décompose en trois éléments². Il s'agit d'abord des *motifs* représentant les antécédents de la décision, c'est-à-dire la situation de fait et de droit qui provoque la décision. Aux motifs s'ajoute ensuite l'*objet* de l'acte administratif, qui désigne son contenu. Enfin, toute décision administrative poursuit un *but*, recherche la réalisation d'un certain résultat. Fort de cette analyse de l'acte administratif, Bonnard s'attache à déterminer quelle est la part du pouvoir discrétionnaire ou de la libre appréciation de l'administration à l'égard des différents éléments de l'acte. A cet égard, il dégage deux constantes et une variable. Pour ce qui concerne l'existence matérielle ou légale des motifs, le pouvoir d'appréciation de l'administration n'est jamais discrétionnaire ; en termes contentieux, cela signifie que le juge de l'excès de pouvoir contrôle toujours l'erreur de fait et l'erreur de droit. De même, la détermination du but n'est jamais discrétionnaire, son incorrection étant sanctionnée par le biais du détournement de pouvoir. En revanche, l'appréciation de la valeur des motifs – c'est-à-dire de l'opportunité – et de l'objet de la décision, relève tantôt du pouvoir discrétionnaire, tantôt de la compétence liée. Pour Bonnard, l'ampleur du pouvoir discrétionnaire résulte de la volonté du législateur qui peut fixer les motifs qui doivent fonder une catégorie déterminée d'actes administratifs, faisant ainsi passer une question d'opportunité dans le domaine de la légalité ; c'est la théorie de l'énoncé légal des motifs. Il précise d'ailleurs que les motifs doivent non seulement avoir été prévus par la loi, mais aussi précisément définis par elle ; si la désignation du motif est vague et indéterminée, elle n'est pas susceptible de lier la compétence de l'administration. Chez Bonnard, la distinction entre la légalité et l'opportunité est donc éminemment relative, puisqu'elle dépend uniquement de la définition législative. Cette

¹ Cette approche est déjà celle de Duguit notamment, dont s'inspire Roger Bonnard ; voir Léon Duguit, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *R.D.P.*, 1906, p 413-471.

² Roger Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1923, p 363-392.

conception tranche ainsi avec les vues de Hauriou et Le Fur aux termes desquelles l'opportunité a un contenu matériel recouvrant les questions de moralité, de justice ou d'utilité sociale.

Bonnard s'appuie ensuite sur le contentieux de la police des cultes pour présenter une hypothèse de compétence liée maximale, c'est-à-dire s'étendant à l'appréciation de la valeur des motifs. En la matière, en effet, le Conseil d'Etat vérifie l'exactitude matérielle des motifs ainsi que la correction du but, en s'assurant que l'autorité de police a bien eu en vue l'intérêt de l'ordre public. Par ailleurs, le juge contrôle la valeur des motifs car ces derniers ont été définis par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 qui précise les matières d'ordre public sur lesquelles les décisions du maire peuvent porter ; il s'assure donc de la réalité et de la pertinence des menaces à l'ordre public invoquées par l'administration. Le contentieux de la police des cultes illustre ainsi une liaison complète de la compétence de l'administration portant sur tous les éléments de la déclaration de volonté matérialisée par l'acte administratif.

Ceci étant dit, l'exemple de la police des cultes n'apparaît pas comme le plus pertinent du point de vue de la propre doctrine de Bonnard. En effet, les composantes de l'ordre public sont définies en termes très généraux et imprécis par la loi du 5 avril 1884, de sorte que l'appréciation des motifs pourrait rester dans le domaine du pouvoir discrétionnaire. Cependant, chez Bonnard, la doctrine de l'énoncé légal des motifs n'est pas la seule explication envisageable de la compétence liée en matière de police des cultes. En effet, dans les années 1930, il développe le thème des droits publics subjectifs des administrés, ces derniers jouant un rôle dans la limitation du pouvoir discrétionnaire¹. Selon Bonnard, le droit public subjectif est un pouvoir d'exiger dont le sujet actif est l'administré et le sujet passif l'administration. Du seul fait de son existence, il lie la compétence de l'administration. Or, Bonnard explique que les libertés publiques sont assorties d'un droit subjectif à l'abstention de l'Etat qui permet d'en garantir juridiquement la jouissance². Dès lors, dans le cadre du contentieux de la police des cultes, la liberté des cultes s'accompagne d'un droit public subjectif qui limite le pouvoir discrétionnaire de l'administration et justifie le contrôle du juge sur les motifs.

¹ Roger Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1923, p 363-392 ; Roger Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé*, 1934, rééd Dalloz, 2006 ; R. Bonnard, « Les droits publics subjectifs des administrés », *R.D.P.*, 1932, p 695-728.

² Roger Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé*, 1934, rééd Dalloz, 2006, p 46 et s.

627. Marc Réglade se situe dans l'orbite de la doctrine définie par Bonnard¹. Comme ce dernier, Réglade distingue les motifs, l'objet et le but au sein de l'acte administratif. Comme Bonnard, il estime que la séparation entre la légalité et l'opportunité est relative et dépend de la volonté du législateur de transformer une question d'opportunité en question de légalité. Réglade se distingue en revanche en rattachant le contrôle des motifs à l'incompétence et non à la violation de la loi. Plus important, il distingue plusieurs degrés de compétence liée.

Pour l'auteur, l'opportunité peut porter sur le choix des motifs, sur la latitude d'action laissée à l'administration en présence de certains motifs, et sur le choix du moment pour agir.

Le choix du moment est toujours discrétionnaire. En revanche, le choix des motifs peut relever de la compétence liée lorsque la loi a imposé certains motifs à l'action administrative. Dans ce cas, l'administrateur et le juge sont face à une *compétence liée de premier degré*, car si le choix des motifs est lié, le choix de la décision à prendre en présence de ces motifs reste discrétionnaire. Enfin, la loi peut imposer à la fois des motifs déterminés et un type de décision en présence de ces motifs. Il s'agit alors d'un cas de *compétence liée au second degré*. C'est par exemple le cas en matière de repos hebdomadaire car le législateur a imposé aux préfets la délivrance d'une dérogation au repos le dimanche en présence de certaines conditions fixées par la loi.

La police des cultes est retenue comme illustration de la compétence liée au premier degré. Réglade explique ainsi que le maire ne peut agir qu'en présence des motifs définis par l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, mais qu'il « *reste juge de l'opportunité de son mode d'action ou de son abstention* »². Dans cette interprétation, le juge de l'excès de pouvoir vérifie donc la réalité des motifs invoqués par l'autorité de police, mais ne contrôle pas l'opportunité du choix de la décision prise. Cette vision des choses ne rend pas correctement compte du raisonnement effectif du Conseil d'Etat, car l'examen du juge porte sur la qualification juridique des faits mais aussi l'adéquation de la décision à la gravité de la menace à l'ordre public, autrement dit sur le choix de la décision. Pour autant, le cas de la police des cultes ne relève pas véritablement de la compétence liée au second degré, puisque confronté à une menace à l'ordre public établie, le maire n'est pas tenu de prendre un seul type de décision. Aussi bien, la théorie de Réglade échoue à rendre compte précisément du contrôle de l'adéquation mis en œuvre dans le contentieux de la police des cultes.

¹ Marc Réglade, « Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1925, p 413-446.

² Marc Réglade, « Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1925, p 413-446, p 437.

628. Pour terminer, penchons-nous sur l'apport de Marcel Waline qui a amplement exploité le contentieux de la police des cultes pour construire sa théorie du pouvoir discrétionnaire¹. Classiquement, Waline distingue le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée, mais ne pose aucune opposition radicale entre les deux, admettant qu'il existe toujours une certaine dose de pouvoir discrétionnaire, même dans une situation dominée par la compétence liée. Comme Bonnard et Réglade, Waline entreprend une analyse psychologique de l'acte administratif conçu comme une déclaration de volonté. Il décompose le processus de prise de décision en trois phases : l'appréciation de son rôle par l'administrateur, l'appréciation de la situation de fait, et l'appréciation des mesures exigées par la situation de fait établie.

S'appuyant sur la jurisprudence en matière de police, Waline affirme que l'administrateur ne dispose jamais d'un pouvoir discrétionnaire quant à l'appréciation de son rôle : l'autorité de police doit toujours agir dans un but d'intérêt public et seulement dans le cadre d'une habilitation par le droit positif. Techniquement, la sanction de ces aspects relève tantôt du cas d'ouverture de l'incompétence, tantôt du détournement de pouvoir, tantôt de l'erreur de droit.

Ensuite, l'appréciation des faits peut donner lieu à trois types d'examen. Il s'agit de la vérification de l'existence des faits, de la qualification juridique des faits, et de l'appréciation du degré de danger prévisible compte tenu des faits constatés. Le premier aspect n'est jamais discrétionnaire. Quant aux deux derniers, ils ne se distinguent que par la portée temporelle des faits à apprécier. Ainsi, la qualification juridique intervient à l'égard de *faits passés*, pour caractériser, par exemple, la faute d'un agent. En revanche, la dernière forme d'appréciation des faits est propre au domaine de la police et porte sur des *faits futurs* ou éventuels. Dans ces deux hypothèses, la compétence de l'administration n'est pas discrétionnaire dès lors que les motifs ont été définis par le droit positif comme une condition de l'action.

Enfin, le processus de prise de décision s'achève par la détermination des mesures adaptées à la situation de fait. Au premier abord, cet aspect de l'acte administratif semble donner peu de prise à un examen juridique car il relève *a priori* de la notion d'opportunité. Mais en interprétant le raisonnement du juge dans le contentieux de la police des cultes, Waline explique que cet aspect de l'acte administratif entre bien dans le champ du contrôle juridique de l'excès de pouvoir, car la décision administrative résout un véritable *conflit de lois* entre les textes qui investissent le maire du pouvoir de police et ceux qui consacrent les droits individuels des citoyens². Ce conflit de lois fait

¹ Marcel Waline, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *R.D.P.*, 1930, p 197-223. Voir aussi Marcel Waline, « Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *E.D.C.E.*, 1956, p 25-33.

² Selon une logique renversée mais finalement comparable, André Goergin considère que dans l'hypothèse de la police administrative, la violation de la loi provient de la violation d'une norme composite réunissant la loi

entrer la question d'opportunité dans le champ de la légalité : « prenons, par exemple, le cas des cortèges ou processions sur la voie publique ; en principe, il ne peuvent être interdits sans violation de la liberté d'aller et venir, ou de la liberté des cultes ; il n'en est autrement que si ces cortèges risquent de troubler l'ordre public, ce qui est pour chacun d'eux une question de fait. Si tel cortège doit troubler l'ordre public, il est à la fois légal et opportun de l'interdire ; dans le conflit qu'il doit trancher, le maire doit préférer la loi de 1884 ; si au contraire le cortège ne doit pas troubler l'ordre public, il est à la fois inopportun et illégal de l'interdire, et, dans le conflit de lois, le maire doit préférer la liberté d'aller et venir. Du fait que la question de la légalité de son intervention est commandée par la question de l'opportunité, le Conseil d'Etat naturellement compétent pour juger la première, le sera aussi pour juger la seconde »¹. Et Waline de conclure, comme les auteurs précédents, à la relativité de la distinction entre l'opportunité et la légalité ; « toutes les fois qu'une liberté publique est restreinte par une mesure de police, explique-t-il, la mesure n'est légale qu'à la condition d'être nécessaire, donc opportune »².

629. Les exemples de Bonnard, Reglade et Waline montrent que l'élaboration des théories modernes du contrôle juridictionnel sous la III^e République doit beaucoup à la jurisprudence cultuelle. L'analyse de la notion de motif ou l'idée de conflit de lois se sont en grande partie fondées sur ce matériau jurisprudentiel³. Ces travaux s'inscrivent en outre dans une stratégie doctrinale bien déterminée. A l'encontre des théories moralistes défendues par Hauriou et Le Fur, il s'agit de conserver au recours pour excès de pouvoir sa nature de contrôle juridique. Mais le développement du contrôle du fait ne facilite pas la tâche de nos auteurs car le fait et le droit sont volontiers opposés comme deux notions antinomiques. D'où l'élaboration de notions qui permettent de justifier le contrôle du fait dans le cadre classique du contrôle de légalité. Partant du principe que tous les éléments du processus de décision de l'administrateur relèvent *a priori* du contrôle juridique du Conseil d'Etat, Bonnard donne une consistance juridique aux antécédents de la décision en les

attributrice de compétence (loi du 5 avril 1884) et la loi reconnaissant la ou les libertés publiques qui sont limitées par la décision de police. Voir André Goergin, *La violation de la loi, cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1915, p 267.

¹ Marcel Waline, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *R.D.P.*, 1930, p 197-223, p 222.

² Marcel Waline, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *R.D.P.*, 1930, p 197-223, p 223.

³ Voir aussi P-H. Teitgen qui soutient une version de la théorie de l'énoncé légal des motifs pour rendre compte du contrôle du juge à l'égard des mesures de police des cultes. L'article 97 de la loi du 5 avril 1884 définit les motifs que l'autorité de police doit prendre en compte et justifie le contrôle du juge. Par ailleurs, l'implication d'une liberté publique fonde le contrôle de la nécessité des actes de police (P-H. Teitgen, *La police municipale, étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Thèse, Nancy, Librairie du Recueil Sirey, 1934, p 247 et s).

incluant dans la notion de motif¹. Ramenées dans la sphère du droit, les appréciations de fait peuvent dès lors faire l'objet d'un examen juridique par le juge de l'excès de pouvoir. Dans le même sens, les intentions doctrinales de Marcel Waline ne font pas de doute lorsqu'il transforme des questions de fait et d'opportunité en conflit de lois, question de droit par excellence. A cet égard, la configuration des débats sur le pouvoir discrétionnaire, le contrôle du fait et l'opportunité rappelle celle des discussions sur la notion de personnalité juridique de l'Etat² : dans les deux cas, les juristes entreprennent la construction de concepts qui permettent d'inscrire dans le cercle du droit – et donc de limiter par le droit – des phénomènes qui semblent au premier abord échapper à l'emprise juridique ; dans un cas, il s'agit de l'appréciation de l'opportunité, dans l'autre, de la souveraineté supposée illimitée de l'Etat.

Enfin, si l'école légaliste s'attache à théoriser la limitation du pouvoir discrétionnaire, elle entend aussi légitimer son existence. S'il doit être encadré, ce dernier n'en est pas moins nécessaire pour la bonne marche de l'Etat. Deux principales justifications sont principalement mises en avant. La première tient à l'éloignement du juge des situations concrètes et à la technicité de certains problèmes ; ces éléments placent l'administrateur dans une position privilégiée pour apprécier librement les décisions à prendre³. La seconde, c'est l'indétermination de la norme, c'est-à-dire le vague et le manque de précision des catégories et définitions légales qui fait obstacle à l'existence d'un pouvoir totalement lié dans l'exercice de certaines compétences⁴. Maurice Hauriou ajoutera à ces fondements l'idée d'*entreprise*, d'après laquelle l'activité administrative doit disposer de la marge de manœuvre indispensable à une action rationnelle et efficace dans un monde marqué par les aléas, l'incertitude et la difficulté de combiner les moyens avec les fins⁵.

¹ D'autres auteurs se sont penchés sur cette notion sans centrer leurs analyses sur la jurisprudence culturelle. Voir ainsi Gaston Jèze, « La vérification des motifs des actes administratifs », *R.D.P.*, 1917, p 443-465 ; Gaston Jèze, « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », *R.D.P.*, 1913, p 294-331 ; Philibert, *Le but et les motifs dans l'acte administratif*, Thèse, Bordeaux, 1931.

² Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés, émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003 ; Eric Maulin, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, PUF, coll. Léviathan, 2003.

³ Emile Giraud, « Etude sur le pouvoir discrétionnaire », *R.G.A.*, 1924, p 193-212 ; p 298-320 ; Roger Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1923, p 363-392 ; Marcel Waline, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *R.D.P.*, 1930, p 197-223.

⁴ Léon Michoud, « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *R.G.A.*, 1914, p 5-26 ; p 193-214 ; *R.G.A.*, 1915, p 5-25 ; p 193-227 ; Emile Giraud, « Etude sur le pouvoir discrétionnaire », *R.G.A.*, 1924, p 193-212 ; p 298-320 ; Roger Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1923, p 363-392 ; Marc Réglade, « Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1925, p 413-446. La doctrine contemporaine identifie plus volontiers la source du pouvoir discrétionnaire dans l'indéterminabilité de la norme plutôt que dans son indétermination. A ce propos, voir Stéphane Rials, « Pouvoir Discrétionnaire », in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz.

⁵ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 12^{ème} éd, 1933, rééd Dalloz, 2002, p 351 et s. Hauriou rejette l'explication du pouvoir discrétionnaire proposée par les normativistes et tirée de l'idée

Sous la III^e République, l'exploitation doctrinale du contentieux de la police des cultes se prolonge avec la notion de standard.

§ 2. – Vers les théories modernes du contrôle juridictionnel : le contentieux de la police des cultes et la notion de standard.

630. La notion de standard n'est pas d'origine française ; elle s'est notamment développée dans la jurisprudence américaine relative aux restrictions aux droits économiques¹. Le concept est d'abord introduit en France par une partie de la doctrine de droit privé ; pour François Gény par exemple, la notion de standard permet de rompre avec les principes de l'exégèse en mettant en avant les notions vagues et indéterminées dont la mise en œuvre donne au juge et à la jurisprudence une importance nouvelle face à la loi toute puissante. Comme l'a montré Stéphane Rials, la doctrine des années 1920-1930 n'a pas parfaitement compris la notion de standard importée des Etats-Unis et n'est pas parvenue à en donner une explication satisfaisante dans le cadre du droit français.

Ceci dit, dans le droit administratif de la III^e République, la catégorie juridique a été exploitée par Maurice Hauriou et Léo Goldenberg. Ces deux auteurs n'ont pas produit une réflexion approfondie à son sujet, mais ils ont appliqué la notion de standard à quelques exemples jurisprudentiels, dont le contentieux de la police des cultes, en mettant l'accent sur des dimensions jusque là peu abordées du contrôle juridictionnel, telles que l'importance du juge comme source autonome de limitation du pouvoir discrétionnaire. Examinons l'apport de ces deux auteurs.

A. – Maurice Hauriou.

de concrétisation du droit. Le thème de l'entreprise est repris et développé dans les années 1950 notamment par Jean-Claude Vénézia, *Le pouvoir discrétionnaire*, BDP, n°17, LGDJ, 1959.

¹ Voir Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges*, rééd Dalloz, 2005 ; Stéphane Rials, *Le juge administratif français et la technique des standards*, BDP, n°135, LGDJ, 1980, p 16 et s ; p 31 et s ; Céline Bloud-Rey, « Standard », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphane Rials (dir), Lamy/PUF, 2003, p 1439.

631. Dans un article de 1926¹, Maurice Hauriou s'inspire des travaux d'Edouard Lambert et de l'Institut de droit comparé de Lyon pour transposer en droit administratif la notion de standard, aussi appelée directive par Hauriou². Le Doyen de Toulouse établit un ensemble d'oppositions à partir du couple entre le standard et la règle de droit.

La règle de droit recouvre les normes précises, liant strictement l'administrateur et le juge, et qui s'inscrivent dans une logique de stricte hiérarchie des normes. Au contraire, le standard est un guide méthodologique pour le juge ou l'administrateur, un cadre de raisonnement à l'intérieur duquel ces derniers doivent apprécier des situations concrètes. Il s'agit, explique Hauriou, d'un « *pouvoir général d'arbitrer une catégorie de conflits en employant certaines méthodes que l'on s'impose à soi-même.* »³. A partir de ces définitions, Hauriou oppose alors la logique de la stabilité qui domine le monde des règles de droit, à la logique de la mobilité qui caractérise les standards. Par ailleurs, il rattache les règles de droit au *fond du droit*, c'est-à-dire au domaine de la légalité, des règles précises et de la hiérarchie des normes ; quant aux standards, ils relèvent de la *police juridique* dont l'objectif est l'auto-limitation du pouvoir administratif par le biais de notions floues et mobiles adaptées aux situations de fait et aux appréciations d'équité.

632. Après les propos théoriques, Hauriou s'attache à trouver des applications de la notion de standard en droit administratif. Il évoque la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'imprévision, ou les méthodes employées par le juge administratif pour identifier la faute des administrateurs dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle.

Puis, il se penche sur le contentieux de la police des cultes qui apparaît à Hauriou comme particulièrement fécond en standards. Il interprète ainsi la formule jurisprudentielle de conciliation entre l'ordre public et les libertés publiques comme un standard imposant à l'autorité de police d'assurer la rationalité de l'exercice des pouvoirs de police et l'équilibre entre des termes souvent contradictoires. Fidèle à sa théorie du contrôle juridictionnel, Hauriou associe ces standards au détournement de pouvoir et non à la violation de la loi. Ce lien résulte selon Hauriou de ce que le standard, à l'image du détournement de pouvoir, relève de la logique de la mobilité et de la police juridique. Par conséquent, le détournement de pouvoir, qui, dans la doctrine d'Hauriou, assure déjà la sanction des règles de moralité qui

¹ Maurice Hauriou, « Police juridique et fond du droit », *R.T.D.civ.*, 1926, p 267-312.

² Stéphane Rials, *Le juge administratif français et la technique des standards*, BDP, n°135, LGDJ, 1980, p 54 et s.

³ Maurice Hauriou, « Police juridique et fond du droit », *R.T.D.civ.*, 1926, p 267-312, p 268.

s'imposent à l'administrateur, devient aussi le réceptacle de toutes les directives guidant l'action administrative.

633. Réfléchissant à propos des standards mis en œuvre par le Conseil d'Etat en matière de police, Hauriou remarque enfin la grande liberté d'appréciation laissée au juge pour trancher les litiges. L'évaluation de l'équilibre entre l'ordre et la liberté est éminemment factuelle et toute d'équité. Chaque solution donnée par le juge est difficilement prévisible et l'application des standards dans chaque situation locale peut varier considérablement. Dès lors, le développement des standards s'accompagne de la revalorisation du rôle prétorien du juge, ce dernier devenant ainsi une source de droit à part entière. La pratique jurisprudentielle des standards enfonce donc un coin dans le monopole de la loi comme source du droit. On ne s'étonnera pas qu'Hauriou se réjouisse de ce mouvement qui renforce l'empire des juristes dans le fonctionnement des institutions.

B. – Léo Goldenberg.

634. Par rapport à Hauriou, Léo Goldenberg approfondit la lecture du contentieux de la police des cultes sous l'angle de la notion de standard¹. Goldenberg part du constat que les théories légalistes et moralistes ne rendent pas correctement compte du raisonnement du juge dans le cadre de la jurisprudence cultuelle. D'une part, la théorie moraliste prétend que le Conseil d'Etat étend son contrôle à l'opportunité, alors même que la Haute Juridiction affirme s'en tenir au domaine de la légalité. Par ailleurs, les auteurs moralistes interprètent les progrès du contrôle des motifs de fait dans le cadre du détournement de pouvoir, alors qu'il s'agit d'une modalité de la violation de la loi. Quant à la théorie légaliste, celle de Bonnard notamment, elle énonce que la loi est la seule source de limitation de la liberté d'appréciation des motifs par l'administration en matière de police. Mais, selon Goldenberg, il n'est pas possible de soutenir que toutes les solutions imposées par le juge administratif à l'autorité de police sont *directement* déductibles des lois définissant l'ordre public et reconnaissant les droits individuels ; la loi ne peut donc être considérée comme une source directe de compétence liée dans les matières de police administrative.

635. Seule la notion de standard, aussi dénommée directive par Goldenberg, est susceptible d'expliquer correctement la logique de la jurisprudence. Contrairement aux textes précis qui lient la

¹ Léo Goldenberg, *Le Conseil d'Etat, juge du fait. Essai sur l'administration des juges*, Thèse, Paris, 1932.

compétence de l'administration, la « *loi-directive* »¹ donne une définition vague des faits à considérer par l'administrateur dans l'exercice de ses pouvoirs. Le domaine de la police est un terrain d'élection pour la loi-directive ; l'action de l'administration est en effet encadrée par les notions d'ordre public et de droits individuels dont le contenu et la portée sont indéterminés. Cette indétermination de la règle laisse une marge d'appréciation importante à l'administration. Pourtant, le juge administratif lie la compétence de l'administrateur en matière de police. Selon Goldenberg, cette limitation du pouvoir discrétionnaire ne peut être directement déduite des lois qui définissent l'ordre public et reconnaissent les droits individuels car ces dernières sont trop vagues. Si le pouvoir discrétionnaire de l'autorité de police disparaît finalement dans l'appréciation des motifs des mesures de police, ce n'est pas un effet direct de la loi, mais cela résulte du *choix politique* du juge administratif de prendre à sa charge le pouvoir discrétionnaire de l'administration.

636. Dans le contentieux de la police des cultes, Goldenberg explique ce transfert du pouvoir discrétionnaire de l'administration vers le juge par *l'importance politique* de la liberté des cultes au début du XXe siècle, qui exige un contrôle juridictionnel renforcé présentant toutes les garanties d'impartialité et de compétence apportées par le Conseil d'Etat². Les progrès du contrôle du fait résultent donc de la conjonction d'une loi-directive – la loi du 5 avril 1884 – et de la valorisation politique d'une liberté publique par le juge. Chez Goldenberg, les droits individuels interviennent dans le contrôle des motifs de faits autant comme *norme juridique* que comme *valeur politique*. Or, le juge joue un rôle de premier plan dans l'identification de ces valeurs politiques. Dans le cadre conceptuel qui est le sien, Goldenberg rend ainsi fidèlement compte du dialogue entre le juge et le législateur qui a débouché sur la valorisation politique des libertés de conscience et des cultes dans le cadre du contrôle de l'excès de pouvoir³.

L'exemple du contentieux de la police des cultes met en lumière la part d'initiative du juge dans la limitation du pouvoir discrétionnaire. Dans l'interprétation de Goldenberg, la loi n'est qu'un paramètre parmi d'autres de cette limitation. La loi se borne à fixer des orientations indéterminées à l'administrateur, ces orientations étant ensuite précisées et enrichies par le juge sur le fondement de considérations politiques, économiques ou sociales. Pour Goldenberg, il faut donc réévaluer le rôle du juge dans la création du droit et admettre que le contrôle juridictionnel ne fait pas disparaître le pouvoir discrétionnaire, mais qu'il consacre surtout son transfert de l'administration vers le juge. Il

¹ Léo Goldenberg, *Le Conseil d'Etat, juge du fait. Essai sur l'administration des juges*, Thèse, Paris, 1932, p 217.

² Léo Goldenberg, *Le Conseil d'Etat, juge du fait. Essai sur l'administration des juges*, Thèse, Paris, 1932, p 243.

³ Voir *supra*, n°534 et s.

existe ainsi, selon l'auteur, un phénomène « *d'administration des juges* »¹ conduisant à modifier les conceptions minimalistes de la tradition juridique française sur la fonction juridictionnelle. Le juge n'est pas le relais passif de la loi mais collabore avec le législateur et l'administration pour élaborer les règles qui encadrent l'action administrative. L'auteur y voit un phénomène souhaitable, dès lors que la démocratie a tout à gagner de l'intervention croissante de la compétence et des experts dans la régulation des conflits sociaux : « *Le recours au Conseil d'Etat permet de faire intervenir dans tout litige une compétence professionnelle supérieure, l'expérience des besoins et des intérêts permanents de l'Administration./ C'est là un avantage que la multiplication des autorités élues et la complexité croissante des tâches administratives rendent plus sensible encore. La Haute-Juridiction donne comme un avis d'experts, plus indépendant seulement que ceux de l'Administration active. Le rôle du Conseil d'Etat s'accroît ici avec celui des techniciens dans la démocratie moderne. Il accomplit une œuvre de rationalisation.* »².

637. Pas plus qu'Hauriou, Léo Goldenberg n'épuise la question des standards et n'élucide complètement ce concept. Mais l'application qu'il en fait dans le domaine de la police administrative annonce les doctrines contemporaines du contrôle juridictionnel. Il a le mérite de souligner le rôle actif du juge dans la détermination des limites de l'action administrative et dans la précision du contenu de la légalité. Il montre enfin l'importance des libertés publiques comme facteur de progrès du contrôle des motifs de l'acte administratif, préparant ainsi les analyses contemporaines qui reconnaissent dans les libertés et droits fondamentaux un critère central de variation de l'intensité du contrôle de la qualification juridique des faits³.

Conclusion du titre II.

638. Commentant l'évolution du recours pour excès de pouvoir, Léo Goldenberg écrit : « *Les auteurs s'accordent à rappeler les considérations politiques qui ont dicté vers 1860, l'extension du*

¹ Léo Goldenberg, *Le Conseil d'Etat, juge du fait. Essai sur l'administration des juges*, Thèse, Paris, 1932, p 354 et s.

² Léo Goldenberg, *Le Conseil d'Etat, juge du fait. Essai sur l'administration des juges*, Thèse, Paris, 1932, p 361.

³ Par exemple : Bernard Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Thèse, LGDJ, 1977 ; Stavroula Ktistaki, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, BDP, LGDJ, tome 162, 1998 ; P-L Frier, « Contrôle des motifs », in *Répertoire contentieux administratif* Dalloz, septembre 2005 ; Jean-Marie Woehrling, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », *R.A.*, n°spécial n°7, 1999, p 75-97 ; Bernard Pacteau, « Discrétionnarité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Denis Alland et Stéphane Rials (dir), Lamy/PUF, 2003 ; Maryse Deguerge, « Une controverse doctrinale latente relative au contrôle des motifs de fait », *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p 377-397.

recours pour excès de pouvoir, afin de donner à l'Empereur une popularité de justicier. Epoque de grande prospérité, de développement de la fortune privée et d'importants travaux d'intérêt public, l'Empire devait, fidèle à la tradition des despotismes éclairés, donner la prospérité là où il refusait la liberté. Depuis une trentaine d'années, les pouvoirs juridictionnels, dont le développement s'est ralenti dans les premières années de la Troisième République, ont connu un nouvel essor bien plus considérable encore que le précédent : dans ses conclusions, sous l'arrêt Bizet de 1867, Aucoc demandait au Conseil d'Etat d'ouvrir une "soupape de sûreté contre les abus possibles de l'administration" ; si l'un de ses successeurs voulait reprendre aujourd'hui une comparaison voisine, il devrait sans doute dire que l'effort de la jurisprudence, après avoir créé cette soupape, l'a purement et simplement arrachée, en sorte qu'il y a communication constante et non plus exceptionnelle, interpénétration complète entre l'atmosphère de l'administration et l'atmosphère juridictionnelle. »¹. Les termes employés par Goldenberg sont particulièrement bienvenus : au début du XXe siècle, la soupape de sûreté a bel et bien été « arrachée » dans la mesure où le recours pour excès de pouvoir s'est détaché des considérations politiques qui constituaient son cadre théorique sous le Second Empire pour s'adapter aux institutions républicaines, à leurs principes et à leurs valeurs.

Dans cette évolution, nous avons vu que le contentieux de la police des cultes a joué un rôle de premier plan à partir de la Séparation. Ainsi donc, ce secteur de la jurisprudence du Conseil d'Etat représente non seulement un exemple bien connu du libéralisme du juge administratif, mais aussi une étape décisive de la construction du contentieux administratif républicain. L'œuvre du Conseil d'Etat a consacré d'importants progrès du contrôle juridictionnel, spécialement s'agissant du contrôle des motifs de droit et de fait ; elle a servi de laboratoire au juge administratif pour élaborer les techniques modernes de contrôle des mesures de police, dont les grands principes sont encore ceux du droit administratif contemporain. A cet égard, le contentieux de la Séparation a fortement contribué à rompre avec les pratiques juridictionnelles de la fin du XIXe siècle ; il a notamment contribué à l'abandon des conceptions de la violation de la loi marquées par la logique de l'incompétence. Enfin, après la Séparation, la doctrine a exploité le matériau jurisprudentiel en matière de police des cultes, initiant les premières théories élaborées du pouvoir discrétionnaire et du contrôle des motifs de l'acte administratif.

Décidemment, que ce soit du point de vue de l'histoire de la laïcité ou de l'histoire du contentieux administratif, la richesse de la jurisprudence de Séparation est étonnante !

¹ Léo Goldenberg, *Le Conseil d'Etat, juge du fait. Essai sur l'administration des juges*, Thèse, Paris, 1932, p 360.

CONCLUSION GÉNÉRALE.

« Par son histoire, son organisation, l'expérience acquise par ses membres, le Conseil d'Etat – qu'il donne des avis ou rende des arrêts – marque les règles de droit de l'empreinte des réalités de la vie. Il évite, et doit éviter, au droit public d'être un droit abstrait et il recherche une harmonie entre la rigueur des normes et les leçons de l'expérience. Sans réduire le droit à une simple technique de l'action, il se méfie des constructions qu'aucun fait, aucun acte ne viendrait étayer... ».

Marceau Long, Discours d'installation à la vice-présidence du Conseil d'Etat, 26 février 1987.

« Il y a une laïcité de transparence. Elle est neutralité parfaite, telle que l'école publique pouvait, à sa naissance, en porter l'idéal. Une telle laïcité a dans sa vocation de recouvrir la religion, les religions, sans les occulter. Sous la transparence, toutes les cultures religieuses, s'il en est plusieurs, ont un droit égal à éclairer la société. Mais le fait, qui n'est pas égalitaire, c'est que chacune n'éclaire qu'à proportion de sa luminosité. La laïcité de transparence est une laïcité qui ne laïcise pas. ».

Jean Carbonnier, « La culture française : une culture "catholique" laïcisée ? », 1983.

639. Le contentieux administratif de la Séparation sous la III^e République représente incontestablement une réussite de la jurisprudence administrative moderne, résultat de l'action d'un législateur inspiré, d'un juge imaginatif et de citoyens confiants en l'idée du droit. Au terme de cette étude, nous espérons avoir restitué toute sa cohérence dans le cadre de l'histoire du droit public français : exceptionnel par l'importance du contexte politique et intellectuel dans lequel il s'est constitué, ce contentieux illustre les interactions entre un principe républicain et la justice administrative qui se développent au début du XX^e siècle.

640. En premier lieu, le Conseil d'Etat a précisé et développé le régime de la notion de laïcité de l'Etat consacrée par la loi de 1905. Il a systématiquement favorisé l'effectivité des libertés de conscience et des cultes et a interprété le principe de neutralité avec fermeté, toujours à la lumière des exigences des libertés de conscience et des cultes. Ce faisant, la jurisprudence administrative a joué un rôle de premier plan dans la définition de l'esprit du droit français des cultes.

C'est ainsi qu'en droit français, la *laïcité juridique* se distingue du laïcisme né à la fin du XIX^e siècle à l'occasion de la guerre scolaire. Le laïcisme est une idéologie, un mouvement culturel ; loin de se limiter à la construction d'un régime juridique de neutralité, les revendications laïques s'apparentent alors à un combat philosophique entre une conception moderne et sécularisée de la société et les dogmes de l'Eglise catholique dont la quintessence était incarnée aux yeux des laïques de la fin du XIX^e siècle par le *Syllabus* publié en 1864 en annexe de l'encyclique *Quanta Cura* du pape Pie IX. Cette version de la laïcité est nettement anticléricale, parfois antireligieuse, et implique un combat actif pour arracher les divers secteurs de la société à l'influence du clergé et de la religion, tous deux jugés tantôt inutiles, tantôt rétrogrades et hostiles au progrès humain¹. Le laïcisme est une vision du monde, proche de la libre-pensée, dont les doctrines entendaient former au début du XX^e siècle une alternative à la vision chrétienne du monde².

Au contraire, la notion juridique de laïcité, à la construction de laquelle le Conseil d'Etat a tant contribué, est une règle du jeu, un principe de droit, qui pose la stricte neutralité et la parfaite impartialité de l'Etat envers les cultes et plus largement les options spirituelles³. La laïcité comme principe juridique ne se prononce pas sur les fins dernières de l'homme et n'est pas une option spirituelle parmi d'autre, puisqu'elle a précisément pour vocation, par la limitation de la compétence de l'Etat, de garantir aux individus la totale liberté et la parfaite égalité dans leurs choix spirituels et religieux. L'Etat laïque n'est ni religieux, ni anticléric, ni athée, mais fidèle à un principe abstrait

¹ Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001.

² Jacqueline Lalouette, *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001, p 183 et s, puis 259 et s.

³ Henri Pena-Ruiz, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Folio-Actuel, 2003 ; Catherine Kintzler, *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Vrin, 2007.

permettant, dans l'idéal, la coexistence pacifique des individus, quelles que soient leurs visions du monde.

L'apport de la jurisprudence ne se limite pas au domaine de la laïcité. Dans le même temps, la Séparation a participé à la rupture définitive du recours pour excès de pouvoir avec la logique politique qu'il avait acquise sous le Second Empire, en contribuant à la définition de fonctions adaptées aux institutions républicaines. De plus, ce renouveau de la signification politique de l'excès de pouvoir a déterminé d'importants progrès des techniques de contrôle juridictionnel de l'administration, dans le cadre du contentieux de la police des cultes.

641. Par ailleurs, les résultats de cette recherche trouvent deux prolongements actuels sur lesquels il faut insister, l'un relatif aux évolutions de la notion de laïcité, l'autre en rapport avec l'histoire du droit public français.

D'abord, il est frappant de constater que la politique jurisprudentielle dont nous avons analysé les manifestations sous la III^e République est au cœur de la tradition jurisprudentielle perpétuée de nos jours par le Conseil d'Etat en matière de cultes. Cela résulte par exemple des explications du Rapport public de 2004 consacré à la laïcité¹, dans lequel la Haute Assemblée, dessinant les contours de la laïcité moderne, s'appuie à de nombreuses reprises sur la jurisprudence de la III^e République. De même, l'activité doctrinale de certains membres du Conseil d'Etat révèle l'intérêt de l'institution pour la tradition jurisprudentielle en matière de laïcité, comme l'illustrent, pour la période récente, les écrits de Jean-Paul Costa², Bernard Stirn³ ou Rémy Schwartz⁴.

La jurisprudence contemporaine est aussi marquée par la tradition. Ainsi, l'avis du 27 novembre 1989 relatif au port de signes d'appartenance religieuse⁵ s'inscrit parfaitement dans les formes de raisonnement élaborées par le Conseil d'Etat de la III^e République : après avoir insisté sur la continuité de la tradition laïque depuis les années 1880, le Conseil d'Etat affirme que le principe de laïcité permet le port de signes religieux dans la mesure où ce port est une manifestation de la liberté de conscience et des cultes reconnue aux élèves ; mais dans le même temps, l'autorité administrative peut limiter cette expression de la liberté lorsqu'elle compromet l'ordre public, le bon déroulement des activités d'enseignement, qu'elle porte atteinte à la dignité de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, qu'elle compromet la santé ou la sécurité, ou, enfin, qu'elle

¹ Conseil d'Etat (rapport public), *Un siècle de laïcité*, La Documentation Française, 2004, p 263 et s.

² Jean Paul Costa, « Le droit positif », in *Les laïcités à la française*, Guy Bedouelle et Jean Paul Costa (dir), PUF, 1998, p 79-90.

³ Bernard Stirn, « Le Conseil d'Etat, l'école et la laïcité », *Mélanges en l'honneur du professeur Franck Moderne*, 2005, p 407-415.

⁴ Rémy Schwartz, « La jurisprudence de la loi de 1905 », in *Politiques de la laïcité au XX^e siècle*, Patrick Weil (dir), PUF, 2007, p 147-180 ; Rémy Schwartz, *Un siècle de laïcité*, Berger-Levrault, 2007.

⁵ CE ass., avis, 27 novembre 1989, *R.F.D.A.*, 1990, p 6.

constitue un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande. La liberté de conscience et des cultes est donc le principe et ne peut être limitée que pour protéger la liberté d'autrui, faire respecter l'ordre public ou garantir un fonctionnement normal du service public de l'enseignement. Il y a là une interprétation classique des conséquences de la laïcité de l'Etat, spécialement de l'enseignement¹.

Dans le même sens, par l'ordonnance *Commune de Massat* du 25 août 2005², le juge des référés du Conseil d'Etat qualifie la liberté des cultes de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, et reprend l'interprétation classique de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1905 en déduisant le droit d'occupation des édifices du cultes par les fidèles des exigences de la liberté des cultes³.

642. Cependant, sur certains points, la tradition est parfois remise en cause par le législateur ou critiquée par la doctrine.

Ainsi, s'agissant du port de signes religieux à l'école par les élèves, l'avis de 1989 ne reflète plus le droit positif. En effet, depuis la loi du 15 mars 2004⁴, le port de signes qui manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit dans l'enseignement primaire et secondaire. Le législateur affecte donc le port de signes religieux ostensibles d'une présomption de trouble à l'ordre public et au bon fonctionnement du service public. Dès lors, il s'écarte de la tradition du droit laïque issue notamment de la jurisprudence de la III^e République, selon laquelle les libertés de conscience et des cultes sont premières et ne peuvent être limitées par l'administration qu'en respectant le principe de proportionnalité, ce qui implique un examen attentif de chaque situation factuelle et exclut une mesure générale et abstraite. Par ailleurs, comme l'a montré Frédéric Dieu⁵,

¹ Jean Rivero, « L'avis de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat en date du 27 novembre 1989 », *R.F.D.A.*, 1990, p 1-6.

² JRCE, 25 août 2005, *Commune de Massat*, *J.C.P.*, G, 2006, II, 10024, note Bernard Quiriny.

³ JRCE, 25 août 2005, *Commune de Massat*, *J.C.P.*, G, 2006, II, 10024 : « *Considérant que la liberté du culte a le caractère d'une liberté fondamentale ; que, telle qu'elle est régie par la loi, cette liberté ne se limite pas au droit de tout individu d'exprimer les convictions religieuses de son choix dans le respect de l'ordre public ; qu'elle a également pour composante la libre disposition des biens nécessaires à l'exercice d'un culte ; qu'à cet effet, en vertu des dispositions combinées de la loi du 9 décembre 1905 et de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907 concernant l'exercice public des cultes, en l'absence d'associations cultuelles et d'actes administratifs attribuant la jouissance des églises et des meubles les garnissant, ces biens sont laissés à la disposition des fidèles et des desservants ; que leur occupation doit avoir lieu conformément aux règles générales d'organisation du culte ; que les ministres du culte sont chargés d'en régler l'usage ; / Considérant qu'il suit de là que l'autorité publique commet une illégalité manifeste en autorisant une manifestation dans un édifice affecté à l'exercice d'un culte sans l'accord du ministre du culte chargé d'en régler l'usage ; que la circonstance qu'une manifestation publique autorisée par le maire, de sa seule volonté, dans un édifice cultuel ne présente pas le caractère d'une réunion politique dont la tenue est prohibée dans les locaux servant habituellement à l'exercice d'un culte par l'article 26 de la loi du 9 décembre 1905 ne permet pas pour autant au maire de s'affranchir du respect des prescriptions susrappelées ».*

⁴ Loi n°2004-223 du 15 mars 2004, *J.O.R.F.*, 17 mars 2004, p 5190

⁵ Frédéric Dieu, « L'école, sanctuaire laïque », *R.D.P.*, 2009, p 685-713.

les dispositions de la loi du 15 mars 2004 ont pour effet paradoxal d'imposer aux chefs d'établissement des appréciations approfondies sur le caractère religieux d'un signe et sur son caractère ostentatoire. Le contraste est très net avec la jurisprudence issue de l'avis de 1989 qui reléguait la qualification des signes au second plan, seule la question du trouble à l'ordre, à la liberté d'autrui ou au bon fonctionnement du service public étant pertinente pour apprécier la nécessité d'une limitation de la liberté de conscience et des cultes¹.

En outre, certains auteurs, dont récemment Jean-Marie Woehrling², soulignent les incertitudes affectant la portée des principes de non-reconnaissance et de non-subventionnement des cultes, et appellent à l'extension des possibilités de financement des cultes en droit français. Il est vrai que s'agissant du principe de neutralité, la clarté et la généralité des formulations législatives (article 2 et 19 de la loi du 9 décembre 1905) tranchent avec la complexité et la faible lisibilité du droit positif. Ainsi, le régime de séparation des Eglises et de l'Etat coexiste avec le régime concordataire qui survit en Alsace-Moselle ainsi que plusieurs législations culturelles spéciales dans certains départements et collectivités d'outre-mer, qui permettent la reconnaissance et le subventionnement des cultes. Nous sommes loin de l'unité de régime qui est pourtant l'idéal de la séparation des Eglises et de l'Etat. De même, la propriété publique de la plupart des édifices du culte catholique constitue sans doute une forme de subvention, puisque les communes ou l'Etat financent l'entretien et la réparation des églises. Ensuite, la pratique par les collectivités des garanties d'emprunts (articles L. 2252-4 et L. 3231-5 C.G.C.T.) et des baux emphytéotiques (article L. 1311 C.G.C.T.), pour aider notamment à la construction de mosquées est peu compatible avec l'article 2 de la loi de 1905. Enfin, la jurisprudence contemporaine en matière de subvention aux cultes s'avère particulièrement subtile, voire byzantine³. Jean-Marie Woehrling en conclut que la règle de non subventionnement, proclamée par l'article 2 de la loi de 1905, cache aujourd'hui le retour d'une certaine forme de financement public des cultes résultant d'un ensemble disparate de dispositions et de pratiques éparses, ce qui relativise fortement la portée du principe de neutralité religieuse de l'Etat. L'auteur avance même que la règle de non-subventionnement des activités culturelles

¹ Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment admis la conventionnalité, au regard de l'article 9 de la Convention, de décisions d'exclusion d'élèves fondées sur la loi du 15 mars 2004. Cette solution, semble-t-il, est justifiée par la valeur éminente accordée par le juge européen à la notion de laïcité, et par la large marge d'appréciation nationale accordée aux Etats en matière de relations entre les cultes et l'Etat. Voir CEDH, 30 juin 2009, *Aktas c/ France et autres*, J.C.P. A., 2009, n°2263, note Dieu ; A.J.D.A., 2009, p 2077, note Gonzalez.

² Jean-Marie Woehrling, « L'interdiction pour l'Etat de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui ? », *R.D.P.*, 2006, p 1633-1669.

³ Jean-Marie Woehrling, « L'interdiction pour l'Etat de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui ? », *R.D.P.*, 2006, p 1633-1669.

consacre une rupture d'égalité par rapport aux autres activités sociales, faisant dès lors peser le doute sur la compatibilité de la règle avec le droit européen des droits de l'homme.

643. Au-delà des évolutions ponctuelles du droit positif, c'est plus largement le cadre conceptuel du droit des cultes contemporain qui est marqué par des changements notoires. A cet égard, l'influence des sources constitutionnelles et conventionnelles est décisive. De nos jours, la base juridique essentielle de la forme laïque de l'Etat français est l'article 1^{er} de la Constitution de 1958¹. Cette consécration constitutionnelle du principe de laïcité a contribué à relativiser la place de la loi de 1905 dans le dispositif du droit français des cultes. Ce faisant, ce que la laïcité a gagné en valeur juridique et en prestige par la reconnaissance constitutionnelle, elle l'a perdu en précision et en caractère opératoire. Philippe Ségur note ainsi que le contenu et la portée du principe constitutionnel de laïcité de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 demeurent particulièrement flous² ; le Conseil constitutionnel ne s'est prononcé sur le principe de laïcité qu'à l'occasion de sa décision sur le projet de Constitution pour l'Europe et n'a pas fourni de définition opératoire de la notion³. De même, on aurait pu s'attendre, comme certains auteurs⁴, à ce que le principe constitutionnel de laïcité recouvre les grands principes de la loi de 1905, tels que la liberté de conscience, la non-reconnaissance et le non-subventionnement. Pourtant, en 2001, le Conseil d'Etat a jugé que le principe de laïcité, étrangement qualifié de principe fondamental reconnu par les lois de la République, alors que la laïcité est une norme constitutionnelle présente dans le corps même de la Constitution, n'interdit pas à l'Etat de subventionner des activités cultuelles en Polynésie Française où la loi de 1905 n'est pas en vigueur⁵. Aussi, l'accession de la laïcité au rang constitutionnel a sans doute propulsé la notion au sommet de la hiérarchie des normes, mais n'a pas vraiment favorisé la clarification de sa portée juridique.

Dans le même sens, la compréhension de la laïcité est modifiée par l'influence de plus en plus nette de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence européenne. En effet, le contrôle juridictionnel européen se focalise sur la liberté de religion protégée par l'article 9 de la Convention, et le juge européen est relativement indifférent vis à vis de l'organisation des relations entre les cultes et l'Etat⁶, qui relève de la marge d'appréciation laissée aux Etats¹. Ces deux

¹ Claude Durand-Prinborgne, *La laïcité*, Dalloz, 1996.

² Philippe Ségur, « Droit constitutionnel des religions », in *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003, p 383 et s.

³ Jacques-Henri Prélot, « Définir juridiquement la laïcité », in *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Gonzalez Gérard (dir), Bruylant, 2006.

⁴ G. Bedouelle et J-P. Costa, *Les laïcités à la française*, PUF, 1998 ; Olivier Schramek, « Laïcité, neutralité et pluralisme », in *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, p 195.

⁵ CE, 6 avril 2001, *SNES, A.J.D.A.*, 2002, p 63, note Bernard Toulemonde.

⁶ Gérard Gonzalez, in *Traité de droit français des religions*, Litec, p 321 et s.

aspects de la jurisprudence européenne des droits de l'homme ont tendance à recentrer le droit des cultes sur les droits fondamentaux – c'est-à-dire sur les fins de la législation culturelle – alors que le régime français de séparation traite à la fois des fins, en proclamant les libertés de conscience et des cultes, mais aussi des moyens permettant de garantir les droits fondamentaux proclamés, en mettant en place les règles de neutralité, de non-reconnaissance et de non-subsidation (article 1^{er} et 2 de la loi de 1905). Cette caractéristique du droit européen des droits de l'homme modifie la lecture doctrinale du droit des cultes en favorisant une explication par la seule liberté de religion². Ce phénomène est à la fois bien venu et appauvrissant pour la notion de laïcité ; bien venu, car il est le signe d'une attention redoublée à la notion de droit fondamental, en l'occurrence les libertés de conscience et des cultes ; mais il s'agit aussi d'un appauvrissement, car en reléguant au second plan les autres notions centrales du régime français de Séparation, la lecture subjectiviste du droit des cultes risque d'oublier l'esprit de la séparation des Eglises et de l'Etat qui lie la question de la garantie des libertés religieuses à l'organisation des relations entre les cultes et l'Etat³.

¹ CEDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c/ Autriche*, R.U.D.H., 1994, p 441, note Wachsmann ; CEDH, 31 avril 2006, *Giniewski c/ France*, req n°64016/00

² Sur l'importance de ce changement, voir par exemple les problématiques abordées par le *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003, ou par Durand-Prinborgne, *La laïcité*, Dalloz, 1996, et *Laïcité, liberté de religion et convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, et Ludivine Delsenne, « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *R.D.P.*, 2005, p 427-462.

³ Sur le fond, l'impact du droit européen des droits de l'homme sur le droit français des cultes reste modeste jusqu'à présent. D'abord, parce que la laïcité est une notion qui, à défaut d'avoir été expressément élevée au rang de catégorie juridique par la jurisprudence européenne, est regardée avec faveur par le juge européen. En témoignent les décisions *Refah Partisi c/ Turquie* et *Leyla Sahin c/ Turquie* (CEDH, 13 février 2004, *Refah Partisi c/ Turquie*, § 93 ; CEDH, 10 novembre 2005, *Leila Sahin c/ Turquie*, A.J.D.A., 2006, p 315, note Gonzalez), dont les motifs indiquent que la notion de laïcité favorise la prééminence du droit, le respect des droits de l'homme et de la démocratie. S'il est possible de déduire de ces décisions, comme une partie de la doctrine (Alain Garay, « La laïcité, principe érigé en valeur de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.*, 2006, p 103 et s ; et Jean-François Flauss, « Laïcité et Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.P.*, 2004, p 317-324), que la laïcité a été consacrée par le juge européen, il faut tout de même nuancer cette appréciation en notant que la Cour n'a mentionné la laïcité qu'à l'occasion des affaires concernant la Turquie (Michel Levinet, « Société démocratique et laïcité dans le jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, p 81 et s). Il est donc trop tôt pour faire de la laïcité un outil universel du contrôle de la Cour européenne. Mais il est permis de considérer que la faveur avec laquelle cette dernière aborde la notion de laïcité est un bon indice de la convergence entre l'esprit de la Convention et l'esprit du droit français des cultes.

Le constat de convergence entre le droit européen et le droit français est renforcé par l'examen du droit positif. Quelques exemples permettent de s'en convaincre. La question du port des signes religieux par les agents et les usagers des services publics (CEDH, 15 février 2001, *Dahlab c/ Suisse*, A.J.D.A., 2001, p 482). En la matière, la Cour juge conforme à l'article 9 de la Convention l'interdiction à une enseignante d'une école élémentaire suisse du port d'un signe religieux pendant la classe, compte tenu du but légitime de faire respecter la neutralité confessionnelle de l'enseignement primaire, particulièrement nécessaire du reste à l'égard des jeunes enfants, qui sont vulnérables au prosélytisme religieux. Cette solution rappelle la jurisprudence du Conseil d'Etat fixée par l'avis contentieux *Mlle Marteaux*, qui s'applique pour sa part à l'ensemble des fonctionnaires (CE, 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*, R.F.D.A., 2001, p 146, concl. Schwartz). S'agissant des signes religieux portés par les usagers, la Cour adopte une position similaire, qui s'avère même plus sévère que le droit français. Dans l'arrêt *Leyla Sahin c/ Turquie* en effet, le juge a estimé que l'interdiction du port du foulard à l'université imposée à une étudiante turque est conforme à l'article 9 de la Convention (CEDH, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c/ Turquie*, A.J.D.A., 2006, p 315, note Gonzalez, qui remarque que l'arrêt renforce la conception française de la laïcité).

Faces à ces évolutions dont nous avons donné quelques exemples, faut-il changer la laïcité, l'amender ou la moderniser, pour l'adapter aux défis contemporains ? N'est-il pas plutôt pertinent d'en revenir à l'esprit de la laïcité originelle, celle d'Aristide Briand, de Louis Méjan et du Conseil d'Etat de la III^e République, pour clarifier et rétablir dans toute sa force une notion dont les justifications philosophiques et politiques sont très fortes du point de vue de la théorie de l'Etat démocratique ? Apporter des réponses consistantes à ces questions dépasserait les limites de la présente étude, mais nous espérons avoir pu fournir quelques éléments historiques de réflexion pour nourrir cette problématique.

644. Enfin, sous l'angle de l'histoire du droit public, nous voulons inscrire notre recherche dans un programme d'ensemble dédié à l'histoire de la construction de l'Etat de droit en France. Depuis que les juristes français se sont réapproprié le thème de l'Etat de droit dans les années 1980, le concept a principalement été abordé sous l'angle de la théorie du droit¹ et de l'histoire des doctrines juridiques². Il reste encore à approfondir l'histoire des *pratiques* de l'Etat de droit, qu'elles soient constitutionnelles, législatives, ou jurisprudentielles comme dans le contentieux de la Séparation.

Dans cette perspective, la présente étude montre que le contentieux de la police des cultes après la Séparation fait figure de précédent paradigmatique en matière de contrôle juridictionnel des mesures de police ; en effet, la matière a servi de laboratoire au juge administratif pour construire des solutions exemplaires qui ont inspiré les autres secteurs de la jurisprudence. Aussi bien, les techniques élaborées sous la III^e République et perfectionnées depuis apparaissent comme un élément à part entière du régime français des libertés publiques.

Du point de vue politique, la redécouverte de cet héritage, par le biais de la présente recherche, nourrira une saine vigilance informée par l'histoire, tant il est vrai que les progrès en matière de libertés sont toujours fragiles, comme l'illustrent certains bilans critiques des évolutions contemporaines³.

¹ Notamment : Michel Troper, « Le concept d'Etat de droit », *Droits*, n°15, 1992, p 51-63 ; Jacques Chevallier, *L'Etat de droit*, Montchrestien-Clef, 3^{ème} éd, 1992 ; Louis Favoreu, Patrick Gaïa, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux, Guy Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2007 ; Luc Heuchling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Nouvelle Bibliothèque des thèses, Dalloz, 2002.

² Notamment : Jacques Chevallier, « L'Etat de droit », *R.D.P.*, 1988, p 313-380 ; Philippe Raynaud, « Des droits de l'homme à l'Etat de droit chez les théoriciens français classiques du droit public », *Droits*, n°2, 1985, p 61-73 ; Marie-Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions doctrinales de la Doctrine Publiciste Française (1879-1914)*, Thèse, Economica/PUAM, 1992 ; Marc Loïsele, *Le concept d'Etat de droit dans la doctrine juridique française*, Thèse, Paris II, 2000 ; Luc Heuchling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Nouvelle Bibliothèque des thèses, Dalloz, 2002.

³ Notamment : Guy Carcassonne, « Libertés : une évolution paradoxale », *Pouvoirs*, n°130, 2009, p 5-15 ; et Mireille Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Le Seuil, coll. La couleur des idées, 2010.

Du point de vue historiographique, enfin, il faut tendre vers une synthèse des différents courants de recherche actuels pour parvenir à rendre compte le plus complètement possible, et d'une manière cohérente, de l'histoire du modèle français d'Etat de droit. Espérons-le, ces progrès de la connaissance historique sont à venir.

ANNEXES

I. – Sélection de textes du droit des cultes.

<p>CONCORDAT (Convention entre le Gouvernement français et sa Sainteté Pie VII, passée le 26 messidor an IX).</p>
--

Le Gouvernement de la République française reconnaît que la religion catholique, apostolique et romaine, est la religion de la grande majorité des citoyens français.

Sa Sainteté reconnaît également que cette même religion a retiré et attend encore en ce moment, le plus grand bien et le plus grand éclat de l'établissement du culte catholique en France, et de la profession particulière qu'en font les Consuls de la République. En conséquence, d'après cette reconnaissance mutuelle, tant pour le bien de la religion que pour le maintien de la tranquillité intérieure, ils sont convenus de ce qui suit :

Art. 1^{er}. La religion catholique, apostolique et romaine, sera librement exercée en France : son culte sera public, en se conformant aux réglemens de police que le Gouvernement jugera nécessaires pour la tranquillité publique.

Art 2. Il sera fait par le Saint-Siège, de concert avec le Gouvernement, une nouvelle circonscription des diocèses français.

Art. 3. Sa Sainteté déclarera aux titulaires des évêchés français, qu'elle attend d'eux avec une ferme confiance, pour le bien de la paix et de l'unité, toute espèce de sacrifices, même celui de leurs sièges.

D'après cette exhortation, s'ils se refusaient à ce sacrifice commandé par le bien de l'Église (refus néanmoins auquel sa Sainteté ne s'attend pas), il sera pourvu, par de nouveaux titulaires, au gouvernement des évêchés de la circonscription nouvelle, de la manière suivante.

Art. 4. Le premier Consul de la République nommera, dans les trois mois qui suivront la publication de la bulle de sa Sainteté, aux archevêchés et évêchés de la circonscription nouvelle. Sa Sainteté conférera l'institution canonique, suivant les formes établies par rapport à la France avant le changement de gouvernement.

Art. 5. Les nominations aux évêchés qui vaqueront dans la suite, seront également faites par le premier Consul, et l'institution canonique sera donnée par le Saint-Siège, en conformité de l'article précédent.

Art. 6. Les évêques, avant d'entrer en fonctions, prêteront directement, entre les mains du premier

Consul, le serment de fidélité qui était en usage avant le changement de gouvernement, exprimé dans les termes suivants: « Je jure et promets à Dieu, sur les saints évangiles, de garder obéissance et fidélité au Gouvernement établi par la Constitution de la République française. Je promets aussi de n'avoir aucune intelligence, de n'assister à aucun conseil, de n'entretenir aucune ligue, soit au-dedans, soit au-dehors, qui soit contraire à la tranquillité publique ; et si, dans mon diocèse ou ailleurs, j'apprends qu'il se trame quelque chose au préjudice de l'État, je le ferai savoir au Gouvernement. »

Art. 7. Les ecclésiastiques du second ordre prêteront le même serment entre les mains des autorités civiles désignées par le Gouvernement.

Art. 8. La formule de prière suivante sera récitée à la fin de l'office divin, dans toutes les églises catholiques de France: *Domine, salvam fac Rempublicam ; Domine, salvos fac Consules.*

Art. 9. Les évêques feront une nouvelle circonscription des paroisses de leurs diocèses, qui n'aura d'effet que d'après le consentement du Gouvernement.

Art. 10. Les évêques nommeront aux cures. Leur choix ne pourra tomber que sur des personnes agréées par le Gouvernement.

Art. 11. Les évêques pourront avoir un chapitre dans leur cathédrale, et un séminaire pour leur diocèse, sans que le Gouvernement s'oblige à les doter.

Art. 12. Toutes les églises métropolitaines, cathédrales, paroissiales et autres non aliénées, nécessaires au culte, seront remises à la disposition des évêques.

Art. 13. Sa Sainteté, pour le bien de la paix et l'heureux rétablissement de la religion catholique, déclare que ni elle, ni ses successeurs, ne troubleront en aucune manière les acquéreurs des biens ecclésiastiques aliénés, et qu'en conséquence, la propriété de ces mêmes biens, les droits et revenus y attachés, demeureront incommutables entre leurs mains ou celles de leurs ayant-cause.

Art. 14. Le Gouvernement assurera un traitement convenable aux évêques et aux curés dont les diocèses et les paroisses seront compris dans la circonscription nouvelle.

Art. 15. Le Gouvernement prendra également des mesures pour que les catholiques français puissent, s'ils le veulent, faire en faveur des églises, des fondations.

Art. 16. Sa Sainteté reconnaît dans le premier Consul de la République française, les mêmes droits et prérogatives dont jouissait près d'elle l'ancien gouvernement.

Art. 17. Il est convenu entre les parties contractantes que, dans le cas où quelqu'un des successeurs du premier Consul actuel ne serait pas catholique, les droits et prérogatives mentionnés dans l'article ci-dessus, et la nomination aux évêchés, seront réglés, par rapport à lui, par une nouvelle convention.

Les ratifications seront échangées à Paris dans l'espace de quarante jours.

ARTICLES ORGANIQUES DU CULTE CATHOLIQUE (Loi du 18 germinal an X).

TITRE 1^{er}. Du régime de l'Eglise catholique dans ses rapports généraux avec les droits et la police de l'Etat.

Art. 1^{er}. Aucune bulle, bref, rescrit, décret, mandat, provision, signature servant de provision, ni autres expéditions de la cour de Rome, même ne concernant que les particuliers, ne pourront être reçues, publiées, imprimées, ni autrement mises à exécution, sans l'autorisation du Gouvernement.

Art. 2. Aucun individu se disant nonce, légat, vicaire ou commissaire apostolique, ou se prévalant de toute autre dénomination, ne pourra, sans la même autorisation, exercer sur le sol français ni ailleurs, aucune fonction relative aux affaires de l'église gallicane.

Art. 3. Les décrets des synodes étrangers, même ceux des conciles généraux, ne pourront être publiés en France, avant que le Gouvernement en ait examiné la forme, leur conformité avec les lois, droits et franchises de la République française, et tout ce qui, dans leur publication, pourrait altérer ou intéresser la tranquillité publique.

Art. 4. Aucun concile national ou métropolitain, aucun synode diocésain, aucune assemblée délibérante n'aura lieu sans la permission expresse du Gouvernement.

Art. 5. Toutes les fonctions ecclésiastiques seront gratuites, sauf les oblations qui seraient autorisées et fixées par les règlements.

Art. 6. Il y aura recours au conseil d'état, dans tous les cas d'abus de la part des supérieurs et autres personnes ecclésiastiques.

Les cas d'abus sont, l'usurpation ou l'excès de pouvoir, la contravention aux lois et réglemens de la République, l'infraction des règles consacrées par les canons reçus en France, l'attentat aux libertés, franchises et coutumes de l'église gallicane, et toute entreprise ou tout procédé qui, dans l'exercice du culte, peut compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement leur conscience, dégénérer contre eux en oppression, ou en injure, ou en scandale public.

Art. 7. Il y aura pareillement recours au conseil d'état, s'il est porté atteinte à l'exercice du culte et à la liberté que les lois et les réglemens garantissent à ses ministres.

Art. 8. Le recours compétera à toute personne intéressée. A défaut de plainte particulière, il sera exercé d'office par les préfets.

Le fonctionnaire public, l'ecclésiastique ou la personne qui voudra exercer ce recours, adressera un mémoire détaillé et signé, au conseiller d'état chargé de toutes les affaires concernant les cultes, lequel sera tenu de prendre, dans le plus court délai, tous les renseignemens convenables ; et, sur son rapport, l'affaire sera suivie et définitivement terminée dans la forme administrative, ou renvoyée, selon l'exigence des cas, aux autorités compétentes.

TITRE 2. Des Ministres.

Section 1^{ère}. Dispositions générales.

Art. 9. Le culte catholique sera exercé sous la direction des archevêques et évêques dans leurs diocèses, et sous celle des curés dans leurs paroisses.

Art. 10. Tout privilège portant exemption ou attribution de la juridiction épiscopale, est aboli.

Art. 11. Les archevêques et évêques pourront, avec l'autorisation du Gouvernement, établir dans leurs diocèses des chapitres cathédraux et des séminaires. Tous autres établissemens ecclésiastiques sont supprimés.

Art. 12. Il sera libre aux archevêques et évêques d'ajouter à leur nom le titre de Citoyen ou celui de Monsieur. Toutes autres qualifications sont interdites.

Section 2. Des archevêques ou métropolitains.

Art. 13. Les archevêques consacreront et installeront leurs suffragans. En cas d'empêchement ou de refus de leur part, ils seront suppléés par le

plus ancien évêque de l'arrondissement métropolitain.

Art. 14. Ils veilleront au maintien de la foi et de la discipline dans les diocèses dépendans de leur métropole.

Art. 15. Ils connaîtront des réclamations et des plaintes portées contre la conduite et les décisions des évêques suffragans.

Section 3. Des Évêques, des Vicaires généraux et des Séminaires.

Art. 16. On ne pourra être nommé évêque avant l'âge de trente ans, et si on n'est originaire Français.

Art. 17. Avant l'expédition de l'arrêté de nomination, celui ou ceux qui seront proposés, seront tenus de rapporter une attestation de bonne vie et mœurs, expédiée par l'évêque dans le diocèse duquel ils auront exercé les fonctions du ministère ecclésiastique ; et ils seront examinés sur leur doctrine par un évêque et deux prêtres, qui seront commis par le premier Consul, lesquels adresseront le résultat de leur examen au conseiller d'état chargé de toutes les affaires concernant les cultes.

Art. 18. Le prêtre nommé par le premier Consul fera les diligences pour rapporter l'institution du Pape. Il ne pourra exercer aucune fonction avant que la bulle portant son institution ait reçu l'attache du Gouvernement, et qu'il ait prêté en personne le serment prescrit par la convention passée entre le Gouvernement français et le Saint-Siège. Ce serment sera prêté au premier Consul ; il en sera dressé procès-verbal par le secrétaire d'Etat.

Art. 19. Les évêques nommeront et institueront les curés. Néanmoins ils ne manifesteront leur nomination, et ils ne donneront l'institution canonique, qu'après que cette nomination aura été agréée par le premier Consul.

Art. 20. Ils seront tenus de résider dans leurs diocèses ; ils ne pourront en sortir qu'avec la permission du premier Consul.

Art. 21. Chaque évêque pourra nommer deux vicaires généraux, et chaque archevêque pourra en nommer trois ; ils les choisiront parmi les prêtres ayant les qualités requises pour être évêques.

Art. 22. Ils visiteront annuellement et en personne une partie de leur diocèse, et, dans l'espace de cinq ans, le diocèse entier. En cas d'empêchement légitime, la visite sera faite par un vicaire général.

Art. 23. Les évêques seront chargés de l'organisation de leurs séminaires, et les réglemens de cette organisation seront soumis à l'approbation du premier Consul.

Art. 24. Ceux qui seront choisis pour l'enseignement dans les séminaires, souscriront la déclaration faite par le clergé de France en 1682, et publiée par un édit de la même année ; ils se soumettront à y enseigner la doctrine qui y est contenue, et les évêques adresseront une expédition en forme, de cette soumission, au conseiller d'état chargé de toutes les affaires concernant les cultes.

Art. 25. Les évêques enverront, toutes les années, à ce conseiller d'état, le nom des personnes qui étudieront dans les séminaires et qui se destineront à l'état ecclésiastique.

Art. 26. Ils ne pourront ordonner aucun ecclésiastique, s'il ne justifie d'une propriété produisant au moins un revenu annuel de trois cents francs, s'il n'a atteint l'âge de vingt-cinq ans, et s'il ne réunit les qualités requises par les canons reçus en France.

Les évêques ne feront aucune ordination avant que le nombre des personnes à ordonner ait été soumis au Gouvernement et par lui agréé.

Section 4. Des Curés.

Art. 27. Les curés ne pourront entrer en fonctions qu'après avoir prêté, entre les mains du préfet, le serment prescrit par la convention passée entre le Gouvernement et le Saint-Siège. Il sera dressé procès-verbal de cette prestation, par le secrétaire général de la préfecture, et copie collationnée leur en sera délivrée.

Art. 28. Ils seront mis en possession par le curé ou le prêtre que l'évêque désignera.

Art. 29. Ils seront tenus de résider dans leurs paroisses.

Art. 30. Les curés seront immédiatement soumis aux évêques dans l'exercice de leurs fonctions.

Art. 31. Les vicaires et desservans exerceront leur ministère, sous la surveillance et la direction des curés. Ils seront approuvés par l'évêque et révocables par lui.

Art. 32. Aucun étranger ne pourra être employé dans les fonctions du ministère ecclésiastique, sans la permission du Gouvernement.

Art. 33. Toute fonction est interdite à tout ecclésiastique, même français, qui n'appartient à aucun diocèse.

Art. 34. Un prêtre ne pourra quitter son diocèse pour aller desservir dans un autre, sans la permission de son évêque.

Section 5. Des Chapitres cathédraux, et du gouvernement des Diocèses pendant la vacance du Siège.

Art. 35. Les archevêques et évêques qui voudront user de la faculté qui leur est donnée d'établir des chapitres, ne pourront le faire sans avoir rapporté l'autorisation du Gouvernement, tant pour l'établissement lui-même, que pour le nombre et le choix des ecclésiastiques destinés à les former.

Art. 36. Pendant la vacance des sièges, il sera pourvu par le métropolitain, et, à son défaut, par le plus ancien des évêques suffragans, au gouvernement des diocèses. Les vicaires généraux de ces diocèses continueront leurs fonctions, même après la mort de l'évêque, jusqu'à son remplacement.

Art. 37. Les métropolitains, les chapitres cathédraux seront tenus, sans délai, de donner avis au Gouvernement de la vacance des sièges, et des mesures qui auront été prises pour le gouvernement des diocèses vacants.

Art. 38. Les vicaires généraux qui gouverneront pendant la vacance, ainsi que les métropolitains ou capitulaires, ne se permettront aucune innovation dans les usages et coutumes des diocèses.

TITRE 3. Du Culte.

Art. 39. Il n'y aura qu'une liturgie et un catéchisme pour toutes les églises catholiques de France.

Art. 40. Aucun curé ne pourra ordonner des prières publiques extraordinaires dans sa paroisse, sans la permission spéciale de l'évêque.

Art. 41. Aucune fête, à l'exception du dimanche, ne pourra être établie sans la permission du Gouvernement.

Art. 42. Les ecclésiastiques useront, dans les cérémonies religieuses, des habits et ornemens convenables à leur titre ; ils ne pourront, dans aucun cas, ni sous aucun prétexte, prendre la couleur et les marques distinctives réservées aux évêques.

Art. 43. Tous les ecclésiastiques seront habillés à la française et en noir.

Art. 44. Les chapelles domestiques, les oratoires particuliers, ne pourront être établis sans une permission expresse du Gouvernement, accordée sur la demande de l'évêque.

Art. 45. Aucune cérémonie religieuse n'aura lieu hors des édifices consacrés au culte catholique, dans les villes où il y a des temples destinés à différents cultes.

Art. 46. Le même temple ne pourra être consacré qu'à un même culte.

Art. 47. Il y aura, dans les cathédrales et paroisses, une place distinguée pour les individus catholiques qui remplissent les autorités civiles et militaires.

Art. 48. L'évêque se concertera avec le préfet pour régler la manière d'appeler les fidèles au service divin par le son des cloches. On ne pourra les sonner pour toute autre cause, sans la permission de la police locale.

Art. 49. Lorsque le Gouvernement ordonnera des prières publiques, les évêques se concerteront avec le préfet et le commandant militaire du lieu, pour le jour, l'heure et le mode d'exécution de ces ordonnances.

Art. 50. Les prédications solennelles appelées sermons, et celles connues sous le nom de stations de l'aveugle et du carême, ne seront faites que par des prêtres qui en auront obtenu une autorisation spéciale de l'évêque.

Art. 51. Les curés, aux prônes des messes paroissiales, prieront et feront prier pour la prospérité de la République française et pour les Consuls.

Art. 52. Ils ne se permettront dans leurs instructions, aucune inculpation directe ou indirecte, soit contre les personnes, soit contre les autres cultes autorisés dans l'État.

Art. 53. Ils ne feront au prône aucune publication étrangère à l'exercice du culte, si ce n'est celles qui seront ordonnées par le Gouvernement.

Art. 54. Ils ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront, en bonne et due forme, avoir contracté mariage devant l'officier civil.

Art. 55. Les registres tenus par les ministres du culte, n'étant et ne pouvant être relatifs qu'à l'administration des sacrements, ne pourront, dans aucun cas, suppléer les registres ordonnés par la loi pour constater l'état civil des Français.

Art. 56. Dans tous les actes ecclésiastiques et religieux, on sera obligé de se servir du calendrier d'équinoxe établi par les lois de la République ; on désignera les jours par les noms qu'ils avaient dans le calendrier des solstices.

Art. 57. Le repos des fonctionnaires publics sera fixé au dimanche.

TITRE 4. De la circonscription des Archevêchés, des Évêchés et des Paroisses ; des édifices destinés au Culte, et du traitement des Ministres.

Section 1^{ère}. De la circonscription des Archevêchés et des Évêchés.

Art. 58. Il y aura en France dix archevêchés ou métropoles et cinquante évêchés.

Art. 59. La circonscription des métropoles et des diocèses sera faite conformément au tableau ci-joint.

Section 2. De la circonscription des Paroisses.

Art. 60. Il y aura au moins une paroisse dans chaque justice de paix. Il sera, en outre, établi autant de succursales que le besoin pourra l'exiger.

Art. 61. Chaque évêque, de concert avec le préfet, réglera le nombre et l'étendue de ces succursales. Les plans arrêtés seront soumis au Gouvernement, et ne pourront être mis à exécution sans son autorisation.

Art. 62. Aucune partie du territoire français ne pourra être érigée en cure ou en succursale, sans l'autorisation expresse du Gouvernement.

Art. 63. Les prêtres desservant les succursales sont nommés par les évêques.

Section 3. Du traitement des Ministres.

Art. 64. Le traitement des archevêques sera de 15,000 fr.

Art. 65. Le traitement des évêques sera de 10,000 fr.

Art. 66. Les curés seront distribués en deux classes. Le traitement des curés de la première classe sera porté à 1,500 francs, celui des curés de la seconde classe à 1,000 francs.

Art. 67. Les pensions dont ils jouissent en exécution des lois de l'Assemblée constituante, seront précomptées sur leur traitement.

Les conseils généraux des grandes communes pourront, sur leurs biens ruraux ou sur leurs octrois, leur accorder une augmentation de traitement, si les circonstances l'exigent.

Art. 68. Les vicaires et desservans seront choisis parmi les ecclésiastiques pensionnés en exécution des lois de l'Assemblée constituante. Le montant de ces pensions et le produit des oblations formeront leur traitement.

Art. 69. Les évêques rédigeront les projets de règlement relatifs aux oblations que les ministres du culte sont autorisés à recevoir pour l'administration des sacrements. Les projets de règlement rédigés par les évêques, ne pourront être publiés, ni autrement mis à exécution, qu'après avoir été approuvés par le Gouvernement.

Art. 70. Tout ecclésiastique pensionnaire de l'État sera privé de sa pension, s'il refuse, sans cause légitime, les fonctions qui pourront lui être confiées.

Art. 71. Les conseils généraux de département sont autorisés à procurer aux archevêques et évêques un logement convenable.

Art. 72. Les presbytères et les jardins attenants, non aliénés, seront rendus aux curés et aux desservans des succursales. A défaut de ces presbytères, les conseils généraux des communes sont autorisés à leur procurer un logement et un jardin.

Art. 73. Les fondations qui ont pour objet l'entretien des ministres et l'exercice du culte, ne pourront consister qu'en rentes constituées sur l'État : elles seront acceptées par l'évêque diocésain, et ne pourront être exécutées qu'avec l'autorisation du Gouvernement.

Art. 74. Les immeubles, autres que les édifices destinés au logement et les jardins attenants, ne pourront être affectés à des titres ecclésiastiques, ni possédés par les ministres du culte, à raison de leurs fonctions.

Section 4. Tableau de la circonscription des nouveaux Archevêchés et Évêchés de la France.

[...].

ARTICLES ORGANIQUES DES CULTES PROTESTANTS (Loi du 18 germinal an X).

TITRE 1^{er}. Dispositions générales pour toutes les Communions protestantes.

Art. 1^{er}. Nul ne pourra exercer les fonctions du culte, s'il n'est Français.

Art. 2. Les églises protestantes, ni leurs ministres, ne pourront avoir des relations avec aucune puissance ni autorité étrangère.

Art. 3. Les pasteurs et ministres des diverses communions protestantes prieront et feront prier, dans la récitation de leurs offices, pour la prospérité de la République française et pour les Consuls.

Art. 4. Aucune décision doctrinale ou dogmatique, aucun formulaire, sous le titre de confession ou sous tout autre titre, ne pourront être publiés ou devenir la matière de l'enseignement, avant que le Gouvernement en ait autorisé la publication ou promulgation.

Art. 5. Aucun changement dans la discipline n'aura lieu sans la même autorisation.

Art. 6. Le conseil d'état connaîtra de toutes les entreprises des ministres du culte, et de toutes dissensions qui pourront s'élever entre ces ministres.

Art. 7. Il sera pourvu au traitement des pasteurs des églises consistoriales, bien entendu qu'on imputera sur ce traitement les biens que ces églises possèdent, et le produit des oblations établies par l'usage ou par des réglemens.

Art. 8. Les dispositions portées par les articles organiques du culte catholique, sur la liberté des fondations, et sur la nature des biens qui peuvent en être l'objet, seront communes aux églises protestantes.

Art. 9. Il y aura deux académies ou séminaires dans l'est de la France, pour l'instruction des ministres de la confession d'Augsbourg.

Art. 10. Il y aura un séminaire à Genève, pour l'instruction des ministres des églises réformées.

Art. 11. Les professeurs de toutes les académies ou séminaires seront nommés par le premier Consul.

Art. 12. Nul ne pourra être élu ministre ou pasteur d'une église de la confession d'Augsbourg, s'il n'a étudié, pendant un temps déterminé, dans un des séminaires français destinés à l'instruction des ministres de cette confession, et s'il ne rapporte un certificat en bonne forme, constatant son temps d'étude, sa capacité et ses bonnes mœurs.

Art. 13. On ne pourra être élu ministre ou pasteur d'une église réformée, sans avoir étudié dans le séminaire de Genève, et si on ne rapporte un certificat dans la forme énoncée dans l'article précédent.

Art. 14. Les réglemens sur l'administration et la police intérieure des séminaires, sur le nombre et la qualité des professeurs, sur la manière d'enseigner et sur les objets d'enseignement, ainsi que sur la forme des certificats ou attestations d'étude, de bonne conduite et de capacité, seront approuvés par le Gouvernement.

TITRE 2. Des Églises réformées.

Section 1^{ère}. De l'Organisation générale de ces Églises.

Art. 15. Les églises réformées de France auront des pasteurs, des consistoires locaux et des synodes.

Art. 16. Il y aura une église consistoriale par six mille âmes de la même communion.

Art. 17. Cinq églises consistoriales formeront l'arrondissement d'un synode.

Section 2. Des Pasteurs et des Consistaires locaux.

Art. 18. Le consistoire de chaque église sera composé du pasteur ou des pasteurs desservant cette église, et d'anciens ou notables laïques, choisis parmi les citoyens les plus imposés au rôle des contributions directes : le nombre de ces notables ne pourra être au-dessous de six ni au-dessus de douze.

Art. 19. Le nombre des ministres ou pasteurs, dans une même église consistoriale, ne pourra être augmenté sans l'autorisation du Gouvernement.

Art. 20. Les consistaires veilleront au maintien de la discipline, à l'administration des biens de l'église et à celle des deniers provenant des aumônes.

Art. 21. Les assemblées des consistaires seront présidées par le pasteur ou par le plus ancien des pasteurs. Un des anciens ou notables remplira les fonctions de secrétaire.

Art. 22. Les assemblées ordinaires des consistaires continueront de se tenir aux jours marqués par l'usage. Les assemblées extraordinaires ne pourront avoir lieu sans la permission du sous-préfet, ou du maire en l'absence du sous-préfet.

Art. 23. Tous les deux ans, les anciens du consistoire seront renouvelés par moitié : à cette époque, les anciens en exercice s'adjoindront un nombre égal de citoyens protestans, chefs de famille et choisis parmi les plus imposés au rôle des contributions directes de la commune où l'église consistoriale sera située, pour procéder au renouvellement.

Les anciens sortans pourront être réélus.

Art. 24. Dans les églises où il n'y a point de consistoire actuel, il en sera formé un. Tous les membres seront élus par la réunion des vingt-cinq chefs de famille protestans les plus imposés au rôle des contributions directes : cette réunion n'aura lieu qu'avec l'autorisation et en la présence du préfet ou du sous-préfet.

Art. 25. Les pasteurs ne pourront être destitués qu'à la charge de présenter les motifs de la destitution au Gouvernement, qui les approuvera ou les rejettera.

Art. 26. En cas de décès, ou de démission volontaire, ou de destitution confirmée d'un pasteur, le consistoire formé de la manière prescrite par l'article XVIII, choisira à la pluralité des voix pour le remplacer.

Le titre d'élection sera présenté au premier Consul par le conseiller d'état chargé de toutes les affaires concernant les cultes, pour avoir son approbation. L'approbation donnée, il ne pourra exercer qu'après avoir prêté, entre les mains du préfet, le serment exigé des ministres du culte catholique.

Art. 27. Tous les pasteurs actuellement en exercice sont provisoirement confirmés.

Art. 28. Aucune église ne pourra s'étendre d'un département dans un autre.

Section 3. Des Synodes.

Art. 29. Chaque synode sera formé du pasteur ou d'un des pasteurs et d'un ancien ou notable de chaque église.

Art. 30. Les synodes veilleront sur tout ce qui concerne la célébration du culte, l'enseignement de la doctrine et la conduite des affaires ecclésiastiques. Toutes les décisions qui émaneront d'eux, de quelque nature qu'elles soient, seront soumises à l'approbation du Gouvernement.

Art. 31. Les synodes ne pourront s'assembler que lorsqu'on en aura rapporté la permission du Gouvernement. On donnera connaissance préalable au conseiller d'état chargé de toutes les affaires concernant les cultes, des matières qui devront y

être traitées. L'assemblée sera tenue en présence du préfet ou du sous-préfet ; et une expédition du procès-verbal des délibérations sera adressée par le préfet au conseiller d'état chargé de toutes les affaires concernant les cultes, qui, dans le plus court délai, en fera son rapport au Gouvernement.

Art. 32. L'assemblée d'un synode ne pourra durer que six jours.

TITRE 3. De l'organisation des Eglises de la Confession d'Augsbourg

Section 1^{ère}. Dispositions générales.

Art. 33. Les églises de la confession d'Augsbourg auront des pasteurs, des consistoires locaux, des inspections et des consistoires généraux.

Section 2. Des Ministres ou Pasteurs, et des Consistaires locaux de chaque église.

Art. 34. On suivra, relativement aux pasteurs, à la circonscription et au régime des églises consistoriales, ce qui a été prescrit par la section II du titre précédent, pour les pasteurs et pour les églises réformées.

Section 3. Des Inspections.

Art. 35. Les églises de la confession d'Augsbourg seront subordonnées à des inspections.

Art. 36. Cinq églises consistoriales formeront l'arrondissement d'une inspection.

Art. 37. Chaque inspection sera composée du ministre et d'un ancien ou notable de chaque église de l'arrondissement : elle ne pourra s'assembler que lorsqu'on en aura rapporté la permission du Gouvernement. La première fois qu'il écherra de la convoquer, elle le sera par le plus ancien des ministres desservant les églises de l'arrondissement. Chaque inspection choisira dans son sein deux laïques, et un ecclésiastique, qui prendra le titre d'inspecteur, et qui sera chargé de veiller sur les ministres et sur le maintien du bon ordre dans les églises particulières. Le choix de l'inspecteur et des deux laïques sera confirmé par le premier Consul.

Art. 38. L'inspection ne pourra s'assembler qu'avec l'autorisation du Gouvernement, en présence du préfet ou du sous-préfet, et après avoir donné connaissance préalable au conseiller d'état chargé de toutes les affaires concernant les cultes, des matières que l'on se proposera d'y traiter.

Art. 39. L'inspecteur pourra visiter les églises de son arrondissement ; il s'adjoindra les deux laïques nommés avec lui, toutes les fois que les circonstances l'exigeront ; il sera chargé de la convocation de l'assemblée générale de l'inspection. Aucune décision émanée de l'assemblée générale de l'inspection, ne pourra être exécutée sans avoir été soumise à l'approbation du Gouvernement.

Section 4. Des Consistaires généraux.

Art. 40. Il y aura trois consistaires généraux : l'un à Strasbourg, pour les protestans de la confession d'Augsbourg, des départemens du Haut et Bas Rhin ; l'autre à Mayence, pour ceux des départemens de la Sarre et du Mont-Tonnerre ; et le troisième à Cologne, pour ceux des départemens de Rhin-et-Moselle et de la Roer.

Art. 41. Chaque consistoire sera composé d'un président laïque protestant, de deux ecclésiastiques inspecteurs, et d'un député de chaque inspection. Le président et les deux ecclésiastiques inspecteurs seront nommés par le premier Consul. Le président sera tenu de prêter entre les mains du premier Consul ou du fonctionnaire public qu'il plaira au premier Consul de déléguer à cet effet, le serment exigé des ministres du culte catholique. Les deux ecclésiastiques inspecteurs et les membres laïques prêteront le même serment entre les mains du président.

Art. 42. Le consistoire général ne pourra s'assembler que lorsqu'on en aura rapporté la permission du Gouvernement, et qu'en présence du préfet ou du sous-préfet : on donnera préalablement connaissance au conseiller d'état chargé de toutes les affaires concernant les cultes, des matières qui devront y être traitées. L'assemblée ne pourra durer plus de six jours.

Art. 43. Dans le temps intermédiaire d'une assemblée à l'autre, il y aura un directoire composé du président, du plus âgé des deux ecclésiastiques inspecteurs, et de trois laïques, dont un sera nommé par le premier Consul : les deux autres seront choisis par le consistoire général.

Art. 44. Les attributions du consistoire général et du directoire continueront d'être régies par les réglemens et coutumes des églises de la confession d'Augsbourg, dans toutes les choses auxquelles il n'a point été formellement dérogé par les lois de la République et par les présents articles.

établissements publics tels que lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons. Les établissements publics du culte sont supprimés, sous réserve des dispositions énoncées à l'article 3.

TITRE 2. Attribution des biens. Pensions.

Art. 3. Les établissements dont la suppression est ordonnée par l'article 2 continueront provisoirement de fonctionner, conformément aux dispositions qui les régissent actuellement, jusqu'à l'attribution de leurs biens aux associations prévues par le titre IV et au plus tard jusqu'à l'expiration du délai ci-après.

Dès la promulgation de la présente loi, il sera procédé par les agents de l'administration des domaines à l'inventaire descriptif et estimatif :

- 1° Des biens mobiliers et immobiliers desdits établissements ;
- 2° Des biens de l'État, des départements et des communes dont les mêmes établissements ont la jouissance.

Ce double inventaire sera dressé contradictoirement avec les représentants légaux des établissements ecclésiastiques ou eux dûment appelés par une notification faite en la forme administrative.

Les agents chargés de l'inventaire auront le droit de se faire communiquer tous titres et documents utiles à leurs opérations.

Art. 4. Dans le délai d'un an, à partir de la promulgation de la présente loi, les biens mobiliers et immobiliers des menses, fabriques, conseils presbytéraux, consistoires et autres établissements publics du culte seront, avec toutes les charges et obligations qui les grèvent et avec leur affectation spéciale, transférés par les représentants légaux de ces établissements aux associations qui, en se conformant aux règles d'organisation générale du culte dont elles se proposent d'assurer l'exercice, se seront légalement formées, suivant les prescriptions de l'article 19, pour l'exercice de ce culte dans les anciennes circonscriptions desdits établissements.

Art. 5. Ceux des biens désignés à l'article précédent qui proviennent de l'État et qui ne sont pas grevés d'une fondation pieuse créée postérieurement à la loi du 18 germinal an X feront retour à l'État. Les attributions de biens ne pourront être faites par les établissements ecclésiastiques qu'un mois après la promulgation du règlement d'administration publique prévu à l'article 43. Faute de quoi la nullité pourra en être demandée devant le tribunal civil par toute partie intéressée ou par le ministère public.

En cas d'aliénation par l'association cultuelle de valeurs mobilières ou d'immeubles faisant partie du

**Loi du 9 décembre 1905, concernant la
séparation des Eglises et de l'Etat**
(D.P., 1906, IV, p 1 et s)

TITRE 1^{er}. Principes.

Art. 1^{er}. La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public.

Art. 2. La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte. En conséquence, à partir du 1^{er} janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'État, des départements et des communes, toutes dépenses relatives à l'exercice des cultes. Pourront toutefois être inscrites auxdits budgets les dépenses relatives à des services d'aumônerie et destinées à assurer le libre exercice des cultes dans les

patrimoine de l'établissement public dissous, le montant du produit de la vente devra être employé en titres de rente nominatifs ou dans les conditions prévues au paragraphe 2 de l'article 22. L'acquéreur des biens aliénés sera personnellement responsable de la régularité de cet emploi.

Les biens revendiqués par l'État, les départements ou les communes ne pourront être aliénés, transformés ni modifiés jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la revendication par les tribunaux compétents.

Art. 6. Les associations attributaires des biens des établissements ecclésiastiques supprimés seront tenues des dettes de ces établissements ainsi que de leurs emprunts sous réserve des dispositions du troisième paragraphe du présent article ; tant qu'elles ne seront pas libérées de ce passif, elles auront droit à la jouissance des biens productifs de revenus qui doivent faire retour à l'État en vertu de l'article 5.

Les annuités des emprunts contractés pour dépenses relatives aux édifices religieux, seront supportées par les associations en proportion du temps pendant lequel elles auront l'usage de ces édifices par application des dispositions du titre III. dans le cas où l'État, les départements ou les communes rentreront en possession de ceux des édifices dont ils sont propriétaires, ils seront responsables des dettes régulièrement contractées et afférentes auxdits édifices.

Art. 7. Les biens mobiliers ou immobiliers grevés d'une affectation charitable ou d'une toute autre affectation étrangère à l'exercice du culte seront attribués, par les représentants légaux des établissements ecclésiastiques, aux services ou établissements publics ou d'utilité publique, dont la destination est conforme à celle desdits biens. Cette attribution devra être approuvée par le Préfet du département où siège l'établissement ecclésiastique. En cas de non approbation, il sera statué par décret en Conseil d'État.

Toute action en reprise ou en revendication devra être exercée dans un délai de six mois à partir du jour où l'arrêté préfectoral ou le décret approuvant l'attribution aura été inséré au Journal officiel. L'action ne pourra être intentée qu'en raison de donations ou de legs et seulement par les auteurs et leurs héritiers en ligne directe.

Art. 8. Faute par un établissement ecclésiastique d'avoir, dans le délai fixé par l'article 4, procédé aux attributions ci-dessus prescrites, il y sera pourvu par décret.

A l'expiration dudit délai, les biens à attribuer seront, jusqu'à leur attribution, placés sous séquestre.

Dans le cas où les biens attribués en vertu de l'article 4 et du paragraphe 1^{er} du présent article

seront, soit dès l'origine, soit dans la suite, réclamés par plusieurs associations formées pour l'exercice du même culte, l'attribution qui en aura été faite par les représentants de l'établissement ou par décret pourra être contestée devant le Conseil d'État, statuant au contentieux, lequel prononcera en tenant compte de toutes les circonstances de fait.

La demande sera introduite devant le Conseil d'État, dans le délai d'un an à partir de la date du décret ou à partir de la notification, à l'autorité préfectorale, par les représentants légaux des établissements publics du culte, de l'attribution effectuée par eux. Cette notification devra être faite dans le délai d'un mois.

L'attribution pourra être ultérieurement contestée en cas de scission dans l'association nantie, de création d'association nouvelle par suite d'une modification dans le territoire de la circonscription ecclésiastique et dans le cas où l'association attributaire n'est plus en mesure de remplir son objet.

Art. 9. A défaut de toute association pour recueillir les biens d'un établissement public du culte, ces biens seront attribués par décret à des établissements communaux d'assistance ou de bienfaisance situés dans les limites territoriales de la circonscription ecclésiastique intéressée

En cas de dissolution d'une association, les biens qui lui auront été dévolus en exécution des articles 4 et 8 seront attribués par décret rendu en Conseil d'État, soit à des associations analogues dans la même circonscription ou, à leur défaut, dans les circonscriptions les plus voisines, soit aux établissements visés au paragraphe 1^{er} du présent article.

Toute action en reprise ou en revendication devra être exercée dans un délai de six mois à partir du jour où le décret aura été inséré au Journal officiel. L'action ne pourra être intentée qu'en raison de donations ou de legs et seulement par les auteurs et leurs héritiers en ligne directe.

Art. 10. Les attributions prévues par les articles précédents ne donnent lieu à aucune perception au profit du Trésor.

Art. 11. Les ministres des cultes qui, lors de la promulgation de la présente loi, seront âgés de plus de soixante ans révolus et qui auront, pendant trente ans au moins, rempli des fonctions ecclésiastiques rémunérées par l'État, recevront une pension annuelle et viagère égale aux trois quarts de leur traitement.

Ceux qui seront âgés de plus de quarante-cinq ans et qui auront, pendant vingt ans au moins, rempli des fonctions ecclésiastiques rémunérées par l'État, recevront une pension annuelle et viagère égale à la moitié de leur traitement. Les pensions allouées par

les deux paragraphes précédents ne pourront pas dépasser quinze cents francs. En cas de décès des titulaires, ces pensions seront réversibles. jusqu'à concurrence de la moitié de leur montant au profit de la veuve et des orphelins mineurs laissés par le défunt et, jusqu'à concurrence du quart, au profit de la veuve sans enfants mineurs. A la majorité des orphelins, leur pension s'éteindra de plein droit. Les ministres des cultes actuellement salariés par l'État, qui ne seront pas dans les conditions ci-dessus, recevront, pendant quatre ans à partir de la suppression du budget des cultes, une allocation égale à la totalité de leur traitement pour la première année, aux deux tiers pour la deuxième à la moitié pour la troisième, au tiers pour la quatrième.

Toutefois, dans les communes de moins de 1.000 habitants et pour les ministres des cultes qui continueront à y remplir leurs fonctions, la durée de chacune des quatre périodes ci-dessus indiquée sera doublée.

Les départements et les communes pourront, sous les mêmes conditions que l'État, accorder aux ministres des cultes actuellement salariés, par eux, des pensions ou des allocations établies sur la même base et pour une égale durée. Réserve et faite des droits acquis en matière de pensions par application de la législation antérieure, ainsi que des secours accordés, soit aux anciens ministres des différents cultes, soit à leur famille. Les pensions prévues aux deux premiers paragraphes du présent article ne pourront se cumuler avec toute autre pension ou tout autre traitement alloué, à titre quelconque par l'État les départements ou les communes.

La loi du 27 juin 1885, relative au personnel des facultés de théologie catholique supprimées, est applicable aux professeurs, chargés de cours, maîtres de conférences et étudiants des facultés de théologie protestante. Les pensions et allocation prévues ci-dessus seront incessibles et insaisissables dans les mêmes conditions que les pensions civiles. Elles cesseront de plein droit en cas de condamnation à une peine afflictive ou infamante ou en cas de condamnation pour l'un des délits prévus aux articles 34 et 35 de la présente loi.

Le droit à l'obtention ou à la jouissance d'une pension ou allocation sera suspendu par les circonstances qui font perdre la qualité de Français, durant la privation de cette qualité.

Les demandes de pension devront être, sous peine de forclusion, formées dans le délai d'un an après la promulgation de la présente loi.

Titre 3. Des édifices des cultes.

Art. 12. Les édifices qui ont été mis à la disposition de la nation et qui, en vertu de la loi du 18 germinal an X, servent à l'exercice public des cultes ou au

logement de leurs ministres (cathédrales, églises, chapelles, temples, synagogues, archevêchés, évêchés, presbytères, séminaires), ainsi que leur dépendances immobilières, et les objets mobiliers qui les garnissaient au moment où lesdits édifices ont été remis aux cultes, sont et demeurent propriétés de l'État, des départements, des communes

Pour ces édifices, comme pour ceux postérieurs à la loi du 18 germinal an X, dont l'État, les départements et les communes seraient propriétaires, y compris les facultés de théologie protestante, il sera procédé conformément aux dispositions des articles suivants.

Art. 13. Les édifices servant à l'exercice public du culte, ainsi que les objets mobiliers les garnissant, seront laissés gratuitement à la disposition des établissements publics du culte, puis des associations appelées à les remplacer auxquelles les biens de ces établissements auront été attribués par application des dispositions du titre II. La cessation de cette jouissance, et, s'il y a lieu, son transfert seront prononcés par décret, sauf recours au Conseil d'État statuant au contentieux :

- 1° Si l'association bénéficiaire est dissoute ;
- 2° Si, en dehors des cas de force majeure, le culte cesse d'être célébré pendant plus de six mois consécutifs ;
- 3° Si la conservation de l'édifice ou celle des objets mobiliers classés en vertu de la loi de 1887 et de l'article 16 de la présente loi est compromise par insuffisance d'entretien, et après mise en demeure dûment notifiée du conseil municipal ou, à son défaut du préfet ;
- 4° Si l'association cesse de remplir son objet ou si les édifices sont détournés de leur destination ;
- 5° Si elle ne satisfait pas soit aux obligations de l'article 6 ou du dernier paragraphe du présent article, soit aux prescriptions relatives aux monuments historiques.

La désaffectation et ces immeubles pourra, dans les cas ci-dessus prévus être prononcée par décret rendu en Conseil d'État. En dehors de ces cas, elle ne pourra l'être que par une loi. Les immeubles autrefois affectés aux cultes et dans lesquels les cérémonies du culte n'auront pas été célébrées pendant le délai d'un an antérieurement à la présente loi, ainsi que ceux qui ne seront pas réclamés par une association culturelle dans le délai de deux ans après sa promulgation, pourront être désaffectés par décret.

Il en est de même pour les édifices dont la désaffectation aura été demandée antérieurement au 1^{er} juin 1905. Les établissements publics du culte, puis les associations bénéficiaires, seront tenus des réparations de toute nature, ainsi que des frais d'assurance et autres charges afférentes aux édifices et aux meubles les garnissant.

Art. 14. Les archevêchés, évêchés, les presbytères et leurs dépendances, les grands séminaires et facultés de théologie protestante seront laissés gratuitement à la disposition des établissements publics du culte, puis des associations prévues à l'article 13, savoir : les archevêchés, et évêchés pendant une période de deux années; les presbytères dans les communes où résidera le ministre du culte, les grands séminaires et facultés de théologie protestante, pendant cinq années à partir de la promulgation de la présente loi. Les établissements et associations sont soumis, en ce qui concerne ces édifices, aux obligations prévues par le dernier paragraphe de l'article 13. Toutefois, ils ne seront pas tenus des grosses réparations. La cessation de la jouissance des établissements et associations sera prononcée dans les conditions et suivant les formes déterminées par l'article 13. Les dispositions des paragraphes 3 et 5 du même article sont applicables aux édifices visés par le paragraphe 1^{er} du présent article.

La distraction des parties superflues des presbytères laissés à la disposition des associations culturelles pourra, pendant le délai prévu au paragraphe 1^{er}, être prononcée pour un service public par décret rendu en Conseil d'État.

A l'expiration des délais de jouissance gratuite, la libre disposition des édifices sera rendue à l'État, aux départements ou aux communes. Les indemnités de logement incombant actuellement aux communes, à défaut de presbytère, par application de l'article 136 de la loi du 5 avril 1884, resteront à leur charge pendant le délai de cinq ans. Elles cesseront de plein droit en cas de dissolution de l'association.

Art. 15. Dans les départements de la Savoie, de la Haute-Savoie et des Alpes-Maritimes, la jouissance des édifices antérieurs à la loi du 18 germinal an X, servant à l'exercice des cultes ou au logement de leurs ministres, sera attribuée par les communes sur le territoire desquelles ils se trouvent, aux associations culturelles, dans les conditions indiquées par les articles 12 et suivants de la présente loi. En dehors de ces obligations, les communes pourront disposer librement de la propriété de ces édifices.

Dans ces mêmes départements, les cimetières resteront la propriété des communes.

Art. 16. Il sera procédé à un classement complémentaire des édifices servant à l'exercice public du culte (cathédrales, églises, chapelles, temples, synagogues, archevêchés, évêchés, presbytères, séminaires), dans lequel devront être compris tous ceux de ces édifices représentant, dans leur ensemble ou dans leurs parties, une valeur artistique ou historique.

Les objets mobiliers ou les immeubles par destination mentionnés à l'article 13, qui n'auraient

pas encore été inscrits sur la liste de classement dressée en vertu de la loi du 30 mars 1887, sont, par l'effet de la présente loi, ajoutés à ladite liste. Il sera procédé par le Ministre de l'Instruction publique et des Beaux-Arts, dans le délai de trois ans, au classement définitif de ceux de ces objets dont la conservation présenterait, au point de vue de l'histoire ou de l'art, un intérêt suffisant. A l'expiration de ce délai, les autres objets seront déclassés de plein droit. En outre, les immeubles et les objets mobiliers, attribués en vertu de la présente loi aux associations, pourront être classés dans les mêmes conditions que s'ils appartenaient à des établissements publics.

Il n'est pas dérogé, pour le surplus, aux dispositions de la loi du 30 mars 1887. Les archives ecclésiastiques et bibliothèques existant dans les archevêchés, évêchés, grands séminaires, paroisses, succursales et leurs dépendances, seront inventoriées et celles qui seront reconnues propriété de l'État lui seront restituées.

Art. 17. Les immeubles par destination classés en vertu de la loi du 30 mars 1887 ou de la présente loi sont inaliénables et imprescriptibles.

Dans le cas où la vente ou l'échange d'un objet classé serait autorisé par le Ministre de l'Instruction publique et des Beaux-Arts, un droit de préemption est accordé :

- 1° aux associations culturelles ;
- 2° aux communes ; 3° aux départements ;
- 4° aux musées et sociétés d'art et d'archéologie ;
- 5° à l'État.

Le prix sera fixé par trois experts que désigneront le vendeur, l'acquéreur et le président du tribunal civil.

Si aucun des acquéreurs visés ci-dessus ne fait usage du droit de préemption la vente sera libre ; mais il est interdit à l'acheteur d'un objet classé de le transporter hors de France. Nul travail de réparation, restauration ou entretien à faire aux monuments ou objets mobiliers classés ne peut être commencé sans l'autorisation du Ministre des Beaux-Arts, ni exécuté hors de la surveillance de son administration, sous peine, contre les propriétaires, occupants ou détenteurs qui auraient ordonné ces travaux, d'une amende de seize à quinze cents francs. Toute infraction aux dispositions ci-dessus ainsi qu'à celles de l'article 16 de la présente loi et des articles 4, 10, 11, 12 et 13 de la loi du 30 mars 1887 sera punie d'une amende de cent à dix mille francs et d'un emprisonnement de six jours à trois mois, ou de l'une de ces deux peines seulement.

La visite des édifices et l'exposition des objets mobiliers classés seront publiques ; elles ne pourront donner lieu à aucune taxe ni redevance.

Titre 4. Des associations pour l'exercice des cultes.

Art. 18. Les associations formées pour subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte devront être constituées conformément aux articles 5 et suivants du titre premier de la loi du 1^{er} juillet 1901. Elles seront, en outre, soumises aux prescriptions de la présente loi.

Art. 19. Ces associations devront avoir exclusivement pour objet l'exercice d'un culte et être composés au moins : Dans les communes de moins de 1.000 habitants, de sept personnes ; Dans les communes de 1.000 à 20.000 habitants, de quinze personnes ; Dans les communes dont le nombre des habitants est supérieur à 20.000, de vingt-cinq personnes majeures, domiciliées ou résidant dans la circonscription religieuse. Chacun de leurs membres pourra s'en retirer en tout temps, après paiement des cotisations échues et de celles de l'année courante, nonobstant toute clause contraire.

Nonobstant toute clause contraire des statuts, les actes de gestion financière et d'administration légale des biens accomplis par les directeurs ou administrateurs seront, chaque année au moins présentés au contrôle de l'assemblée générale des membres de l'association et soumis à son approbation.

Les associations pourront recevoir, en outre, des cotisations prévues par l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901, le produit des quêtes et collectes pour les frais du culte, percevoir des rétributions : pour les cérémonies et services religieux même par fondation ; pour la location des bancs et sièges ; pour la fourniture des objets destinés au service des funérailles dans les édifices religieux et à la décoration de ces édifices.

Elles pourront verser, sans donner lieu à perception de droits, le surplus de leurs recettes à d'autres associations constituées pour le même objet.

Elles ne pourront, sous quelque forme que ce soit, recevoir des subventions de l'État, des départements ou des communes. Ne sont pas considérées comme subventions les sommes allouées pour réparations aux monuments classés.

Art. 20. Ces associations peuvent, dans les formes déterminées par l'article 7 du décret du 16 août 1901, constituer des unions ayant une administration ou une direction centrale ; ces unions seront réglées par l'article 18 et par les cinq derniers paragraphes de l'article 19 de la présente loi.

Art. 21. Les associations et les unions tiennent un état de leurs recettes et de leurs dépenses ; elles dressent chaque année le compte financier de

l'année écoulée et l'état inventorié de leurs biens, meubles et immeubles.

Le contrôle financier est exercé sur les associations et sur les unions par l'administration de l'enregistrement et par l'inspection générale des finances.

Art. 22. Les associations et unions peuvent employer leurs ressources disponibles à la constitution d'un fonds de réserve suffisant pour assurer les frais et l'entretien du culte et ne pouvant, en aucun cas, recevoir une autre destination ; le montant de cette réserve ne pourra jamais dépasser une somme égale, pour les unions et associations ayant plus de cinq mille francs (5.000 fr) de revenu, à trois fois et, pour les autres associations, à six fois la moyenne annuelle des sommes dépensées par chacune d'elles pour les frais du culte pendant les cinq derniers exercices. Indépendamment de cette réserve, qui devra être placée en valeurs nominatives, elles pourront constituer une réserve spéciale dont les fonds devront être déposés, en argent ou en titres nominatifs, à la Caisse des dépôts et consignations pour être exclusivement affectés, y compris les intérêts, à l'achat, à la construction, à la décoration ou à la réparation d'immeubles ou meubles destinés aux besoins de l'association ou de l'union.

Art. 23. Seront punis d'une amende de seize francs à deux cents francs et, en cas de récidive, d'une amende double, les directeurs ou administrateurs d'une association ou d'une union qui auront contrevenu aux articles 18, 19, 20, 21 et 22.

Les tribunaux pourront, dans le cas d'infraction au paragraphe 1^{er} de l'article 22, condamner l'association ou l'union à verser l'excédent constaté aux établissements communaux d'assistance ou de bienfaisance. Ils pourront, en outre, dans tous les cas prévus au paragraphe 1^{er} du présent article, prononcer la dissolution de l'association ou de l'union.

Art. 24. Les édifices affectés à l'exercice du culte appartenant à l'État, aux départements ou aux communes continueront à être exemptés de l'impôt foncier et de l'impôt des portes et fenêtres.

Les édifices servant au logement des ministres des cultes, les séminaires, les facultés de théologie protestante qui appartiennent à l'État, aux départements ou aux communes, les biens qui sont la propriété des associations et unions sont soumis aux mêmes impôts que ceux des particuliers.

Les associations et unions ne sont en aucun cas assujetties à la taxe d'abonnement ni à celle imposée aux cercles par l'article 33 de la loi du 8 août 1890, pas plus qu'à l'impôt de 4 % sur le revenu établi par les lois du 28 décembre 1880 et 29 décembre 1884.

Titre 5. Police des cultes.

Art. 25. Les réunions pour la célébration d'un culte tenues dans les locaux appartenant à une association cultuelle ou mis à sa disposition sont publiques. Elles sont dispensées des formalités de l'article 8 de la loi du 30 juin 1881, mais restent placées sous la surveillance des autorités dans l'intérêt de l'ordre public. Elles ne peuvent avoir lieu qu'après une déclaration faite dans les formes de l'article 2 de la même loi et indiquant le local dans lequel elles seront tenues.

Art. 26. Il est interdit de tenir des réunions politiques dans les locaux servant habituellement à l'exercice d'un culte.

Art. 27. Les cérémonies, processions et autres manifestations extérieures d'un culte continueront à être réglées en conformité des articles 95 et 97 de la loi municipale du 5 avril 1884. Les sonneries de cloches seront réglées par arrêté municipal, et, en cas de désaccord entre le maire et le président ou directeur de l'association cultuelle, par arrêté préfectoral.

Le règlement d'administration publique prévu par l'article 43 de la présente loi déterminera les conditions et les cas dans lesquels les sonneries civiles pourront avoir lieu.

Art. 28. Il est interdit, à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions.

Art. 29. Les contraventions aux articles précédents sont punies des peines de simple police. Sont passibles de ces peines, dans le cas des articles 25, 26 et 27, ceux qui ont organisé la réunion ou manifestation, ceux qui y ont participé en qualité de ministres du culte et, dans le cas des articles 25 et 26, ceux qui ont fourni le local.

Art. 30. Conformément aux dispositions de l'article 2 de la loi du 28 mars 1882, l'enseignement religieux ne peut être donné aux enfants âgés de six à treize ans, inscrits dans les écoles publiques, qu'en dehors des heures de classe.

Il sera fait application aux ministres des cultes qui enfreindraient ces prescriptions des dispositions de l'article 14 de la loi précitée.

Art. 31. Sont punis d'une amende de seize francs à deux cents francs et d'un emprisonnement de six jours à deux mois ou de l'une de ces deux peines seulement ceux qui, soit par voies de fait, violences

ou menaces contre un individu, soit en lui faisant craindre de perdre son emploi ou d'exposer à un dommage sa personne, sa famille ou sa fortune, l'auront déterminé à exercer ou à s'abstenir d'exercer un culte, à faire partie ou à cesser de faire partie d'une association cultuelle, à contribuer ou à s'abstenir de contribuer aux frais d'un culte.

Art. 32. Seront punis des mêmes peines ceux qui auront empêché, retardé ou interrompu les exercices d'un culte par des troubles ou désordres causés dans le local servant à ces exercices.

Art. 33. Les dispositions des deux articles précédents ne s'appliquent qu'aux troubles, outrages ou voies de fait, dont la nature ou les circonstances ne donneront pas lieu à de plus fortes peines d'après les dispositions du Code pénal.

Art. 34. Tout ministre d'un culte qui, dans les lieux où s'exerce ce culte, aura publiquement par des discours prononcés, des lectures faites, des écrits distribués ou des affiches apposées, outragé ou diffamé un citoyen chargé d'un service public, sera puni d'une amende de 500 francs à trois mille francs et d'un emprisonnement de un mois à un an, ou de l'une de ces deux peines seulement.

La vérité du fait diffamatoire, mais seulement s'il est relatif aux fonctions, pourra être établi devant le tribunal correctionnel dans les formes prévues par l'article 52 de la loi du 29 juillet 1881. Les prescriptions édictées par l'article 65 de la même loi s'appliquent aux délits du présent article et de l'article qui suit.

Art. 35. Si un discours prononcé ou un écrit affiché ou distribué publiquement dans les lieux où s'exerce le culte, contient une provocation directe à résister à l'exécution des lois ou aux actes légaux de l'autorité publique, ou s'il tend à soulever ou à armer une partie des citoyens contre les autres, le ministre du culte qui s'en sera rendu coupable sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, sans préjudice des peines de la complicité, dans le cas où la provocation aurait été suivie d'une sédition, révolte ou guerre civile.

Art. 36. Dans le cas de condamnation par les tribunaux de police ou de police correctionnelle en application des articles 25 et 26, 34 et 35, l'association constituée pour l'exercice du culte dans l'immeuble où l'infraction a été commise sera civilement responsable.

Titre 6. Dispositions générales.

Art. 37. L'article 463 du Code pénal et la loi du 26 mars 1891 sont applicables à tous les cas dans lesquels la présente loi édicte des pénalités.

Art. 38. Les congrégations religieuses demeurent soumises aux lois des 1^{er} juillet 1901, 4 décembre 1902 et 7 juillet 1904.

Art. 39. Les jeunes gens, qui ont obtenu à titre d'élèves ecclésiastiques la dispense prévue par l'article 23 de la loi du 15 juillet 1889, continueront à en bénéficier, conformément à l'article 99 de la loi du 21 mars 1905, à la condition qu'à l'âge de vingt-six ans ils soient pourvus d'un emploi de ministre du culte rétribué par une association culturelle et sous réserve des justifications qui seront fixées par un règlement d'administration publique.

Art. 40. Pendant huit années à partir de la promulgation de la présente loi, les ministres du culte seront inéligibles au conseil municipal dans les communes où ils exerceront leur ministère ecclésiastique.

Art. 41. Les sommes rendues disponibles chaque année par la suppression du budget des cultes seront réparties entre les communes au prorata du contingent de la contribution foncière des propriétés non bâties qui leur aura été assigné pendant l'exercice qui précédera la promulgation de la présente loi.

Art. 42. Les dispositions légales relatives aux jours actuellement fériés sont maintenues.

Art. 43. Un règlement d'administration publique rendu dans les trois mois qui suivront la promulgation de la présente loi, déterminera les mesures propres à assurer son application.

Des règlements d'administration publique détermineront les conditions dans lesquelles la présente loi sera applicable à l'Algérie et aux colonies.

Art. 44. Sont et demeurent abrogées toutes les dispositions relatives à l'organisation publique des cultes antérieurement reconnus par l'État, ainsi que toutes dispositions contraires à la présente loi et notamment :

1° La loi du 18 germinal an X, portant que la convention passée le 26 messidor an IX, entre le pape et le Gouvernement français ensemble les articles organiques de ladite convention et des cultes protestants, seront exécutés comme des lois de la République ;

2° Le décret du 26 mars 1852 et la loi du 1^{er} août 1879 sur les cultes protestants ;

3° Les décrets du 17 mars 1808, la loi du 8 février 1831 et l'ordonnance du 25 mai 1844 sur le culte israélite ;

4° Les décrets des 22 décembre 1812 et 19 mars 1859 ;

5° Les articles 201 à 208, 260 à 264, 294 du Code pénal ;

6° Les articles 100 et 101, les paragraphes 11 et 12 de l'article 136 et l'article 167 de la loi 5 avril 1884 ;

7° Le décret du 30 décembre 1809 et l'article 78 de la loi du 26 janvier 1892.

Règlement d'administration publique du 16 mars 1906, concernant l'attribution des biens, les édifices du culte, les associations culturelles, la police des cultes.
(D.P., 1906, IV, p 31)

TITRE 1^{er}. Attribution des biens.

Chapitre 1^{er}. Attributions effectuées par les établissements ecclésiastiques.

Art. 1^{er}. Les biens appartenant aux établissements ecclésiastiques et portés à l'inventaire ou à un supplément d'inventaire dressé en exécution de l'article 3 de la loi susvisée et du règlement d'administration publique du 29 décembre 1905, sont, sous réserve des biens devant faire retour à l'État, attribués, suivant les distinctions énoncées aux articles 4 et 7 de ladite loi, soit à des associations culturelles, soit à des services ou des établissements publics ou d'utilité publique, savoir :

1° Pour les fabriques des églises et chapelles paroissiales, par le bureau des marguilliers, en vertu d'une délibération du conseil de fabrique;

2° Pour les menses curiales ou succursales, par le curé ou desservant et, en cas de vacance de la cure ou succursale, par le bureau des marguilliers, en vertu d'une délibération du conseil de fabrique;

3° Pour les fabriques des églises métropolitaines ou cathédrales, par l'archevêque ou l'évêque, en vertu d'une délibération du conseil de fabrique, l'archevêque ou l'évêque étant, en cas de vacance de siège, suppléé par les vicaires capitulaires ou, à défaut de ceux-ci, par le doyen du chapitre;

4° Pour les menses archiépiscopales ou épiscopales, par l'archevêque ou l'évêque ou, en cas de vacance du siège, par le commissaire administrateur, à charge pour ce dernier de se concerter avec les vicaires capitulaires ou, à défaut de ceux-ci, avec le doyen du chapitre, pour la désignation de l'association, du service ou de l'établissement attributaire, et sous réserve, en cas de désaccord, de l'application de l'article 8 du présent règlement;

5° Pour les chapitres, par le doyen, en vertu d'une délibération du chapitre ;

6° Pour les séminaires, par le président du bureau d'administration, en vertu d'une délibération de ce bureau ;

7° Pour les maisons et caisses diocésaines de retraite ou de secours pour les prêtres âgés ou infirmes, par le président du conseil d'administration, en vertu d'une délibération de ce conseil ;

8° Pour les conseils presbytéraux et consistoires des Églises réformées, les conseils presbytéraux, consistoires et synodes particuliers de l'Église de la confession d'Augsbourg, les consistoires israélites, par le président, en vertu d'une délibération du conseil presbytéral, consistoire ou synode.

Ne peuvent agir comme représentants légaux des établissements ci-dessus énumérés que les personnes régulièrement désignées en cette qualité soit avant la promulgation de la loi du 9 décembre 1905, soit après, par application du paragraphe 1^{er} de l'article 3 de ladite loi.

Art. 2. Les délibérations par lesquelles les conseils mentionnés à l'article précédent statuent sur l'attribution des biens des établissements ecclésiastiques sont exécutoires par elles-mêmes et l'acte d'attribution est passé par les personnes désignées audit article sans qu'il soit besoin d'aucune autre autorisation, sauf dans les cas prévus à l'article 7 de la loi susvisée.

Sous cette même réserve, sont également dispensés de toute approbation les actes par lesquels les archevêques, évêques, curés et desservants, ou leurs suppléants légaux, font attribution des biens des menses.

Art. 3. Les biens d'un établissement ecclésiastique, autres que ceux qui sont grevés d'une affectation étrangère à l'exercice du culte ou qui doivent faire retour l'État, sont attribués à une ou plusieurs

associations formées dans la circonscription dudit établissement.

Les biens de plusieurs établissements ayant la même circonscription peuvent être attribués à une seule association.

Les biens d'un ou plusieurs établissements dépendant d'une même paroisse, et les biens d'établissements paroissiaux dont la circonscription est limitrophe de cette paroisse, peuvent être attribués concurremment à une seule association s'étendant à l'ensemble des circonscriptions intéressées et destinée à assurer l'exercice du culte dans chacune d'elles.

Si des associations formées soit dans une même circonscription, soit dans des circonscriptions limitrophes, viennent à fusionner, les biens qui ont été attribués à chacune de ces associations en vertu de l'article 4 de la loi susvisée, peuvent être transférés, dans les formes prévues par le second paragraphe de l'article 9 de la même loi, à l'association unique résultant de cette fusion. Les biens provenant d'établissements différents et attribués à une même association restent distincts avec leur affectation spéciale dans le patrimoine de cette association.

Art. 4. L'attribution faite par un établissement ecclésiastique, en vertu de l'article 4 de la loi susvisée, est constatée au moyen d'un procès verbal administratif dressé par les représentants légaux de l'établissement contradictoirement avec les directeurs ou administrateurs de l'association munis à cet effet des pouvoirs nécessaires, qui resteront annexés à l'acte.

Le procès-verbal est établi après récolement de l'inventaire par les représentants de l'établissement et ceux de l'association; il mentionne les additions et retranchements ainsi que les modifications d'estimation que comporte l'inventaire. Il indique soit directement, soit par référence à l'inventaire, les biens attribués.

Il contient, en outre, un état détaillé des dettes de l'établissement avec indication de leur cause, de leur montant et de la date de leur exigibilité. Il est dressé sur papier libre en double minute et signé des deux parties.

L'un des exemplaires est remis, avec tous les titres et documents concernant les biens et dettes, aux directeurs ou administrateurs de l'association. L'autre est transmis dans le délai d'un mois par les représentants légaux de l'établissement avec, le cas échéant, la délibération visée aux articles 1 et 2 du présent règlement, au préfet qui leur délivre récépissé et dépose cet exemplaire aux archives de la préfecture.

Extrait de l'acte d'attribution ainsi notifié est publié, avec indication de la date de la notification, dans le délai d'un moi au *Recueil des actes administratifs de la préfecture* et, dans le délai de trois mois, au *Journal officiel*.

Art. 5. L'attribution soit à un service public national, départemental ou communal, soit à un établissement public ou d'utilité publique, de biens d'un établissement ecclésiastique, par application de l'article 7 de la loi susvisée, doit être faite avant que tous les biens destinés aux associations culturelles leur aient été attribués.

Elle est constatée par un procès-verbal administratif dressé par les représentants de l'établissement ecclésiastique contradictoirement avec ceux du service public ou de l'établissement public ou d'utilité publique, dans les mêmes formes que celles énoncées à l'article précédent.

Les dettes portées au procès-verbal sont celles de l'établissement ecclésiastique qui sont spéciales aux biens attribués.

L'un des exemplaires est remis au service ou à l'établissement attributaire.

L'autre est transmis par les représentants légaux de l'établissement ecclésiastique au préfet avec tous titres et documents concernant les biens et, le cas échéant, la délibération visée aux articles 1 et 2 du présent règlement.

Le préfet statue dans les deux mois de la réception du procès-verbal, faute de quoi l'attribution est considérée comme approuvée.

Si le préfet refuse d'approuver l'attribution, il en avise l'établissement ecclésiastique, s'il existe encore, et le service ou l'établissement attributaire, en les invitant à lui présenter dans un délai de quinze jours leurs observations écrites. A l'expiration de ce délai, il transmet le dossier au ministre des cultes.

Il est statué sur l'attribution par décret rendu en conseil d'État.

Notification est faite aux intéressés en la forme administrative, soit de l'arrêté d'approbation de l'attribution, soit du décret intervenu.

L'arrêté d'approbation ou le décret est publié au *Journal officiel*.

Art. 6. La reprise des biens destinés à faire retour à l'État est constatée au moyen d'un procès verbal administratif dressé par l'administration des domaines.

Ce procès-verbal indique lesdits biens soit directement, soit par référence à l'inventaire dressé en exécution de l'article 3 de la loi susvisée, et il contient un état des dettes de l'établissement spéciales à ces biens. Il constate la remise à l'administration des domaines de tous titres et documents concernant les biens repris. Il est dressé sur papier libre en simple minute.

Si les représentants légaux de l'établissement ecclésiastique sont d'accord avec l'administration des domaines sur la reprise des biens par l'État, le procès-verbal est dressé contradictoirement avant que tous les biens destinés à des associations culturelles leur aient été attribués.

En cas de désaccord, il est dressé sur le vu de la décision judiciaire intervenue et en présence des intéressés ou eux dûment appelés.

Dans tous les cas, la reprise n'a effet que du jour de la suppression de l'établissement.

Art. 7. Lors de la suppression des établissements antérieurement soumis aux règles de la comptabilité publique en exécution de l'article 78 de la loi du 26 janvier 1892 et des décrets du 27 mars 1893, les registres des comptables seront arrêtés par les représentants de ces établissements.

Les comptables rendront immédiatement leurs comptes ; ils seront dispensés de produire à l'appui le compte administratif et la délibération mentionnés dans les décrets du 27 mars 1893.

Si les justifications réclamées par injonction du juge des comptes ne peuvent être produites parce qu'elles exigeraient l'intervention des établissements susindiqués, il y est suppléé par tous autres actes et documents.

Chapitre 2. *Dispositions spéciales aux biens non attribués par les établissements ecclésiastiques.*

Art. 8. A l'expiration du délai fixé par l'article 4 de la loi du 9 décembre 1905, les biens qui, pour une cause quelconque, et notamment à raison du désaccord entre le commissaire administrateur d'une mense et les vicaires capitulaires ou le doyen du chapitre, n'ont pas fait l'objet d'une attribution en exécution dudit article ou de l'article 7 de la loi susvisée, sont placés sous séquestre par un arrêté préfectoral. Cet arrêté en confie la conservation et la gestion à l'administration des domaines jusqu'à ce qu'ils aient été attribués par décret en exécution soit de l'article 8, paragraphe 1^{er}, soit de l'article 9, paragraphe 1^{er}, de cette loi.

Dans le cas où, après l'expiration du délai précité, les attributions effectuées par application des articles 4 et 7 de la loi susvisée viennent à être annulées, les biens qui ont fait l'objet desdites attributions sont placés sous séquestre suivant les formes et dans les conditions indiquées par le premier paragraphe du présent article.

Les règles relatives à la conservation et à la gestion des biens placés sous séquestre sont fixées par arrêté du ministre des finances.

Art. 9. Si, à l'expiration du délai précité, la reprise des biens destinés à faire retour à l'État n'a pas encore eu lieu, elle est effectuée par l'administration des domaines suivant procès verbal dressé en simple minute.

Art. 10. L'arrêté de mise sous séquestre prévu à l'article 8 du présent règlement est publié au *Recueil des actes administratifs de la préfecture* avec un avis faisant connaître que les associations

culturelles ont un délai de deux ans, compté à partir de la promulgation de la loi, pour demander l'attribution à leur profit des biens autres que ceux qui sont grevés d'une affectation étrangère à l'exercice du culte.

Les demandes sont adressées au préfet, qui en délivre récépissé et les transmet au ministre des cultes, sur le rapport duquel sont rendus les décrets portant attribution des biens.

Art. 11. Si, dans le délai de deux ans à partir de la promulgation de la loi susvisée, les biens susceptibles d'être attribués à des associations culturelles n'ont pas été réclamés par une de ces associations ou si les demandes formées dans ce délai ont été rejetées, il peut être procédé à l'attribution desdits biens au profit d'établissements communaux d'assistance ou de bienfaisance, dans les conditions et suivant les formes prescrites par le premier paragraphe de l'article 9 de la loi susvisée.

Art. 12. En cas d'attributions ordonnées par décret, conformément aux articles 8 et 9 de la loi susvisée, il est procédé à la remise des biens suivant procès-verbal dressé par l'administration des domaines contradictoirement avec les représentants du service de l'établissement ou de l'association attributaire.

Les décrets portant attribution de biens sont publiés au *Journal officiel*.

Chapitre 3. *Dispositions communes aux divers modes d'attributions.*

Art. 13. Les mutations des rentes sur l'État attribuées par un établissement public du culte à une association culturelle sont opérées sur la production d'un extrait, délivré par le préfet, du procès-verbal d'attribution.

La mutation des rentes grevées d'une affectation étrangère à l'exercice du culte et attribuées par un établissement ecclésiastique à un service ou établissement public ou d'utilité publique est opérée sur la production de l'arrêté préfectoral ou du décret approuvant l'attribution.

Dans les cas prévus par les articles 8 et 9 de la loi susvisée, la mutation opérée sur la production soit du décret portant attribution des rentes, soit d'un arrêté ministériel pris en exécution de la décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux.

Le décret, l'arrêté ministériel, l'arrêté préfectoral ou l'extrait du procès verbal d'attribution indiquent le libellé complet des nouvelles inscriptions à délivrer.

Art. 14. Les actions en reprise ou en revendication devant les tribunaux civils, auxquelles peuvent donner lieu de la part de l'État, des départements,

des communes ou de tous autre intéressés les attributions faites en vertu des articles 4 et 7 de la loi du 9 décembre 1905, sont exercées contre les associations, services ou établissements attributaires après suppression des établissements ecclésiastiques.

Il en est de même pour les actions en nullité prévues par le second paragraphe de l'article 5 de ladite loi.

Art. 15. Le délai de recours au conseil d'État en annulation de l'acte d'attribution pour excès de pouvoir ou violation de la loi, que le recours soit formé par les ministres des cultes ou par une partie intéressée, a pour point de départ l'insertion faite au *Journal officiel* en vertu des articles 4, 5 ou 12 du présent règlement.

Chapitre 4. *Acquittement des dettes.*

Art. 16. Quand, par application de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la loi susvisée, une association culturelle, à laquelle ont été attribués les biens d'un établissement ecclésiastique supprimé, réclamé, à l'effet de pourvoir à l'acquittement des dettes de cet établissement, l'abandon provisoire à son profit de la jouissance des biens productifs de revenus, destinés à faire retour à l'État, cet abandon est décidé, sur justification du passif, par le ministre des finances, qui arrête l'état des dettes payables sur les revenus desdits biens.

Il est constaté par un procès-verbal dressé en double minute et sur papier libre par l'administration des domaines contradictoirement avec les représentants de l'association.

La reprise par l'État de la libre disposition des biens, après extinction du passif, est constatée dans la même forme.

Art. 17. S'il s'est formé dans l'ancienne circonscription d'un établissement ecclésiastique supprimé une association culturelle qui, tout en étant apte à recueillir le patrimoine de cet établissement, ne l'a pas réclamé, il est pourvu à l'acquittement du passif au moyen des biens dudit établissement placés sous séquestre à l'expiration du délai fixé par l'article 4 de la loi susvisée, et des revenus des biens destinés à faire retour à l'État, à l'exclusion de tout recours au fonds commun prévu à l'article 19 ci-après.

Art. 18. Dans le cas où il ne s'est formé dans l'ancienne circonscription d'un établissement supprimé aucune association apte à recueillir le patrimoine de cet établissement, les biens placés sous séquestre et les revenus des biens destinés à faire retour à l'État servent au paiement des dettes de l'établissement.

Si le passif ne peut être payé intégralement au moyen desdites ressources, le reliquat est acquitté par prélèvement sur le fonds commun.

Art. 19. En vue de l'application des dispositions du second paragraphe de l'article 6 de la loi susvisée, il est constitué un fonds commun alimenté au moyen des revenus de l'ensemble des biens d'établissements ecclésiastiques qui ont fait retour à l'État et dont celui-ci a repris la libre disposition.

A cet effet, il est ouvert un compte spécial dans les écritures du Trésor.

Sont portés en recette à ce compte : 1° les revenus nets, déduction faite des frais de gestion, des biens qui sont visés au premier paragraphe du présent article et dont la gestion est confiée à l'administration des domaines; 2° les arrérages des rentes sur l'État acquises en remploi productif net de la vente desdits biens, déduction faite des frais de gestion restant dus.

Les ressources constatées au crédit du compte spécial, au 31 décembre de chaque année, sont employées, conformément à l'article précédent, au paiement du reliquat des dettes régulières et légales des établissements supprimés.

Le paiement de ces dettes au moyen desdites ressources n'a lieu qu'autant que la demande en a été faite, avec justifications à l'appui, au ministre des finances par les créanciers des établissements ecclésiastiques dans les deux années qui suivront la suppression de ces établissements.

Le ministre des finances arrête l'état des dettes payables sur le fonds commun et si, au 31 décembre, les ressources de ce fonds sont insuffisantes pour acquitter intégralement le passif admis, elles sont réparties entre les créanciers au prorata du montant respectif des sommes qui leur sont dues.

Chapitre 5. *Archives ecclésiastiques et bibliothèques.*

Art. 20. Lorsqu'il y a lieu de procéder à l'inventaire prescrit par le dernier paragraphe de l'article 16 de la loi du 9 décembre 1905, pour les archives et bibliothèques des établissements ecclésiastiques ainsi que pour celles qui étaient détenues par les anciens titulaires ecclésiastiques à raison de leurs fonctions, un arrêté préfectoral désigne à cet effet l'archiviste départemental ou toute autre personne compétente; l'inventaire est dressé en présence soit des représentants légaux des établissements ecclésiastiques, soit des anciens titulaires ecclésiastiques ou eux dûment appelés dans les formes prévues par l'article 2 du décret du 29 décembre 1905.

Art. 21. L'inventaire des archives porte sur: 1° Les titres et papiers visés par les lois des 7 messidor an

II et 5 brumaire an V; 2° Les registres paroissiaux antérieurs à l'entrée en vigueur des dispositions législatives concernant la tenue des actes de l'état civil, et, notamment, ceux détenus par les anciens titulaires ecclésiastiques, dans les départements de la Savoie, de la Haute-Savoie et des Alpes-Maritimes ; 3° Tous autres titres ou papiers provenant de l'État, des départements ou des communes.

Art. 22. Les documents précités sont remis, suivant le cas au préfet ou au maire pour être versés dans les dépôts publics.

Cette remise, constatée par procès-verbal, doit être effectuée par les représentants légaux des établissements ecclésiastiques au plus tard au moment de la suppression de ces établissements et, par les anciens titulaires ecclésiastiques, dans les six mois qui suivront la publication du présent décret.

Art. 23. Après inventaire des bibliothèques, la reprise par l'État, les départements ou les communes des livres et manuscrits leur appartenant a lieu suivant procès-verbal dressé d'un commun accord ou, en cas de contestation, sur le vu de la décision judiciaire intervenue.

Les autres livres et manuscrits contenus dans les bibliothèques sont transmis aux associations culturelles, conformément aux règles applicables à l'attribution des biens des établissements ecclésiastiques.

Art. 24. Les documents, livres et manuscrits attribués à des associations culturelles ou laissés aux anciens titulaires ecclésiastiques peuvent être classés, en vertu de la loi du 30 mars 1887 et de l'article 16 de la loi du 9 décembre 1905, dans les mêmes conditions que s'ils appartenaient à des établissements publics.

Chapitre 6. Attribution de biens à des unions d'associations.

Art. 25. Les biens des établissements ecclésiastiques supprimés peuvent être attribués, dans les conditions et suivant les formes prévues par le présent titre, à des unions d'associations culturelles constituées conformément aux articles 4 et 20 de la loi du 9 décembre 1905.

Les règles formulées par le présent titre, en ce qui concerne l'acquittement des dettes, les archives et bibliothèques, sont également applicables à ces unions.

TITRE 2. Édifices des cultes.

Art. 26. Les édifices antérieurement affectés au culte et appartenant aux établissements ecclésiastiques sont attribués aux associations culturelles dans les mêmes conditions et suivant les mêmes formes que les autres biens desdits établissements.

Art. 27. L'entrée en jouissance par les associations culturelles des édifices du culte mentionnés dans les articles 13, 14 et 15 de la loi susvisée est constatée par un procès-verbal administratif dressé soit par le préfet, pour l'État et les départements, soit par le maire, pour les communes, contradictoirement avec les représentants des associations ou eux dûment appelés.

Il en est de même pour la mise à la disposition des associations des objets mobiliers appartenant à l'État, aux départements ou aux communes et garnissant ceux des édifices qui servent à l'exercice public du culte.

Le procès-verbal comporte un état des lieux si l'association en fait la demande et, dans tous les cas, un état desdits objets mobiliers dressé d'après les indications de l'inventaire prévu à l'article 3 de la loi susvisée.

Il est établi en double minute et sur papier libre.

Art. 28. Les réparations incombant aux associations culturelles en vertu des articles 13 et 14 de la loi du 9 décembre 1905 doivent être exécutées, sous réserve de l'application de la législation sur les monuments historiques, de manière à ne préjudicier sous aucun rapport aux édifices culturels.

Les projets de grosse réparation doivent, un mois au moins avant leur exécution, être communiqués au préfet, pour les édifices appartenant à l'État ou au département, et au maire, pour ceux qui sont la propriété de la commune.

Art. 29. Le ministre des beaux-arts est chargé d'assurer l'inspection des immeubles et objets mobiliers classés par l'application de la loi du 30 mars 1887 et l'article 16 de la loi du 9 décembre 1905.

Les associations culturelles fixent, sous réserve de l'approbation du préfet, les jours et heures auxquels auront lieu, conformément à l'article 17 de la loi du 9 décembre 1905, la visite des édifices et l'exposition des objets mobiliers classés.

Si l'association, bien que dûment mise en demeure par le préfet, n'a pris aucune disposition à cet effet, ou en cas de refus d'approbation, il est statué par le ministre des beaux-arts.

TITRE 3. Associations pour l'exercice public des cultes.

Chapitre 1^{er}. Constitution des associations.

Art. 30. Les associations culturelles se constituent, s'organisent et fonctionnent librement sous les seules restrictions résultant de la loi du 9 décembre 1905.

Art. 31. Les dispositions des articles 1^{er} à 6 de l'article 31 du règlement d'administration publique du 16 août 1901, auxquelles sont soumises les associations constituées en vertu du titre 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, sont applicables aux associations constituées en vertu de la loi du 9 décembre 1905.

La déclaration préalable, que doit faire toute association culturelle, indique les limites territoriales de la circonscription dans laquelle fonctionnera l'association.

A cette déclaration est jointe une liste comprenant un nombre de membres majeurs et domiciliés ou résidant dans la circonscription d'au moins 7, 15 ou 25, suivant que l'association a son siège dans une commune de moins de 1000 habitants, de 1 000 à 20 000 habitants ou de plus de 20 000 habitants.

Les pièces annexées sont certifiées sincères et véritables par les administrateurs ou directeurs de l'association.

Art. 32. Doivent faire l'objet d'une déclaration complémentaire, dans le délai prévu par l'article 5, paragraphe 4, de la loi du 1^{er} juillet 1901, les modifications que l'association apporte aux limites territoriales de sa circonscription ainsi que les aliénations de tous biens meubles et immeubles attribués à l'association en exécution des articles 4, 8 et 9 de la loi du 9 décembre 1905.

En cas d'acquisition d'immeubles, l'association est dispensée de joindre à sa déclaration complémentaire l'état descriptif visé à l'article 3 du règlement d'administration publique du 16 août 1901.

Lorsque, par suite de démissions, de décès ou pour toute autre cause, le nombre de membres de l'association qui continuent à pouvoir figurer sur la liste prévue par l'article 31 du présent règlement est descendu au dessous du minimum fixé par le premier paragraphe de l'article 19 de la loi susvisée, une déclaration effectuée dans les trois mois fait connaître, en même temps que les membres à retrancher de cette liste, ceux qui sont à y ajouter.

Toute déclaration complémentaire est faite dans les mêmes formes que la déclaration initiale.

Chapitre 2. *Recettes et dépenses. – Réserves.*

Art. 33. Les seules recettes de l'association sont celles qu'énumère le paragraphe 4 de l'article 19 de la loi du 19 décembre 1905.

Les recettes sont exclusivement affectées aux besoins du culte.

Les sommes à percevoir en vertu de fondations instituées pour cérémonies et services religieux tant par acte de dernière volonté que par acte entre vifs sont, dans tous les cas, déterminées par contrat commutatifs et doivent représenter uniquement la rétribution des cérémonies et services.

Les revenus des biens attribués avec leur affectation spéciale à des associations, en vertu des articles 4, 8 et 9 de la loi susvisée, ne peuvent être employés à des subventions en faveur d'autres associations, ni au paiement de cotisations à des unions.

Art. 34. Le montant du revenu, dont il est fait état pour fixer le maximum de la réserve prévue par le paragraphe 1^{er} de l'article 22 de la loi susvisée, est déterminé en prenant la moyenne annuelle des recettes de toute nature pendant les cinq dernières années.

Si le revenu d'une association ainsi calculé, après avoir été égal ou inférieur à 5 000 fr., vient à excéder cette somme l'association a le droit de conserver la réserve qu'elle s'est constituée, alors même que cette réserve serait supérieure à trois fois la moyenne annuelle des dépenses. Aucune somme nouvelle ne peut être portée à la réserve tant que celle-ci n'a pas été ramenée au-dessous du maximum légal.

A titre transitoire et jusqu'à l'expiration de la cinquième année qui suivra celle où l'association s'est formée, la moyenne annuelle des revenus et celle des dépenses sont calculées d'après les années entières déjà écoulées.

Art. 35. Les fonds et valeurs constituant la réserve spéciale prévue par l'article 22, paragraphe 2, de la loi susvisée sont reçus par la caisse des dépôts et consignations et ses préposés et régis par les dispositions des lois des 28 nivôse an XIII, 28 juillet 1875 et 26 juillet 1893.

Les remboursements de fonds ou remises de valeurs sont effectués par la caisse des dépôts dans un délai de dix jours, à la demande de l'association, visée par le directeur de l'enregistrement du département et sur la simple quittance de la personne ayant qualité pour opérer les retraits.

Sur la demande de l'association, la caisse des dépôts et consignations fait procéder, dans les trois jours de l'enregistrement de cette demande au secrétariat de l'administration de la caisse, à l'emploi de tout ou partie des sommes disponibles, ainsi qu'à la réalisation des valeurs déposées et aux changements à apporter dans la composition de ces valeurs.

Art. 36. Le visa prévu à l'article précédent est donné par le directeur de l'enregistrement sur la seule production des décomptes, mémoires ou factures des entrepreneurs ou des fournisseurs et d'une copie de la délibération de l'association

approuvant la dépense; ce visa intervient dans le délai de quinzaine, à partir de la production desdites pièces.

Les pièces justificatives sont, après visa, renvoyées à l'association.

Chapitre 3. Contrôle financier.

Art. 37. Le contrôle financier est exercé sur les associations par l'administration de l'enregistrement.

Les associations sont également soumises aux vérifications de l'inspection générales des finances.

Art. 38. L'état des recettes et des dépenses des associations cultuelles, avec l'indication de la cause et de l'objet de chacune des recettes et des dépenses, est tenu sur un livre-journal de caisse coté et paraphé par le directeur de l'enregistrement du département ou par son délégué.

Ce livre est arrêté, chaque année, au 31 décembre.

Art. 39. Le compte financier porte sur la période écoulée du 1^{er} janvier au 31 décembre de chaque année.

Il représente par nature les recettes et les dépenses effectuées et il se termine par une balance récapitulative.

Il indique les restes à recouvrer et à payer.

Art. 40. L'excédent des recettes sur les dépenses qui ressort de la balance doit être représenté par le solde en caisse au 31 décembre.

Il est réservé, en premier lieu et jusqu'à due concurrence, à l'acquittement des restes à payer au 31 décembre et des dettes restant à échoir des établissements supprimés dont les biens ont été attribués à l'association cultuelle, conformément aux articles 4, 8 et 9 de la loi du 9 décembre 1905.

Le surplus est affecté à la constitution des réserves prévues par l'article 22 de cette loi ou à l'attribution de subventions à d'autres associations ayant le même objet.

Art. 41. Lorsqu'une association, ayant à pourvoir à l'acquittement des dettes d'un établissement ecclésiastique supprimé, a obtenu à cet effet la jouissance provisoire de biens ayant fait retour à l'État, les revenus desdits biens ne peuvent être employés qu'à éteindre ce passif. Ils sont portés en recettes et en dépenses à des articles spéciaux du compte financier.

Art. 42. Le compte financier est appuyé d'un extrait, certifié conforme par les directeurs ou administrateurs, du procès verbal de l'assemblée générale de l'association portant approbation, par application de l'article 19 de la loi susvisée des

actes de gestion financière et d'administration légale des biens accomplis par les directeurs ou administrateurs.

Art. 43. L'état inventorié prescrit par l'article 21 de la loi susvisée indique distinctement : 1° les biens attribués à l'association par application des articles 4, 8 et 9 de la loi susvisée ou ceux acquis en emploi conformément au paragraphe 3 de l'article 5; 2° les valeurs mobilières dont les revenus servent à l'acquit des fondations pour cérémonies et service religieux; 3° les valeurs placées en titre nominatifs qui constituent la réserve prévue au paragraphe 1^{er} de l'article 22 de la loi susvisée; 4° le montant de la réserve spéciale prévue au second paragraphe du même article et placée à la caisse de dépôts et consignations; 5° tous autres biens meubles et immeubles de l'association.

Les biens portés sur l'état sont estimés article par article.

Art. 44. Le compte financier et l'état inventorié sont dressés, au plus tard, avant l'expiration du premier semestre de l'année qui suivra celle à laquelle ils s'appliquent.

Le compte financier est établi en double et un des exemplaires doit être adressé sur sa demande au représentant de l'administration de l'enregistrement, qui en délivre récépissé.

L'association conserve les comptes et états inventoriés s'appliquant aux cinq dernières années avec les pièces justificatives, registres et documents de comptabilité.

Art. 45. L'association est tenue de représenter aux agents de l'enregistrement et aux fonctionnaires de l'inspection générale des finances ses espèces, récépissés de dépôts et valeurs en portefeuille, ainsi que les livres, registres, titres, pièces de recettes et de dépenses ayant trait tant à l'année courante qu'à chacune des cinq années antérieures.

Art. 46. Si, à l'occasion de l'exercice de leur contrôle financier, les agents de l'administration de l'enregistrement constatent des infractions réprimées par l'article 23 de la loi susvisée, Ils en dressent procès-verbal.

Leurs procès-verbaux sont transmis au procureur de la République de l'arrondissement dans lequel l'association a son siège.

La nullité des actes constituant des infractions visées au premier paragraphe du présent article pourra être demandée par toute partie intéressée ou par la ministère public.

Chapitre 4. Dissolution des associations.

Art. 47. En cas de dissolution volontaire, statutaire, ou prononcée par justice, les biens qui auraient été

attribués à une association, en vertu des articles 4, 8 et 9 de la loi du 9 décembre 1905 sont, jusqu'à ce qu'il ait été procédé à une nouvelle attribution conformément au second paragraphe dudit article 9, placés sous séquestre par un arrêté préfectoral qui en confie la conservation et la gestion à l'administration des domaines.

La dévolution des autres biens de l'association se fait conformément à l'article 9 de la loi du 1^{er} juillet 1901 et à l'article 14 du décret du 16 août de la même année.

En aucun cas rassemblée générale appelée à se prononcer sur la dévolution ne peut attribuer aux associés une part quelconque desdits biens.

Chapitre 5. *Unions.*

Art. 48. Les unions d'associations, prévues par l'article 20 de la loi du 9 décembre 1905, sont soumises aux dispositions contenues dans le présent titre.

Toutefois, elles n'ont pas à déposer la liste prévue par les articles 31 et 32 ci-dessus.

Elles déclarent l'objet et le siège des associations qui les composent.

Elles font connaître, dans les trois mois, les nouvelles associations adhérentes.

Le patrimoine et la caisse, les recettes et les dépenses d'une union sont entièrement distincts du patrimoine et de la caisse, des recettes et des dépenses de chacune des associations faisant partie de l'union.

TITRE 4. Police des cultes.

Art. 49. La déclaration préalable prescrite par l'article 25 de la loi du 9 décembre 1905 est signée par deux délégués au moins de l'association cultuelle qui a la propriété ou la jouissance du local où le culte sera célébré; l'un des délégués doit être domicilié dans la commune où le local est situé.

La célébration du culte ne peut avoir lieu qu'après un délai d'au moins vingt-quatre heures.

La surveillance des autorités s'exerce sur les réunions cultuelles publiques conformément aux dispositions des articles 9 de la loi du 30 juin 1881 et 97 de la loi du 5 avril 1884.

Art. 50. L'arrêté pris dans chaque commune par le maire à l'effet de régler l'usage des cloches tant pour les sonneries civiles que pour les sonneries religieuses est, avant transmission au préfet ou au sous-préfet, communiqué au président ou directeur de l'association cultuelle.

Un délai de quinze jours est laissé à celui-ci pour former à la mairie, s'il y a lieu, une opposition écrite et motivée, dont il lui est délivré récépissé.

A l'expiration dudit délai, le maire transmet au préfet son arrêté, qui, à défaut d'opposition, est exécutoire dans les conditions prévues par les articles 95 et 96 de la loi du 5 avril 1884.

En cas d'opposition, il est statué par arrêté préfectoral.

Art. 51. - Les cloches des édifices servant à l'exercice public du culte peuvent être employées aux sonneries civiles dans les cas de péril commun qui exigent un prompt secours.

Si elles sont placées dans un édifice appartenant à l'État, au département ou à la commune ou attribué à l'association cultuelle en vertu des articles 4, 8 et 9 de la loi du 9 décembre 1905, elles peuvent, en outre, être utilisées dans les circonstances où cet emploi est prescrit par les dispositions des lois ou règlements, ou autorisé par les usages locaux.

Art. 52. - Une clef du clocher est déposée entre les mains du président, ou directeur de l'association cultuelle, une autre entre les mains du maire qui ne peut en faire usage que pour les sonneries civiles mentionnées à l'article précédent et l'entretien de l'horloge publique.

Si l'entrée du clocher n'est pas indépendante de celle de l'église, une clef de la porte de l'église est déposée entre les mains du maire.

Art. 53. - Le ministre de l'instruction publique, des beaux arts et des cultes, le ministre des finances et le ministre de l'intérieur sont chargés, chacun en ce qui les concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel et inséré au Bulletin des lois.

**Loi du 2 janvier 1907, concernant l'exercice
public des cultes**

(D.P., 1907, IV, p 4 et s)

Art. 1. Dès la promulgation de la présente loi, l'Etat, les départements et les communes recouvreront à titre définitif la libre disposition des archevêchés, évêchés, presbytères et séminaires qui sont leur propriété et dont la jouissance n'a pas été réclamée par une association constituée dans l'année qui a suivi la promulgation de la loi du 9 décembre 1905, conformément aux dispositions de ladite loi.

Cesseront de même, s'il n'a pas été établi d'associations de cette nature, les indemnités de logement incombant aux communes, à défaut de presbytère.

La location des édifices ci-dessus dont les départements ou les communes sont propriétaires devra être approuvée par l'administration préfectorale. En cas d'aliénation par le département, il sera procédé comme dans les cas prévus par l'article 48, paragraphe 1^{er} de la loi du 10 août 1871.

Art. 2.

Les biens des établissements ecclésiastiques qui n'ont pas été réclamés par des associations constituées dans l'année qui a suivi la promulgation de la loi du 9 décembre 1905, conformément aux dispositions de ladite loi, seront attribués à titre définitif, dès la promulgation de la présente loi, aux établissements communaux d'assistance ou de bienfaisance dans les conditions déterminées par l'article 9, premier paragraphe de ladite loi, sans préjudice des attributions à opérer par application des articles 7 et 8, en ce qui concerne les biens grevés d'une affectation étrangère à l'exercice du culte.

Art. 3. A l'expiration du délai d'un mois à partir de la promulgation de la présente loi, seront de plein droit supprimées les allocations concédées par application de l'article 11 de la loi du 9 décembre 1905, aux ministres du culte qui continueront à exercer leurs fonctions dans les circonscriptions ecclésiastiques où n'auront pas été remplies les conditions prévues, soit par la loi du 9 décembre 1905, soit par la présente loi, pour l'exercice public du culte, après infraction dûment réprimée.

La déchéance sera constatée par arrêté du ministre des finances, rendu sur le vu d'un extrait du jugement ou de l'arrêt qui lui est adressé par les soins du ministre de la justice.

Art. 4. Indépendamment des associations soumises aux dispositions du titre IV de la loi du 9 décembre 1905, l'exercice public d'un culte peut être assuré tant au moyen d'associations régies par la loi du 1^{er} juillet 1901 (art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12 et 17) que par voie de réunions tenues sur initiatives individuelles en vertu de la loi du 30 juin 1881 et selon les prescriptions de l'article 25 de la loi du 9 décembre 1905.

Art. 5. A défaut d'associations cultuelles, les édifices affectés à l'exercice du culte, ainsi que les meubles les garnissant, continueront, sauf désaffectation dans les cas prévus par la loi du 9 décembre 1905, à être laissés à la disposition des fidèles et des ministres du culte pour la pratique de leur religion.

La jouissance gratuite en pourra être accordée soit à des associations cultuelles constituées conformément aux articles 18 et 19 de la loi du 9 décembre 1905, soit à des associations formées en vertu des dispositions précitées de la loi du 1^{er} juillet 1901 pour assurer la continuation de l'exercice public du culte, soit aux ministres du culte dont les noms devront être indiqués dans les déclarations prescrites par l'article 25 de la loi du 9 décembre 1905.

La jouissance ci-dessus prévue desdits édifices et des meubles les garnissant sera attribuée, sous réserve des obligations énoncées par l'article 13 de

la loi du 9 décembre 1905, au moyen d'un acte administratif dressé par le préfet pour les immeubles placés sous séquestre et ceux qui appartiennent à l'Etat et aux départements, par le maire pour les immeubles qui sont la propriété des communes.

Les règles susénoncées s'appliquent aux édifices affectés au culte qui, ayant appartenu aux établissements ecclésiastiques, auront été attribués par décret aux établissements communaux d'assistance ou de bienfaisance par application de

l'article 9, paragraphe 1^{er}, de la loi du 9 décembre 1905.

Art. 6. Les dispositions de la loi du 9 décembre 1905 et des décrets en Conseil d'Etat pris pour son exécution sont maintenues en tout ce qu'elles n'ont pas de contraire à la présente loi.

II. – Liste des décisions de justice exploitées.

I. Jugements et arrêts du juge judiciaire.

1826.

Cass. crim., 3 août 1826, *Ministère public c/ Nordmann*, *Rep Dalloz*, 1853, tome 14, p 734.

1827.

Cass. crim., 17 mars 1827, *Touquet c/ Ministère public*, *Rep Dalloz*, 1853, tome 14, p 738.

1828.

Cour de Paris, 1^{ère} chambre, 22 janvier 1828, *Sénancourt C/ Ministère public*, *Rep Dalloz*, 1853, tome 14, p 735.

1829.

Cour de Paris, Chambres Réunies, 17 décembre 1829, *Chatelain c/ Ministère public*, *Rep Dalloz*, 1853, tome 14, p 735.

1837.

Cass. crim., 22 juillet 1837, *Laverdet*, *Rep. Dalloz*, 1853, tome 14, p 732.

1838.

Cass. crim., 12 avril 1838, *Doine*, *Rép Dalloz*, 1853, tome 14, p 729.

1843.

Cass. crim., 22 avril 1843, *Roussel*, *Rep Dalloz*, 1853, tome 14, p 729.

1844.

Cass. req., 26 novembre 1844, *Houel*, *Rep Dalloz*, tome 14, 1853, p 750.

1848.

Cass. crim., 7 janvier 1848, *Lepoix et consort*, *D.P.*, 1848, I, p 51.

1880.

Cass. crim., 16 avril 1880, *Huas*, *S.*, 1881, I, p 137
Tribunal civil de Toulouse, 2 août 1880, *Pères de la compagnie de Jésus c/ Préfet de la Haute-Garonne et commissaire de police*, *D.P.*, 1880, III, p 73.
Tribunal civil de Nantes, 18 juillet 1880, *Derice et autres de la compagnie de Jésus c/ Préfet de la Loire-Inférieure et commissaire de police*, *D.P.*, 1880, III, p 80.

Tribunal civil de Lille, 1^{er} juillet 1880, *Marquigny et autres de la compagnie de Jésus c/ Préfet du Nord et Mornave, commissaire central*, *D.P.*, 1880, III, p 57.

Tribunal civil de la Seine, 9 juillet 1880, *De Guilhermy c/ Préfet de police*, *D.P.*, 1880, III, p 62.

1881.

Cass. crim., 11 août 1881, *Laffitte*, *S.*, 1883, I, p 388.

1882.

Cass. crim., 26 mai 1882, *George*, *S.*, 1883, I, p 388.

Cass. crim., 26 mai 1882, *Hiou*, *S.*, 1883, I, p 391.

1883.

Cass. crim., 19 avril 1883, *Gilède*, *D.P.*, 1883, I, p 392.

1885.

Cass., 30 octobre 1885, *Enault c/ Ministère public*, *D.P.*, 1886, I, p 177.

1887.

Cass. crim., 26 février 1887, *Viguiet*, *S.*, 1888, I, p 141.

Cass. crim., 13 mai 1887, *S.*, 1887, I, p 336.

1888.

Cass. crim., 2 juin et 3 août 1888, *D.P.*, 1888, I, p 441

Cass., 16 février 1888, *Journal du droit administratif*, juin 1888, p 237.

Cass. crim., 20 janvier 1888, *Deleuze*, *S.*, 1888, I, p 141.

Cass. req., 21 février 1833, *Dumonteil c/ Dumonteil fils*, *Rep Dalloz*, tome 14, 1853, p 751.

Cass. crim., 20 janvier 1888, *Deleuze*, *S.*, 1888, I, p 141.

1896.

Cass. crim., 23 janvier 1896, *Monot*, *S.*, 1898, I, p 297.

1897.

Cass. crim., 27 novembre 1897, *Suchet*, *S.*, 1898, I, p 160.

Cass. crim., 12 février 1897, *Mousset*, *Gleron et autres*, *S.*, 1898, I, p 249.

1899.

Cass. crim., 1^{er} décembre 1899, *Laborde*, *S.*, 1902, I, p 303.

1900.

Cass. crim., 12 janvier 1900, *Suchet*, *S.*, 1902, I, p 303.

1902.

Cass. crim., 17 juillet 1902, *Jourdet*, *D.P.*, 1903, I, p 225.

1903.

Cass. crim., 17 juin 1903, *Galleron*, *Mangin*, *Aufnan*, *S.*, 1906, I, p 157.

1904.

Cass. crim., 11 juillet 1904, *DP*, 1904, I, p 597.

1906.

Cass. Crim., 23 novembre 1906, *Corcuff*, *S.*, 1907, I, p 479.

1907.

Cass. crim., 26 Avril 1907, *Abbé Olivier*, *D.P.*, 1910, I, p 381.

Cass. crim., 21 décembre 1907, *Min. publ. c/ Richon*, *D.P.*, 1909, I, p 162.

Cass. crim., 7 décembre 1907, *Ducreux et Mouterde*, *D.P.*, 1909, I, p 162.

1908.

Cass. Crim., 28 février 1908, *Abbé Olivier*, *S.*, 1909, I, p 43.

Tribunal civil de Bastia, 17 février 1908, *D.P.*, 1908, II, p 91.

Cass. crim., 25 juillet 1908, *S.*, 1909, I, p 5.

Cass. crim., 19 décembre 1908, *D.P.*, 1911, I, p 419.

Cass. Crim., 12 mars 1908, *D.P.*, 1910, I, p 381.

1909.

Cass. Crim., 9 avril 1909, *Giraud*, *S.*, 1909, I, p 535.

Cass. crim., 1^{er} juillet 1909, *R.O.D.R.*, 1909, p 434.

CA Bourges, 16 juin 1909, *Abbé Bourdier*, *S.*, 1909, II, p 241.

CA Poitiers, 27 décembre 1909, *D.P.*, 1911, I, p 108

CA Agen, 19 juillet 1909, *Abbé Cardonne*, *R.O.D.R.*, 1909, p 474.

Cass. req., 3 novembre 1909, *D.P.*, 1910, I, p 366.

Tribunal civil de Ribérac, 3 juillet 1909, *Abbé Capoul*, *R.O.D.R.*, 1909, p 412.

CA Bourges, 16 juin 1909, *D.P.*, 1910, II, p 28.

Tribunal civil de Ribérac, 3 juin 1909, *Abbé Capoul c/ Guionie et autres*, *D.P.*, 1910, I, p 34

1910.

CA Pau, 27 juin 1910, *D.P.*, 1911, II, p 120.

Cass. crim., 1^{er} décembre 1910, *Ministère public c/ Abbé Galin et demoiselle Etcheçaharreta*, *S.*, 1911, I, p 345..

Tribunal civil d'Angoulême, 22 juin 1910 ; Tribunal civil de Châtillon-sur-Seine, 12 juillet 1910, *D.P.*, 1911, II, p 112.

Cass. crim., 30 juillet 1910, *S.*, 1910, I, p 472.

Cass. crim., 7 février 1910, *D.P.*, 1911, I, p 126.

Cass. crim., 7 janvier 1910, *S.*, 1910, I, p 472.

CA Agen, 27 juin 1910, *Abbé Habiague*, *D.P.*, 1911, I, p 120.

Tribunal civil de Moissac, 20 juin 1910, *Abbé Lacroix*, *D.P.*, 1911, II, p 105.

1911.

Cass. civ., 29 et 30 mai 1911, *D.P.*, 1911, I, p 353.
 Cass. crim., 28 octobre 1911, *Nembrard, R.G.A.*,
 1912, II, p 317.
 CA Pau, 15 mars 1911, *R.O.D.R.*, 1911, p 240.
 CA Bordeaux, 29 mars 1911, *Abbé Chaumette,*
D.P., 1914, II, p 33.

1912.

Cass. civ., 5 février 1912, *Abbé Colonna, S.*, 1913,
 I, p 351.

1914.

Tribunal civil de Lyon, 31 mars 1914, *Abbés Jolivet*
et Desaintjean, R.O.D.R., 1914, p 412.

2. Arrêts du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits.

1829.

CE, 21 janvier 1829, *Brière, Rec.*, p 14.

1832.

CE, 24 août 1832, *Thévenard c/ Ministre des*
finances, Rec., p 513.
 CE, 28 décembre 1832, *Garde nationale de Paris,*
Rec., p 736.

1833.

CE, 22 mars 1833, *Dailly et consorts, Rec.*, p 175.

1842.

CE, 1^{er} mars 1842, *Curé de Sainte-Bénigne c/*
Commissaire de police de Dijon, S., 1842, II, p 278.

1845.

CE, 4 avril 1845, *Barsalon, Rec.*, p 173.

1846.

CE, 30 mars 1846, *Pertuzon, D.P.*, 1846, III, p 129.

1847.

CE, 31 mars 1847, *Balias de Soubran et Casse,*
Rec., p 175.

1852.

CE, 13 mars 1852, *Mercier, Rec.*, p 30.

1853.

CE, 6 mai 1853, *Perrache, Rec.*, p 500.
 CE, 22 décembre 1853, *Taillet, Rec.*, p 1093.

1856.

CE, 6 mars 1856, *Baril, Rec.*, p 178.
 CE, 24 janvier 1856, *Canal de la Durançole, Rec.*,
 p 69.

1859.

CE, 28 juillet 1859, *Gaz de Saint-Quentin, Rec.*, p
 533.
 CE, 1^{er} décembre 1859, *Bonnard, S.*, 1860, II, p
 395.

1860.

CE, 19 juillet 1860, *Port de Bercy, Rec.*, p 562.
 CE, 18 juin 1860, *Compagnie de la Ricamarie,*
Rec., p 485.

1861.

CE, 30 mai 1861, *Couppé d'Aboville, Rec.*, p 452.
 CE, 31 août 1861, *Appay, Rec.*, p 785.

1862.

CE, 17 juillet 1862, *Larnac, Rec.*, p 575.
 CE, 26 décembre 1862, *Larbaud, Rec.*, p 863.
 CE, 5 avril 1862, *Lebrun, Rec.*, p 289.
 CE, 22 mai 1862, *Bonnet, Rec.*, p 416.

1863.

CE, 27 mai 1863, *Drillet de Lannigou, Rec.*, p 471.
 CE, 3 décembre 1863, *Meurillon, Rec.*, p 797.
 CE, 16 décembre 1863, *Ville de Ham, Rec.*, p 807.
 CE, 30 avril 1863, *Bourgeois, Rec.*, p 404.
 CE, 27 mai 1863, *Avenet, Rec.*, p 445.

1864.

CE, 28 juillet 1864, *Bandy de Nalèche, Rec.*, p 695.

CE, 23 janvier 1864, *Petit-Colas, Rec.*, p 51.
 CE, 21 juillet 1864, *Académie des Beaux-Arts, Rec.*, p 681.
 CE, 8 février 1864, *Journal le Globe, Rec.*, p 105.
 CE, 10 mars 1864, *Jolly, Rec.*, p 232.
 CE, 28 janvier 1864, *Anglade, Rec.*, p 77.
 CE, 14 avril 1864, *Laville, Rec.*, p 339.
 CE, 25 février 1864, *Lesbats, Rec.*, p 209.

1865.

CE, 15 décembre 1865, *Fabrique de Saint-Martin, Rec.*, p 986
 CE, 9 février 1865, *D'Andigné de Resteau, Rec.*, p 171,
 CE, 14 août 1865, *Habitants de Richelieu, Rec.*, p 797.
 CE, 17 janvier 1868, *Coget, Rec.*, p 48.
 CE, 14 août 1865, *Courrier du Dimanche, Rec.*, p 823.
 CE, 19 mai 1865, *Barthélémy, Rec.*, p 537.
 CE, 31 mars 1865, *Poncelet, Rec.*, p 380.
 CE, 5 mai 1865, *Gibault, Rec.*, p 394.
 CE, 22 avril 1865, *Brussant, Rec.*, p 449.

1866.

CE, 28 mai 1866, *Blondeau, Rec.*, p 519.
 CE, 12 juillet 1866, *Follin, Rec.*, p 815.
 CE, 13 décembre 1866, *Richet et Coicaud (2 esp.), Rec.*, p 1150.
 CE, 28 février 1866, *Lavenant, Rec.*, p 175.
 CE, 11 janvier 1866, *Chabanne, Rec.*, p 21.
 CE, 9 mai 1866, *Rouillon, Rec.*, p 466.

1867.

CE, 7 mai 1867, *Commune De Saint-Jean-d'Angély, Rec.*, p 443.
 CE, 20 juin 1867, *Abbé Roy, Rec.*, p 585.
 CE, 13 mars 1867, *Bizet, Rec.*, p 272.
 CE, 25 mars 1867, *Valleran, Rec.*, p 310.
 CE, 21 mai 1867, *Cardeau, Rec.*, p 498.
 CE, 30 mars 1867, *Leneveu, Rec.*, p 316.
 CE, 7 mai 1867, *Sallard, Rec.*, p 439.

1868.

CE, 8 février 1868, *Jousseau, Rec.*, p 137.
 CE, 20 février 1868, *Couder et autres, S.*, 1868, III, p 93.

1869.

CE, 4 février 1869, *Boulangers de Montluçon, Rec.*, p 95.
 CE, 19 décembre 1869, *Ridel, Rec.*, p 1053.
 CE, 15 mai 1869, *Commune de Petite-Synthe, Rec.*, p 469.

CE, 10 juillet 1869, *Pharmaciens de Strasbourg, Rec.*, p 680.

CE, 7 janvier 1869, *Commune de Bourg-le-Roi, Rec.*, p 17.

CE, 10 février 1869, *Commune de Tromarey, Rec.*, p 137.

1872.

CE, 20 décembre 1872, *Fresneau, S.*, 1872, II, p 224.

CE, 13 mars 1872, *Tamelier, Rec.*, p 152.

CE, 20 décembre 1872, *Billette, S.*, 1874, II, p 222.

CE, 15 novembre 1872, *De Carrey de Bellemare, Rec.*, p 591.

1873.

CE, 30 mai 1873, *Burgues, Rec.*, p 491.

CE, 5 décembre 1873, *Lièvre, Rec.*, p 886.

CE, 25 avril 1873, *Van-Robais, Rec.*, p 348.

1874.

CE, 5 juin 1874, *Chéron, Véron et autres, Rec.*, p 515.

CE, 6 février 1874, *Hanin, Rec.*, p 121.

CE, 26 juin 1874, *Lacampagne c/ la chambre syndicale des courtiers interprètes et conducteurs de navires de Bordeaux, Rec.*, p 603.

1875.

CE, 26 novembre 1875, *Pariset et Laumonier-Carriol, Rec.*, p 936.

CE, 23 avril 1875, *Bélamy, Rec.*, p 376.

CE, 15 janvier 1875, *Ballue, Rec.*, p 44.

CE, 12 novembre 1875, *Barbe, Rec.*, p 888.

CE, 3 décembre 1875, *Clairouin, Rec.*, p 951.

CE, 11 juin 1875, *Hallé et autres, Rec.*, p 558.

1876.

CE, 25 mai 1876, *Baudoin, Rec.*, p 492.

CE, 14 janvier 1876, *Dame veuve Regnault, Rec.*, p 30.

CE, 25 février 1876, *Deboys d'Angers, Gendrin et autres c/ Lesage et cie, Rec.*, p 191.

CE, 22 décembre 1876, *Abbé Badaroux, Rec.*, p 919.

CE, 4 août 1876, *Courage du Parc, Rec.*, p 782.

1877.

CE, 30 novembre 1877, *De Seré, Rec.*, p 944.

1878.

TC, 28 décembre 1878, *Institut des frères des écoles chrétiennes c/ Ville de Montereau, D.P.*, 1879, III, p 65.

CE, 8 février 1878, *Chemin de fers de Lyon, Rec.*, p 615.

1879.

CE, 21 mars 1879, *Taddéi, Rec.*, p 233.

CE, 12 août 1879, *Giroud-Dargoud, Rec.*, p 606.

CE, 17 janvier 1879, *Spindler, Rec.*, p 8.

CE, 9 décembre 1879, *Dame Thomas et autres, Rec.*, p 795.

TC, 11 janvier 1879, *Institut des frères des écoles chrétiennes c/ Ville de Blois, D.P.*, 1879, III, p 66

TC, 11 janvier 1879, *Institut des frères des écoles chrétiennes c/ Commune de Lambézellec, D.P.*, 1879, III, p 66.

CE, 23 mai 1879, *Evêque de Fréjus et de Toulon, Rec.*, p 407.

1880.

CE, 26 janvier 1880, *Durruty et consorts c/ le maire d'Hendaye, Rec.*, p 1097.

CE, 17 août 1880, *Commissaire de police du canton des Ponts-de-Cé et préfet de Maine-et-Loire c/ Pineau, desservant de Saint-Mélaines, Rec.*, p 1098.

CE, 17 août 1880, *Pineau, desservant de Sainte-Méline, S.*, 1882, III, p 13.

CE, 13 avril 1881, *Bansais, Rec.*, p 431.

CE, 12 mars 1880, *Daney de Marcillac, Rec.*, p 266.

CE, 20 février 1880, *Carrière, Rec.*, p 187.

CE, 13 février 1880, *Ville de Saint-Denis, Rec.*, p 158.

CE, 16 janvier 1880, *Le Goff et autres, Rec.*, p 40.

TC, 5 novembre 1880, *Marquigny et autres c/ Cambon et Mornave, D.P.*, 1880, III, p 121.

TC, 5 novembre 1880, *Bouffier et autres c/ Fache et Schnerb, D.P.*, 1880, p 128.

CE, 17 août 1880, *Préfet de Maine-et-Loire c/ Pineau, Rec.*, p 1099.

TC, 22 décembre 1880, *Roucanière c/ préfet de la Gironde et commissaire central de Bordeaux, Rec.*, p 1040.

CE, 25 juin 1880, *Cazaneuve, Pellatan, Régis et autres, Rec.*, p 588.

CE, 16 janvier 1880, *Barbarin et Créquer (2 esp.), Rec.*, p 56.

CE, 14 mars 1890, *Commune et fabrique de Bignan, Rec.*, p 274.

CE, 30 avril 1880, *Harouet, Rec.*, p 419.

CE, 17 août 1880, *Préfet de Maine-et-Loire c/ Hummeau, desservant de Chigné, Rec.*, p 1100.

CE, 17 août 1880, *Préfet de l'Allier c/ le sieur Ogerdias, curé de Souvigny, Rec.*, p 1100.

CE, 23 juillet 1880, *Gâches, Julien et autres c/ le consistoire de Vianes, Rec.*, p 675.

1881.

TC, 2 avril 1881, *Beaupertuis c/ Carmes, D.P.*, 1882, III, p 74.

CE, 17 mars 1881, *Bertheley c/ Abbé Guy, Rec.*, p 1059.

CE, 24 juin 1881, *Bougard, Rec.*, p 649.

CE, 9 juillet 1881, *Préfet du Var c/ sieur Maunier, Rec.*, p 1060

1882.

CE, 10 mars 1882, *Duval, D.P.*, 1883, III, p 73.

CE, 27 juillet 1882, *41 habitants de Rouen c/ maire de Rouen, Rec.*, p 1092.

CE, 8 août 1882, *Pergod, curé de Samoëns et évêque d'Annecy, Rec.*, p 789.

CE, 10 mars 1882, *Duval et autres riverains de la basse Seine, D.P.*, 1883, III, p 73.

1883.

TC, 13 janvier 1883, *Muller et Derieu c/ Ville de Paris, Rec.*, p 49.

CE, 28 avril 1883, *Ministre de la justice c/ évêque d'Annecy, de Langres, de Viviers, l'archevêque d'Albi, l'évêque de Valence, Rec.*, p 990

CE, 29 juin 1883, *Archevêque de Sens, Rec.*, p 597.

CE, 20 juillet 1883, *Du Lac, Rec.*, p 669.

TC, 14 avril 1883, *Freppel, évêque d'Anger c/ Devanlay, Rec.*, p 357.

TC, 15 décembre 1883, *Fonteny c/ Boisard, Rec.*, p 940.

CE, 23 février 1883, *Dame Sarlandie, Rec.*, p 208.

CE, 12 janvier 1883, *Matussière, Rec.*, p 32.

CE, 16 février 1883, *Sieur Poggi et consorts c/ le maire d'Eccica-Suarella, Rec.*, p 990.

1884.

CE, 19 janvier 1884, *Belleau, Rec.*, p 47.

CE, 31 mars 1884, *Ministre de la justice et des cultes c/ l'évêque d'Angers, Rec.*, p 979.

CE, 5 avril 1884, *Compagnie parisienne du Gaz, Rec.*, p 287.

CE, 21 novembre 1884, *Conseil de fabrique de l'église Saint-Nicolas-des-Champs, Rec.*, p 803.

1885.

CE, 24 juillet 1885, *Abbé Arnoult, curé de Castillon c/ le maire de ladite commune, Rec.*, p 1025.

CE, 13 mars 1885, *Vignet, Rec.*, p 296.

CE, 13 novembre 1885, *Passerat de La Chapelle, Rec.*, p 836.

CE, 38 mars 1885, *Languellier, Rec.*, p 388.

1886.

CE, 24 mars 1886, *Ministre des cultes c/ l'évêque de Saint-Dié*, Rec., p 950.

CE, 9 mars 1886, *Costes, Durand et autres*, Rec., p 260.

CE, 17 août 1886, *Préfet de Loire-et-Cher c/ desservant de Lunay*, Rec., p 951.

CE, 29 janvier 1886, *Maire de Wassy*, S., 1887, III, p 46.

CE, 9 avril 1886, *Argellier, Merlat, Soviche*, Rec., p 310.

TC, 13 mars 1886, *Abbé Glena*, Rec, p 240.

1887.

CE, 30 janvier 1887, *Le préfet du Var c/ le maire de la Garde-Freinet*, Rec., p 894.

CE, 15 juillet 1887, *Hême et autres*, Rec., p 574.

CE, 25 mars 1887, *Syndicat des propriétaires des Bains de Paris et du département de la Seine*, Rec., p 255.

CE, 11 novembre 1887, *Lefebvre*, S., 1889, III, p 48.

CE, 14 janvier 1887, *Société de l'Union des gaz*, Rec., p 43.

CE, 20 mai 1887, *Henri d'Orléans, duc d'Aumale et autres C/ ministre de la guerre*, Rec., p 409.

1888.

CE, 6 juillet 1888, *Albert Armand et Chevenaz, président du conseil d'administration et directeur du journal le Soleil du Midi*, Rec., p 602.

CE, 11 novembre 1887, *Lefebvre (pour Delepouve)*, Rec., p 696.

CE, 6 janvier 1888, *Salle*, Rec., p 1.

CE, 7 décembre 1888, *Ponthas*, D.P., 1890, III, p 9.

1889.

CE, 5 avril 1889, *Société philanthropique de Marans*, D.P., 1890, III, p 76.

CE, 1^{er} février 1889, *Sailhol et Gléna*, Rec., p 118.

1890.

CE, 30 janvier 1890, *Commune de Boulogne-sur-Seine*, Rec., p 53.

CE, 23 mai 1890, *Préfet de l'Isère ès qualité c/ Société du pont de Condrieu*, Rec., p 529.

CE, 16 mai 1890, *Commune de Saint-Jean-le-Vieux*, Rec., p 494.

CE, 20 février 1890, *Ville de Muret, Ville de Vitré, Ville de Nantes*, S., 1893, III, p 24.

CE, 24 janvier 1890, *Drouet*, Rec., p 73.

CE, 27 juin 1890, *Commune d'Haussonvillers*, Rec., p 617.

1891.

CE, 16 janvier 1891, *Palfray*, Rec., p 3.

CE, 17 juillet 1891, *Commune de Saint-Michel-en-l'Herne*, S., 1893, III, p 89.

1892.

CE, 8 juillet 1892, *Albouy et fabrique de Saint-Sernin de Toulouse*, S., 1894, III, p 81.

CE, 1^{er} avril 1892, *Commune de Montreuil-sous-Bois*, S., 1894, III, p 25.

CE, 8 juillet 1892, *Ville de Chartre*, S., 1894, III, p 64.

CE, 5 février 1892, *Courmont*, S., 1893, III, p 157.

CE, 13 juillet 1892, *Bidault*, Rec., p 615.

1893.

CE, 17 novembre 1893, *Commune de Lavardin*, S., 1895, III, p 73.

CE, 27 janvier 1893, *Laruelle*, Rec., p 72.

CE, 17 novembre 1893, *Commune de Quillebeuf*, Rec., p 750.

CE, 10 février 1893, *Bied-Charenton* et 10 mars 1893, *Poisson*, S., 1894, III, p 129.

CE, 22 décembre 1893, *Dame de Rambourgt*, Rec., p 856.

CE, 19 mai 1893, *Commune de Lescar*, S., 1895, III, p 36.

1894.

CE, 3 mars 1894, *Abbé Iteney c/ maire de Saint-Denis*, Rec., p 754.

CE, 4 mai 1894, *Commune de Nontron*, S., 1896, III, p 70.

CE, 16 novembre 1894, *Brault*, Rec., p 595.

1895.

CE, 28 juillet 1895, *Saint-Geoirs*, Rec., p 895.

CE, 13 août 1895, *Abbé Liénard*, Rec., p 895.

CE, 15 février 1895, *Tostain, Leboucher et autres*, Rec., p 150.

CE, 22 février 1895, *Dubourg*, Rec., p 183.

CE, 28 juillet 1895, *Wirth et consorts*, Rec., p 893.

CE, 13 août 1895, *Abbé Lesage, Berteaux et autres, à Roubaix*, Rec., p 896.

CE, 26 juillet 1895, *Genevay-Montax*, Rec., p 615.

CE, 31 mai 1895, *Commune de Pithiviers*, Rec., p 466.

1896.

CE, 6 février 1896, *Abbé Charbonneau, curé de Bressuire*, Rec., p 913.

CE, 6 février 1896, *Abbé Rambaud, curé de Saint-Pierre-de-Tonniens*, Rec., p 914 ;

CE, 7 août 1896, *Abbé Breteaux et autres, curés de Roubaix et de Lille et Mgr l'archevêque de Cambrai*, Rec., p 915.

CE, 27 février 1896, *Abbé Lafarge, desservant de Chantenay-Saint-Imbert*, Rec., p 915.

1897.

CE, 22 janvier 1897, *Compagnie générale des omnibus*, Rec., p 46.

CE, 11 juillet 1897, *Garde des sceaux, ministre de la justice et des cultes c/ l'évêque de Nevers*, Rec., p 865.

CE, 26 juin 1897, *Garde des sceaux, ministre de la justice et des cultes c/ l'évêque de Clermont*, Rec., p 864.

CE, 10 janvier 1897, *Sieur de Finance et autres c/ le maire de Moulins*, Rec., p 861.

CE, 10 janvier 1897, *L'abbé Moeris c/ le maire de Provins*, Rec., p 863.

CE, 24 mars 1897, *L'abbé Bailly c/ le maire de Douzy*, Rec., p 863.

CE, 22 mai 1897, *Abbé Verrière et autres c/ le maire de Condrieu*, Rec., p 863.

CE, 10 janvier 1897, *L'abbé Caudron c/ le maire de Grez-sur-Loing*, Rec., p 862.

1898.

CE, 23 juillet 1898, *Abbé Valeron et autres c/ le maire de Poitiers*, Rec., p 870.

CE, 4 février 1898 et 18 mars 1899, *T. et Nonalhier ; les gardes-faisans et les cliniques de tuberculeux*, S., 1899, III, p 1.

CE, 18 février 1898, *Barthelon*, Rec., p 129.

CE, 1^{er} avril 1898, *Pillou de Saint-Philibert*, Rec., p 273

TC, 26 mars 1898, *Fabrique de Saint-Donan c/ Illien et commune de Saint-Donan*, Maurice Hauriou, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits*, II, 1929, rééd, La Mémoire du droit, 2000, p 56 et s.

1899.

CE, 8 décembre 1899, *Ville d'Avignon*, Rec., p 719.

CE, 17 novembre 1899, *D'Argent de Deux-Fontaines*, S., 1902, III, p 19.

TC, 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac c/ Ducornot*, S., 1900, III, p 49.

CE, 24 mars 1899, *Syndicat des bouchers de Bolbec*, Rec., p 241.

CE, 22 novembre 1889, *Lamarque*, Rec., p 1064.

CE, 27 janvier 1899, *Commune de Blanzac*, Rec., p 55.

1900.

CE, 29 juin 1900, *Syndicat agricole d'Herblay*, Rec., p 441.

CE, 21 décembre 1900, *Trotin et autres*, S., 1903, III, p 57.

CE, 6 août 1900, *Commune de Jargeau*, Rec., p 270.

CE, 9 mars 1900, *Héritiers Bouchers d'Argis et Syndicat des propriétés immobilières de la ville de Paris*, S., 1901, III, p 1

CE, 16 novembre 1900, *Maugras*, S., 1901, III, p 57.

1901.

CE, 15 mars 1901, *Sieur Lecointre et Renouard*, Rec., p 291

CE, 10 juin 1901, *Abbé Marchand c/ maire de Delle*, Rec., p 971.

CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec., p 333.

CE, 20 décembre 1901, *Ministre de l'intérieur et des cultes c/ M. Isoard, évêque d'Annecy*, Rec., p 885.

1902.

CE, 21 février 1902, *Demoiselle Robin c/ préfet de la Haute-Vienne*, Rec., p 812.

CE, 21 février 1902, *Demoiselle Robin c/ préfet de la Haute-Vienne*, Rec., p 812.

CE, 18 avril 1902, *Commune de Nérès-les-Bains*, Rec., p 275.

CE, 10 mars 1905, *Dame Mac-Donnel*, Rec., p 241.

TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière Saint-Just*, Rec., p 713.

CE, 18 avril 1902, *Commune de Nérès-les-Bains*, Rec., p 275.

CE, 21 février 1902, *M. Lecoq-Maisonnette, curé de Ploëuc c/ le préfet des Côtes-du-Nord*, Rec., p 813.

CE, 31 janvier 1902, *Graziotti*, S., 1903, III, p 113.

1903.

CE, 14 août 1903, *MM. Jourdain, Tison et autres c/ maire de Denain*, Rec., p 854.

CE, 30 novembre 1903, *Abbé Clément C/ maire de Saint-Roman-de-Malegarge*, Rec., p 855.

CE, 1^{er} mai 1903, *Bergeon, Dalle et autres*, S., 1905, III, p 1,

CE, 24 juillet 1903, *Commune de Massat*, Rec., p 556.

CE, 7 août 1903, *Chabot*, Rec., p 620.

CE, 11 décembre 1903, *Lot et Molinier*, S., 1904, III, p 113.

CE, 22 mai 1903, *Caisse des écoles du VI^e arrondissement de Paris, Fourcade, Dareste et autres*, Rec., p 397.

CE, 24 juillet 1903, *Commune de Massat*, Rec., p 556.

CE, 20 juin 1903, *Demoiselle Lebas et dame veuve Tourangin*, Rec., p 480.

CE, 20 juin 1903, *Le Conte et Drouet De Montgermont*, Rec., p 462.

CE, 25 mars 1903, *MM. Fusier, curé de Morez et Victor et Henri Tournier c/ préfet du Jura*, Rec., p 853.

CE, 31 juillet 1903, *Commune de Wavrin, Rec.*, p 593.

1904.

CE, 20 février 1904, *Abbé Pierrard, desservant de l'église de Château-Regnault-Bogny c/ un arrêté du maire de cette commune, Rec.*, p 895.

CE, 18 mars 1904, *Savary, Rec.*, p 232.

CE, 4 mars 1904, *Abbé Grall et demoiselle L'Heerac, D.P.*, 1905, III, p 66.

CE, 22 avril 1904, *Ministre de l'intérieur et des cultes c/ les archevêques de Paris, Reims, Lyon et Toulouse, Rec.*, p 897.

CE, 10 juin 1904, *Société des forges et verreries de Saint-Hippolyte, D.P.*, 1905, III, p 66.

CE, 25 mars 1904, *Sieur Hombert-Faure, Rec.*, p 265.

CE, 1^{er} juillet 1904, *Association charitable de Sainte-Marie-des-Batignolles, société immobilière des écoles de Sainte-Marie-des-Batignolles et dame Duon, Rec.*, p 532.

CE, 29 juillet 1904, *Sieur Renault, Rec.*, p 638.

CE, 29 février 1904, *Abbés Gilmer et autres c/ un arrêté du maire de Nouzon, Rec.*, p 895.

CE, 9 février 1904, *Abbés Poirier, curé de Bonny, et Berthier, vicaire c/ un arrêté du maire de Bonny, Rec.*, p 896

1905.

CE, 3 février 1905, *Storch, Rec.*, p 116.

CE, 4 août 1905, *Martin, Rec.*, p 749.

1906.

CE, 19 janvier 1906, *Verger, Rec.*, p 1000.

CE, 23 février 1906, *Dame Aunillon, supérieure des Bénédictines de Notre-Dame-du-Calvaire de Poitiers, Rec.*, p 178.

CE, 28 décembre 1906, *Chambre syndicale des patrons coiffeurs de Limoges, Rec.*, p 984.

CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, S.*, 1907, III, p 33.

CE, 27 juillet 1906, *Commune de Magny-les-Jussey, Rec.*, p 685.

CE, 30 novembre 1906, *Denis et Rage-Roblot, S.*, 1907, III, p 17.

CE, 21 décembre 1906, *Caisse de secours en faveur des prêtres âgés ou infirmes du diocèse de Gap, Rec.*, p 942.

CE, 21 décembre 1906, *Commune de Domérat, S.*, 1909, III, p 47.

CE, 6 avril 1906, *Communauté des Sœurs de la Visitation Sainte-Marie à Paris, Rec.*, p 329.

CE, 23 novembre 1906, *Sœurs de la Visitation de Limoges, Rec.*, p 833.

CE, 30 novembre 1906, *Jacquin et autres (11 espèces), Rec.*, p 863.

1907.

CE, 2 août 1907, *Abbé Garcin, S.*, 1909, III, p 1.

CE, 28 juin 1907, *Congrégation des Sœurs du Saint-Nom de Joseph de Mailhac, Rec.*, p 607.

CE, 21 juin 1907, *Commune de Lagniole, Rec.*, p 570.

TC, 8 juin 1907, *Abbé Brunner c/ Séquestre du petit séminaire de Nice, Rec.*, p 538.

TC, 25 avril 1907, *Dor et Estinès c/ Séquestre du petit séminaire de Polignan, Rec.*, p 382.

CE, 16 mars 1907, *Saunier, D.P.*, 1908, III, p 90.

CE, 22 novembre 1907, *Abbé Voituret, D.P.*, 1909, III, p 33.

TC, 23 mars 1907, *Evêque de Nice c/ Préfet des Alpes-Maritimes et Joly, D.P.*, 1907, III, p 73

TC, 20 avril 1907, *Basse c/ Directeur général de l'enregistrement et Monatte, D.P.*, 1907, III, p 74.

TC, 2 mai 1907, *Astier et Mouraret et société nationale d'éducation de Lyon c/ séquestre du petit séminaire d'Aubenas, Abbé Septfons c/ séquestre du grand séminaire de Viviers, Abbé Bertelin c/ séquestre du petit séminaire du Troyes, Philip c/ séquestre du petit séminaire d'Aix, Rec.*, p 397.

TC, 7 décembre 1907, *Demoiselle Le Coz c/ Dame Le Bihan, D.P.*, 1908, III, p 33.

CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est, Rec.*, p 915.

1908.

CE, 14 février 1908, *Abbé Valette, S.*, 1909, III, p 1.

CE, 11 décembre 1908, *Association professionnelle des employés civils de l'administration centrale du ministère des colonies c/ Depasse, S.*, 1909, III, p 17.

CE, 10 juillet 1908, *Commune de Randon, S.*, 1910, III, p 149.

CE, 8 février 1908, *Abbé Deliard, D.P.*, 1909, III, p 33.

TC, 28 mars 1908, *Abbé Lalisce c/ séquestre de la mense succursale de Boussorp, Rec.*, p 331.

TC, 29 février 1908, *Abbé Brunet et Bel c/ séquestre des biens de la fabrique et de la mense de Combret, Rec.*, p 206.

CE, 11 janvier 1908, *Guérin et Dufour (2 espèces), D.P.*, 1909, III, p 86.

CE, 26 décembre 1908, *D.P.*, 1910, III, p 70.

TC, 2 juin 1908, *Girodet et Morizot, D.P.*, 1908, III, p 57.

CE, 10 juillet 1908, *Congrégation des Dames de l'Assomption*, et CE, 5 août 1908, *Communauté des religieuses de la Visitation de Saint-Marcellin, D.P.*, 1910, III, p 38.

CE, 5 août 1908, *Communauté des religieuses de la Visitation de Saint-Marcellin, D.P.*, 1910, III, p 38.

CE, 20 mars 1908, *Société de Marie, Rec.*, p 282.

CE, 21 mars 1908, *D.P.*, 1909, III, p 108.
 CE, 5 août 1908, *Morel et autres ; Leclercq et Gruson ; Braux et autres ; Leclercq et Gruson (4 espèces)*, *Rec.*, p 858.
 CE, 28 juin 1908, *Daroux, S.*, 1909, III, p 129.
 CE, 14 février 1908, *Sieur Abbé Valette, Rec.*, p 143.

1909.

CE, 12 février 1909, *Abbé Rimbaud, Rec.*, p 157.
 CE, 19 novembre 1909, *Georget et Héroux, Rec.*, p 887.
 CE, 19 mars 1909, *Abbé Deguille, Rec.*, p 311.
 CE, 23 juillet 1909, *Commune de Cotignac, Rec.*, p 727.
 CE, 24 décembre 1909, *Commune de Sarzeau, S.*, 1911, III, p 82.
 CE, 12 mars 1909, *Commune de Charmauvillers, D.P.*, 1910, III, p 97.
 CE, 15 janvier 1909, *Commune de Gaudonville et commune de Brugnes, D.P.*, 1910, III, p 97.
 CE, 23 juillet 1909, *Société nationale d'éducation de Lyon, S.*, 1911, III, p 36.
 CE, 12 février 1909, *Caisse de secours du diocèse d'Angoulême et caisse de secours du diocèse de Moulins, Rec.*, p 160
 CE, 19 février 1909, *Congrégation des Dames de la Retraite de Vannes, D.P.*, 1910, III, p 110.
 CE, 15 janvier 1909, *Sieur Ginestet, Rec.*, p 39.
 CE, 2 juillet 1909, *Cardinal Richard, archevêque de Paris, S.*, 1912, III, p 24.
 CE, 2 avril 1909, *Caisse de retraites des prêtres âgés et infirmes du diocèse de Grenoble, Rec.*, p 389.
 CE, 21 mai 1909, *Commune de Saint-Michel-de-Volangis, S.*, 1911, III, p 159.
 CE, 12 mars 1909, *Commune de Triconville, D.P.*, 1910, III, p 98.
 CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier et autres c/ Maire de Sens, D.P.*, 1910, III, p 121.
 CE, 30 juillet 1909, *Abbé Jourdan et autres c/ maire de Besse, Rec.*, p 781.

1910.

CE, 29 juillet 1910, *Miniac, Renault et Mulot, Rec.*, p 648.
 CE, 30 décembre 1910, *Abbé Prat et autres, Rec.*, p 1039.
 CE, 16 décembre 1910, *Commune de Saint-Marc, Rec.*, p 957.
 CE, 18 novembre 1910, *Abbé Vertu, Rec.*, p 799.
 CE, 16 décembre 1910, *Commune de Trainel, D.P.*, 1913, III, p 8.
 CE, 21 janvier 1910, *Gonot, curé de Perrigny-sur-Armançon, Rec.*, p 49.
 CE, 4 mars 1910, *Abbé Gérard, Rec.*, p 192.

CE, 27 mai 1910, *Congrégation des Filles de la Charité de Saint-Vincent-de-Paul, D.P.*, 1912, III, p 81.

CE, 22 avril 1910, *Commune de Saint-Aubin-Epinay, S.*, 1911, III, p 33.
 CE, 10 novembre 1910, *Commune de Saint-Blancard, S.*, 1912, III, p 1.
 CE, 16 décembre 1910, *Commune de Callian, Rec.*, p 976.
 CE, 22 avril 1910, *Commune de Labastide-Saint-Pierre, Rec.*, p 329.
 CE, 22 avril 1910, *Commune de Villards-sur-Thônes, S.*, 1911, III, p 33.
 CE, 9 décembre 1910, *Association culturelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande c/ Union consistoriale de l'Eglise évangélique luthérienne de Paris, Rec.*, p 907.
 TC, 22 avril 1910, *Préfet de la Côte-d'Or c/ Abbé Piment ; TC, 4 juin 1910, Préfet de l'Aisne c/ Abbé Mignon et autres, S.*, 1910, III, p 129,
 CE, 30 décembre 1910, *Ville de Nîmes c/ Association culturelle des israélites de Nîmes, Rec.*, p 130 ;
 TC, 4 juin 1910, *Préfet de l'Aisne c/ Abbé Migon et autres, S.*, 1910, III, p 129.
 CE, 29 juillet 1910, *Commune de Saint-Gilles, S.*, 1911, III, p 33.
 CE, 29 juillet 1910, *Commune de Mont-Lagor, S.*, 1911, III, p 33.
 CE, 11 novembre 1910, *Abbé Barthez, Rec.*, p 765.
 CE, 15 avril 1910, *Abbé Sellenet, Rec.*, p 309.
 CE, 8 juillet 1910, *Abbé Carlin, Rec.*, p 566.
 CE, 18 novembre 1910, *Abbé Vertu, Rec.*, p 799.

1911.

CE, 8 avril 1911, *Société d'éducation de Lyon, D.P.*, 1912, III, p 67.
 CE, 10 novembre 1911, *Lorillard, D.P.*, 1913, III, p 144.
 CE, 17 mars 1911, *Commune de Celles-sur-Plaine, D.P.*, 1912, III, p 48.
 CE, 11 décembre 1911, *Lot et Molinier (2 espèces), Rec.*, p 780.
 CE, 28 juillet 1911, *Rougegré c/ Association culturelle de Sains-lès-Fressin, D.P.*, 1912, III, p 97.
 CE, 17 mars 1911, *Abbé Hardel, Rec.*, p 350.
 CE, 8 avril 1911, *Abbé Anselme, Rec.*, p 464.
 CE, 17 février 1911, *Abbé Poirier, Rec.*, p 21.
 CE, 3 février 1911, *Bouvard, D.P.*, 1912, III, p 16.
 CE, 20 mai 1911, *Ferry, Rec.*, p 638.
 CE 10 novembre 1911 et 24 novembre 1911, *Commune de Saint-Blancard, S.*, 1912, III, p 1.
 CE, 7 avril 1911, *Commune de Saint-Cyr-de-Salerno, Rec.*, p 438.
 CE, 19 mai 1911, *Commune de Bonpère, D.P.*, 1912, III, p 104.
 CE, 17 mars 1911, *Abbé Bouchon et Hardel, D.P.*, 1913, III, p 57.

CE, 10 mars 1911, *Commune de Boujailles, S.*, 1912, III, p 41.
 CE, 13 janvier 1911, *Commune de Saint-Mard-de-Veaux, Rec.*, p 19.
 CE, 27 janvier 1911, *Richemont, Rec.*, p 109.
 CE, 23 juin 1911, *Larnaudie, Rec.*, p 712.
 CE, 10 mars 1911, *Abbé Delméjà, Rec.*, p 286.
 CE, 8 avril 1911, *Gaston David, Rec.*, p 460.
 CE, 8 avril 1911, *Abbé Anselme, Rec.*, p 464.
 CE, 20 janvier 1911, *Nicole et Vapereau, Rec.*, p 52.
 CE, 27 janvier 1911, *Abbé Norroy, Chalmaudron et autres, Rec.*, p 98.
 CE, 12 mai 1911, *Abbé Bourguignon, Rec.*, p 559.
 CE, 24 novembre 1911, *Seubes, Rec.*, p 1085.
 CE, 10 novembre 1911, *Sieurs Sancet, de Saint-Loup et Larrat, Rec.*, p 1000.
 CE, 28 juillet 1911, *Société musicale La Fraternelle, Rec.*, p 884.
 CE, 10 novembre 1911, *Société de tir et de préparation militaires « Les alpins », D.P.*, 1913, III, p 19.
 CE, 10 mars 1911, *Bourgoin, D.P.*, 1913, III, p 19.
 CE, 3 février 1911, *Boillot, D.P.*, 1913, III, p 19.
 CE, 15 décembre 1911, *De la Celle et autres, Rec.*, p 1200.
 CE, 8 avril 1911, *Abbé Pierre, Rec.*, p 465.
 CE, 8 avril 1911, *Puntous, D.P.*, 1913, III, p 19.
 CE, 26 mai 1911, *Commune de Heugas, Rec.*, p 624.
 CE, 2 juin 1911, *Abbé Soulié, Rec.*, p 667.
 CE, 26 mai 1911, *Sieur Durand, curé de Parizot, Rec.*, p 620.
 CE, 29 décembre 1911, *Abbé Courdurier, Rec.*, p 1259.
 CE, 3 février 1911, *Maillary, Rec.*, p 132.
 CE, 13 janvier 1911, *Abbé Bazergues, Rec.*, p 16.
 CE, 24 novembre 1911, *Alhine, D.P.*, 1913, III, p 143.
 CE, 17 mars 1911, *Bourgeois et autres, Rec.*, p 338.
 CE, 16 juin 1911, *Abbé Guyard, Rec.*, p 680.
 CE, 13 janvier 1911, *Abbé Savarin, Rec.*, p 17.
 CE, 1^{er} décembre 1911, *Abbé Tagournier, Rec.*, p 1122.
 CE, 28 juillet 1911, *Abbé Auzia et autres, Rec.*, p 885.
 CE, 10 mars 1911, *Pitre et autres, Rec.*, p 285.
 CE, 3 février 1911, *Maillary, Rec.*, p 132.
 CE, 20 janvier 1911, *Chapuis, Porteret et Pichon (3 espèces), S.*, 1911, III, p 49
 CE, 10 mars 1911, *Pitre et autres, Rec.*, p 285.
 CE, 8 avril 1911, *Abbé Pierre, Rec.*, p 465.

1912.

CE, 17 mai 1912, *Ravier du Magny, D.P.*, 1914, III, p 78.
 CE, 14 juin 1912, *Grillet de Lerry, Rec.*, p 667.
 CE, 1^{er} mars 1912, *Commune de Saint-Dézéry, Rec.*, p 299.

CE, 12 juillet 1912, *Abbé Perpère, S.*, 1913, III, p 169.
 CE, 15 novembre 1912, *Manissier et autres, Rec.*, p 1061.
 CE, 19 janvier 1912, *Nugues, Rec.*, p 81
 CE, 24 février 1912, *Abbé Sarralogue, Rec.*, p 7.
 CE, 12 janvier 1912, *Abbé Hugot, Rec.*, p 33.
 CE, 24 mai 1912, *Commune de Manigod, S.*, 1913, III, p 16.
 CE, 15 novembre 1912, *Commune de Fleurey-les-Lavoncourt, Rec.*, p 1053.
 CE, 2 août 1912, *Commune de Saint-Thibault, Rec.*, p 921.
 CE, 13 décembre 1912, *Commune de Montlaur, D.P.*, 1916, III, p 65.
 CE, 20 décembre 1912, *Abbé Desvals, D.P.*, 1914, III, p 11.
 CE, 14 juin 1912, *Fédération des professeurs de lycée, Rec.*, p 672.
 CE, 22 mars 1912, *Le Moign, Rec.*, p 414.
 CE, 9 février 1912, *Abbé Petit, Rec.*, p 186.
 CE, 6 août 1912, *Thiébaud, Rec.*, p 100.
 CE, 22 novembre 1912, *Abbé Plisson, Rec.*, p 1076.
 CE, 29 mars 1912, *Chauvières, Rec.*, p 446.
 CE, 12 janvier 1912, *Abbé Charmon, Rec.*, p 32.
 CE, 9 février 1912, *Abbé Petit, Rec.*, p 186.
 CE, 22 novembre 1912, *Abbé Plisson, Rec.*, p 1076/
 CE, 24 novembre 1912, *Somme, Rec.*, p 1086.
 CE, 12 janvier 1912, *Abbé Gernel, Rec.*, p 34.
 CE, 7 juin 1912, *Abbé Gary, Rec.*, p 641.
 CE, 8 mars 1912, *Abbé Canuel, Rec.*, p 328.
 CE, 28 juin 1912, *Boisselet, Rec.*, p 740.
 CE, 8 mars 1912, *Lafage et Schlemmer (2 espèces), S.*, 1913, III, p 7.
 CE, 12 janvier 1912, *Hugot, D.P.*, 1914, III, p 28.
 CE, 22 novembre 1912, *Abbé Dupuy, Rec.*, p 1074.
 CE, 2 août 1912, *Abbé Belleville, Rec.*, p 919.
 CE, 8 mars 1912, *Abbé Canuel, Rec.*, p 328.
 CE, 8 mars 1912, *Abbé Hachard, Rec.*, p 328.
 CE, 9 février 1912, *Beaudequin et autres, Rec.*, p 177.
 CE, 15 mars 1912, *Abbé Meurgey, Rec.*, p 372.
 CE, 2 février 1912, *Abbé Cartier, Rec.*, p 131.
 CE, 4 août 1913, *Abbé Poirier, Rec.*, p 963
 CE, 2 février 1912, *Abbé Cartier, Rec.*, p 130.
 CE, 15 mars 1912, *Abbé Meurgey, Rec.*, p 372 ;
 CE, 2 février 1912, *Abbé Broussard, Rec.*, p 131.
 CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre, Rec.*, p 553.
 CE, 8 mars 1912, *Lafage et Schlemmer (2 espèces), S.*, 1913, III, p 7.

1913.

CE, 4 août 1913, *Abbé Desvals, S.*, 1913, III, p 161.
 CE, 14 février 1913, *Guillon c/ association culturelle catholique de Saint-Georges, D.P.*, 1914, III, p 9.
 CE, 5 décembre 1913, *Abbé Langlois et autres, Rec.*, p 1212.

CE, 7 mars et 26 décembre 1913, *Abbé Lhuillier et autres, S.*, 1914, III, p 17.

CE, 17 janvier 1913, *Fedel et fédération des professeurs de lycée, R.D.P.*, 1913, p 532.

CE, 28 novembre 1913, *Abbé Gouhier, Rec.*, p 1159.

CE, 30 janvier 1913, *Abbé Boillot, Rec.*, p 108.

CE, 23 mai 1913, *Abbé Hugot, Rec.*, p 558.

CE, 23 février 1913, *Abbé Allote de la Faye, Rec.*, p 285.

CE, 4 août 1913, *Abbé Valette, Rec.*, p 965.

CE, 26 décembre 1930, *Abbé Tisseire, Rec.*, p 1114.

CE, 28 novembre 1913, *Commune de Chambon, Rec.*, p 1164.

CE, 4 août 1913, *Bienaimé, Rec.*, p 964.

CE, 4 août 1913, *Abbé Daujat, Rec.*, p 964.

CE, 19 décembre 1913, *Abbé de Bazelles, Rec.*, p 1268.

CE, 19 décembre 1913, *Abbé Resplandy, Rec.*, p 1269.

CE, 14 novembre 1913, *De la Hamayde, Rec.*, p 1091.

CE, 12 décembre 1913, *Abbé Villepinte, Rec.*, p 1230.

CE, 9 mai 1913, *Abbé Grenier, Rec.*, p 522.

CE, 17 janvier 1913, *Association des familles de Gamarde-les-Bains, R.D.P.*, 1913, p 72.

CE, 20 juin 1913, *Abbé Arnaud, Rec.*, p 717.

CE, 7 novembre 1913, *Ministre de la justice et des cultes, Rec.*, p 1065.

1914.

CE, 20 mars 1914, *De Bazelles et autres, Rec.*, p 369.

CE, 13 février 1914, *Abbé Janin, Aillot et autres, Rec.*, p 181.

CE, 6 mars 1914, *Indépendante de Bléneau, Rec.*, p 305.

CE, 14 novembre 1914, *Société de gymnastique L'Avenir de Vinneuf, Rec.*, p 1090.

CE, 4 avril 1914, *Abbé Cibot et autres, Rec.*, p 483.

CE, 30 janvier 1914, *Abbé Boillot, Rec.*, p 108.

CE, 6 février 1914, *Abbé Rodrigues, Rec.*, p 456.

CE, 15 mai 1914, *Congrégation des petites servantes de Marie Immaculée et directeur général des domaines, Rec.*, p 589.

CE, 26 juin 1914, *Préfet des Hautes-Pyrénées, Rec.*, p 744.

CE, 3 avril 1914, *Abbé Péquillat, Rec.*, p 467.

CE, 30 janvier 1914, *Abbé Marmont, Rec.*, p 120.

CE, 17 décembre 1914, *Foussadier, D.P.*, 1916, III, p 5.

CE, 19 juin 1914, *Vital Pichon, Rec.*, p 720.

CE, 26 juin 1914, *Préfet du département des Hautes-Pyrénées, Rec.*, p 774.

CE, 4 avril 1914, *Gomel, S.*, 1917, III, p 25.

CE, 1^{er} août 1914, *Wiriot et Pillot, Rec.*, p 1011.

CE, 19 juin 1914, *Jacquot, Rec.*, p 728.

CE, 6 février 1914, *Abbé Rodrigues, Rec.*, p 456.

1915.

CE, 10 décembre 1915, *Abbé Gaston, Rec.*, p 343.

CE, 26 novembre 1915, *Abbé Julien et autres, Rec.*, p 327.

CE, 14 mai 1915, *Buléon et Gentil, Rec.*, p 158.

CE, 24 décembre 1915, *Chaumontet et Bouvier, Rec.*, p 368.

CE, 12 mars 1915, *Abbé Pellissard, Rec.*, p 74.

CE, 24 décembre 1915, *Noyen, Rec.*, p 372.

CE, 4 août 1916, *Abbé Prudhommeaux, Rec.*, p 39.

CE, 5 février 1915, *Sirdey, Rec.*, p 7.

CE, 10 décembre 1915, *Abbé Bierry et autres, Rec.*, p 348.

CE, 12 mars 1915, *Vandenberg, Rec.*, p 96.

CE, 12 mars 1915, *Filles de la Croix de Saint-André à Nantes, Rec.*, p 77.

CE, 10 décembre 1915, *Abbé Mouhat, Rec.*, p 343.

CE, 5 février 1915, *Sirdey, Rec.*, p 7.

1916.

CE, 21 juillet 1916, *Abbé Mangold, Rec.*, p 308.

CE, 25 février 1916, *Filles de la Croix de La Puye à Cauteret, Rec.*, p 95.

CE, 11 février 1916, *Abbé Taillefer, Rec.*, p 74.

CE, 14 janvier 1916, *Camino, S.*, 1917, III, p 10.

TC, 29 janvier 1916, *Abbé Thiney c/ Dompnier, D.P.*, 1912, III, p 5.

1917.

CE, 9 mars 1917, *Société de tir et de préparation militaire de Saint-Hilaire de Villefranche, Rec.*, p 223.

CE, 22 juin 1917, *Abbé Didier, Rec.*, p 494.

CE, 4 mai 1917, *Abbé Moussaron, Rec.*, p 361.

CE, 16 mars 1917, *Abbé Robin, Rec.*, p 240.

CE, 4 mai 1917, *Abbé Moussaron, Rec.*, p 361.

CE, 10 août 1917, *Baldy c/ Préfet de Saône-et-Loire, D.P.*, 1920, III, p 26.

CE, 27 avril 1917, *Commune de Venoix et Badin, Rec.*, p 335.

CE, 8 juin 1917, *Abbé Hubert, Rec.*, p 448.

CE, 9 novembre 1917, *Commune de Plouay, Rec.*, p 704.

CE, 19 janvier 1917, *Bénard, D.P.*, 1919, III, p 7.

CE, 8 décembre 1917, *Abbé Perrin, Rec.*, p 516.

1918.

CE, 6 décembre 1918, *Abbé Bouré, Rec.*, p 1096.

CE, 8 février 1918, *Martinne et autres, Dlle Le Tourneur, Nègre (3 espèces), Rec.*, p 106.

CE, 3 mai 1918, *Abbé Piat, Rec.*, p 409.

CE, 19 juillet 1918, *Mgr Berthoin, évêque d'Autun, D.P.*, 1920, III, p 17.

1919.

- CE, 19 décembre 1919, *Chausse et Gagnaire, Rec.*, p 932.
 CE, 1^{er} août 1919, *Abbé Lachaud, Rec.*, p 698.
 CE, 7 mars 1919, *Commune de Cons-la-Granville, Rec.*, p 236.
 CE, 31 janvier 1919, *Abbé Defait et Boncour, Rec.*, p 105.

1920.

- CE, 7 août 1920, *Abbé Prioux, Rec.*, p 865.
 CE, 30 janvier 1920, *Abbé Duponchel et Delormel, Rec.*, p 107.
 CE, 23 janvier 1920, *Abbé Chanudet, Rec.*, p 73.
 CE, 24 décembre 1920, *Loeuillet, Rec.*, p 1116.
 CE, 21 mai 1920, *Abbé Lemaître et Liot, Rec.*, p 522.
 CE, 26 mars 1920, *Abbé Boutleux et autres, Rec.*, p 331.
 CE, 12 novembre 1920, *Abbé Retel, Rec.*, p 950.
 CE, 10 décembre 1920, *Abbé Behague, Rec.*, p 1057.
 CE, 23 janvier 1920, *Abbé Barraud, Rec.*, p 75.

1921.

- CE, 5 août 1921, *Abbé Boulze et autres, Rec.*, p 819.
 CE, 18 mars 1921, *Commune de Mont-l'Evêque, Rec.*, p 317.
 CE, 10 juin 1921, *Commune de Montségur c/ Lalanne, S.*, 1921, III, p 49.
 CE, 30 décembre 1921, *Curé Gauvain, Rec.*, p 1125.
 CE, 10 juin 1921, *Sieur Poirier, Rec.*, p 557.
 CE, 18 février 1921, *Abbé Poignant et autres, Rec.*, p 189.
 CE, 25 novembre 1921, *Abbé Charpentier et autres, Rec.*, p 974.

1922.

- CE, 23 juin 1922, *Abbé Martin, Rec.*, p 537.
 CE, 7 avril 1922, *Abbé Dacheux, Rec.*, 337.
 CE, 11 août 1922, *Dhaussy, Rec.*, p 745.
 CE, 17 novembre 1922, *Abbé Giraud, Rec.*, p 834.
 CE, 15 décembre 1922, *Abbé Gauvain, Rec.*, p 944.
 CE, 17 novembre 1922, *Abbé Giraud, Rec.*, p 834.
 CE, 24 mars 1922, *Lévy et Michel, Salin (2 espèces), R.D.P.*, 1923, p 45.
 CE, 13 janvier 1922, *Boisson et syndicat national des agents des contributions indirectes, S.*, 1922, III, p 1.
 CE, 6 janvier 1922, *Commune de Perquie, D.P.*, 1922, III, p 15.
 CE, 11 août 1922, *Abbé Dhaussy, Rec.*, p 745.
 CE, 17 février 1922, *Fedel, R.D.P.*, 1922, p 68.

1923.

- CE, 18 mai 1923, *Abbé Groussin, Rec.*, p 415.
 CE, 12 janvier 1923, *Sieur Lebrun, curé de Haraucourt, Rec.*, p 31.
 CE, 9 février 1923, *Sieur Gouy, curé de Nivolas-Vermelle, Rec.*, p 135.
 CE, 16 février 1923, *Association presbytérale de l'Eglise réformée de l'Annonciation c/ Association presbytérale de l'église réformée de Passy, Rec.*, p 155.
 CE, 9 mars 1923, *Abbé Rousset, Rec.*, p 227.
 CE, 16 mars 1923, *Abbé Gauthier, Rec.*, p 252.
 CE, 9 mars 1923, *Abbé Rousset, Rec.*, p 227.
 CE, 21 novembre 1923, *Abbé Laurent, Rec.*, p 739.

1924.

- CE, 26 mars 1924, *Abbé Berreti, Rec.*, p 328.
 CE, 26 mars 1924, *Sieur Grogard, Rec.*, p 328.
 CE, 19 novembre 1924, *Société d'Union musicale de Cinq-Mars, Rec.*, p 906.
 CE, 9 juillet 1924, *Abbé Lhomme, Rec.*, p 654.
 CE, 2 avril 1924, *Abbé Lasplaces, D.H.*, 1924, p 374.
 CE, 17 décembre 1924, *Deffaix, D.H.*, 1925, p 123.
 CE, 4 juillet 1924, *Abbé Guerle, D.P.*, 1924, III, p 48.
 CE, 9 juillet 1924, *Abbé Lhomme, Rec.*, p 654.
 CE, 14 mai 1924, *Curé de Villefort et abbé Vieilleville, Rec.*, p 465.
1925.
 CE, 25 novembre 1925, *Abbé Le Dain, Rec.*, p 929.
 CE, 6 août 1925, *Abbé Pelletier, Rec.*, p 810.
 CE, 1^{er} juillet 1925, *Abbé Vallez, Rec.*, p 625.
 CE, 20 mars 1925, *Abbé Pouzineau, Rec.*, p 288.
 CE, 25 novembre 1925, *Abbé Le Dain, Rec.*, p 929.
 CE, 18 décembre 1925, *Commune d'Arces-sur-Gironde, D.P.*, 1927, III, p 23.
 CE, 29 juillet 1925, *Abbé Aubagnac, Rec.*, p 746.
 CE, 4 décembre 1925, *Sieur Charton, Rec.*, p 972.

1926.

- CE, 4 août 1926, *Abbé Beun et autres, Rec.*, p 849.
 CE, 19 novembre 1926, *Dame Gervais et autres, D.P.*, 1927, III, p 27.
 CE, 24 décembre 1926, *Sieur Empereur, Rec.*, p 1138.
 CE, 8 janvier 1926, *Duvillard, Rec.*, p 27.
 CE, 28 février 1926, *Demaiselles Duriez et autres, D.P.*, 1926, III, p 55.
 CE, 9 juillet 1926, *Abbé Barthélémy, Rec.*, p 713.
 CE, 16 juin 1926, *Sieurs Rochette et autres, Rec.*, 607.
 CE, 5 mars 1926, *Abbé Gautron, Rec.*, p 247.
 CE, 20 janvier 1926, *Sieurs Hillereau et autres, Rec.*, p 56.
 CE, 6 août 1926, *Abbé Didier, Rec.*, p 863.
 CE, 28 juillet 1926, *Abbé Montannuy, Rec.*, p 793.

CE, 18 juillet 1926, *Abbés Fréneau et Ordonneau*, *Rec.*, p 736.

CE, 8 décembre 1926, *Sieur Claverie*, *Rec.*, p 1073.

1927.

CE, 4 août 1927, *Sieurs Lacube et autres*, *Rec.*, p 936.

CE, 23 février 1927, *Sieur Granat*, *Rec.*, p 235.

CE, 11 février 1927, *Abbé Veyras et Abbé Crepel et autres (2 espèces)*, *Rec.*, p 176.

CE, 2 août 1927, *Abbé de Ville de Quincy*, *Rec.*, p 890.

CE, 12 juillet 1927, *Abbé Jacquin*, *Rec.*, p 779.

CE, 2 février 1927, *Abbé Boursier*, *Rec.*, p 135.

CE, 20 juillet 1927, *Abbé Lépron*, *Rec.*, p 806.

CE, 3 juin 1927, *Société La Cocarde*, *Rec.*, p 635.

CE, 30 juillet 1927, *Sieur Boudou*, *Rec.*, p 872.

CE, 3 juin 1927, *Abbé Fournier*, *Rec.*, p 636.

CE, 3 juin 1927, *Abbé Pelletier c/ commune de Vitrey-le-Croisé*, *Rec.*, p 636.

CE, 2 août 1927, *Abbé de Ville de Quincy*, *Rec.*, p 890.

CE, 23 février 1927, *Sieur Granat*, *Rec.*, p 235 ;

CE, 4 juin 1927, *Sieur Sablé*, *Rec.*, p 661.

1928.

CE, 25 février 1928, *Monfaucon-en-Velay*, *Rec.*, p 272.

1930.

CE, 26 décembre 1930, *Abbé Tisseire*, *Rec.*, p 1114.

1931.

CE, 9 janvier 1931, *Abbé Cadel*, *S.*, 1931, III, p 41.

1932.

CE, 23 décembre 1932, *Société L'Eveil de Contres* et CE, 6 décembre 1933, *Société de gymnastique L'Avenir d'Oyonnax*, *D.P.*, 1936, III, p 9.

CE, 13 janvier 1932, *Sieur Dumont*, *Rec.*, p 36.

CE, 28 juillet 1932, *Abbé Pouzineau*, *Rec.*, p 809.

CE, 17 février 1932, *Commune de Barran*, *D.P.*, 1933, III, p 49

CE, 19 février 1932, *Abbés Cherton, Martin, Panter et Lambert*, *Rec.*, p 205.

CE, 19 mars 1932, *Abbé Dumas*, *Rec.*, p 367.

1933.

CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *D.P.*, 1933, III, p 54.

CE, 11 janvier 1933, *Abbé Mollard*, *Rec.*, p 28.

CE, 2 novembre 1933, *Abbé Delohen*, *Rec.*, p 983.

CE, 22 juillet 1933, *Sieur Picquette*, *Rec.*, p 844.

CE, 25 janvier 1933, *Abbé Coiffier*, *Rec.*, p 100.

CE, 8 février 1933, *Sieur Boumanne*, *Rec.*, p 164 ;

1934.

TC, 4 juillet 1934, *Curé de Réalmont*, *S.*, 1935, III, p 97.

CE, 22 juin 1934, *Abbé Badoual et autres*, *Rec.*, p 722.

1936.

CE, 28 novembre 1936, *Abbé Rivière et autres*, *D.P.*, 1939, III, p 2.

1937.

CE, 22 janvier 1937, *Ville de Condé-sur-Noireau*, *S.*, 1938, III, p 20.

CE, 15 janvier 1937, *Sieur Bonnafos et autres*, *Rec.*, p 48.

CE, 27 janvier 1937, *Sieur le Gal*, *Rec.*, p 113.

1938.

CE, 28 avril 1938, *Demoiselle Weiss*, *D.P.*, 1939, III, p 41.

CE, 1^{er} avril 1938, *Abbé Laplanche-Coudert et autres*, *D.P.*, 1939, III, p 4.

CE, 9 mars 1938, *Sieur Bouchez, Sieur Blum, Sieur Beha, Sieur Masson (4 esp)*, *Rec.*, p 245.

1943.

CE, 25 juin 1943, *Eglise réformée évangélique de Marseille*, *D.P.*, 1944, III, p 70.

1952.

CE, 8 février 1952, *Ralison*, *Rec. Penant*, janvier 1953, p 18.

1980.

CE, 17 octobre 1980, *Sieur Pont*, *A.J.D.A.*, 1981, p 256.

2005.

JRCE, 25 août 2005, *Commune de Massat*, *Rec.*, p 386.

BIBLIOGRAPHIE

I. – DOCTRINE DU XIX^e SIÈCLE ET DE LA III^e RÉPUBLIQUE.

1. – Ouvrages.

A. – *Traité, manuels et monographies.*

ALIBERT R., *Le contrôle de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, 1926.

AUCOC L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, tome I, 1^{ère} éd, Dunod, 1869 ; 3^{ème} éd, Dunod, 1885.

AUCOC L., *De la délimitation de la mer et de l'embouchure des fleuves et rivières*, Paris, 1887.

AUCOC L., *Des recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'Etat*, Paris, 1878.

AUCOC L., *Des changements apportés depuis 1884 à la législation sur les fabriques des églises*, Paris, Alphonse Picard et fils, 1893.

AUCOC L., *Les établissements publics et la loi du 4 février 1901*, Paris, 1901.

- BARTHÉLÉMY J., *Précis de droit public*, Dalloz, 1937, rééd Dalloz, 2006.
- BARTHELEMY J. et DUEZ P., *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, 1933, rééd Panthéon-Assas, 2004.
- BATBIE A., *Doctrines et jurisprudence en matière d'appel comme d'abus*, Veuve Joubert, 1851.
- BATBIE A., *Introduction générale au droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1861.
- BATBIE A., *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 7 tomes, Cotillon, 1862-1868.
- BATBIE A., *Précis du cours de droit public et administratif*, 3^{ème} éd, Paris, Cotillon, 1869.
- BARNI J., *Manuel Républicain*, Paris, 1872.
- BARNI J., *La morale dans la démocratie*, 2 tomes, Paris, 1868.
- BAUDOT Dom J., *Les Cloches*, Bloud et Cie, 1913.
- BERTHELEMY H., *Traité élémentaire de droit administratif*, 2^{ème} éd, Paris, 1902 ; 9^{ème} éd, 1920 ; 13^{ème} éd, 1933.
- BEQUET L., *Traité de la commune (extrait du Répertoire du droit administratif)*, Paris, Paul Dupont, 1888.
- BIRÉ A., *La séparation des Eglises et de l'Etat*, Paris, Arthur Rousseau, 1905.
- BONNARD R., *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé*, 1934, rééd Dalloz, 2006.
- BRIAND A., *La Séparation des Eglises et de l'Etat. Rapport fait au nom de la Commission de la Chambre des Députés, suivi des pièces annexes*, Paris, 1905.
- BRISSON H., DE LANESSAN J-L, ALLIER R., etc, *La séparation des Eglises et de l'Etat*, 1906.
- BUISSON F., *La foi laïque*, 3^{ème} éd, Librairie Hachette et Cie, 1918.
- BUREAU P., *Quinze ans de séparation. Etude sociale et documentaire sur la loi du 9 décembre 1905*, Paris, Bloud et Gay, 1921.
- CAMPION A., *Manuel pratique de droit civil ecclésiastique*, 2^{ème} éd, Paris/Caen, 1876.
- CAPERAN L., *Histoire contemporaine de la laïcité française*, 3 volumes, Paris, 1957-1961.
- CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 tomes, Sirey, 1920-22, rééd Dalloz, 2004.
- CHARDON H., *Le pouvoir administratif*, nouvelle édition, Paris, 1912.
- CHARRIAUT, *Après la séparation, enquête sur l'avenir des Eglises*, Paris, 1906.
- CHAUVEAU A., *Principes de compétence et de juridiction administratives*, tomes I et III, Paris, 1841.
- CROUZIL L., *Questions de droit ecclésiastique et civil sur les traitements ecclésiastiques*, Bloud et Cie, 1903.
- CROUZIL L., *La publicité du culte catholique*, Bloud et Cie, 1904.
- CROUZIL L., *Le Concordat de 1801, étude historique et juridique*, Bloud et Cie, 1904.
- CROUZIL L., *Traité de la police du culte sous le régime de la séparation*, 1908.
- CROUZIL L., *Le régime légal du culte catholique*, 1911.
- CROUZIL L., *Quarante ans de séparation (1905-1945)*, Didier, 1946.
- CURET A., *Les communes et les lois de séparation*, Pédone, 1910.
- DARESTE R., *La justice administrative en France*, Paris, Auguste Durand, 1862.
- DEBIDOUR A., *L'Eglise catholique et l'Etat sous la troisième République*, tome II, Félix Alcan, 1909.
- DE LAMARZELLE G. et TAUDIÈRE H., *La séparation de l'Eglise et de l'Etat, commentaire théorique et pratique de la loi du 9 décembre 1905*, Paris, Plon, 1906.
- DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, rééd La Mémoire du Droit, 2001.

- DUCROCQ T., *Cours de droit administratif*, 2 tomes, 6^{ème} éd, Ernest Thorin, 1881 ; 7^{ème} éd, 7 tomes, Ernest Thorin, 1897.
- DUFOUR G., *Traité général de droit administratif appliqué*, tome II, 2^{ème} éd, Paris, Cotillon, 1854.
- DUGUIT L., *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, 1901.
- DUGUIT L., *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Fontemoing, 1903, rééd Dalloz, 2005.
- DUGUIT L., *Le régime du culte catholique antérieur à la séparation et les causes juridiques de la séparation*, Larose et Tenin, 1907.
- DUGUIT L., *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, rééd La Mémoire du Droit, 1999.
- DUGUIT L., *Manuel de droit constitutionnel*, 1923, rééd Panthéon-Assas, 2007.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, 5 tomes, 2^{ème} éd, De Boccard, 1923-1925 ; 3^{ème} éd, 5 tomes, De Boccard, 1927-1930.
- DUGUIT L., *Le droit constitutionnel et la sociologie*, Armand Colin, 1889.
- ESMEIN A., *Traité de droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd, Sirey, 1914, rééd Panthéon-Assas, 2001.
- EYMARD-DUVERNAY, *La séparation des Eglises et de l'Etat*, 1906.
- FANTON Abbé, *Traité des fabriques et du culte catholique d'après les lois civiles*, tome II, Paris/Valence, 1898.
- FANTON Abbé, *Traité de l'organisation des cultes dans le régime de la séparation*, Paris/Valence, 1911.
- FOUCART E-V., *Eléments de droit public et administratif*, tome III, 3^{ème} éd, Paris, Videcoq père et fils, 1843.
- FRANCK A., *Philosophie du droit ecclésiastique*, Paris, 1864.
- GAZE T., *Le droit concordataire*, Paris/Lyon, 1892.
- GRUNEBAUM-BALLIN P., *La séparation des Eglises et de l'Etat, étude juridique*, 2^{ème} éd, Paris, 1905
- GRUNEBAUM-BALLIN P. et LEVY-ULLMANN H., *La Séparation des Eglises et de l'Etat*, Comité de propagande laïque, 1906.
- GUILLIEN R., *L'exception de recours parallèle. Distinction des contentieux, compétence juridictionnelle et recevabilité en doctrine et jurisprudence administratives*, Librairie du Recueil Sirey, 1934.
- GUIRAUD J., *La séparation et les élections*, Victor Lecoffre, 1906.
- HAURIOU M., *La gestion Administrative*, Larose et Forcel, 1899.
- HAURIOU M., *Principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat avec les textes de la loi et des règlements d'administration publique*, Paris, Sirey et Journal du Palais, 1906.
- HAURIOU M., *Principes de droit public*, 2^{ème} éd, Sirey, 1916.
- HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd, Sirey, 1929.
- HAURIOU M., *Notes d'arrêts du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits*, 3 tomes, 1929.
- HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public général*, Larose et Forcel, 1^{ère} éd, 1892 ; 4^{ème} éd, Paris, 1900 ; 12^{ème} éd, Sirey, 1933, rééd Dalloz, 2002.
- HOROY, *Les rapports du sacerdoce avec l'autorité civile à travers les âges et jusqu'à nos jours au point de vue légal*, Librairie A. Chevalier-Marescq, 1884.
- HOROY, *Leçons sur le concordat. Droit public et droit administratif*, Paris, Librairie Maresq ainé, 1891.
- JACQUELIN R., *Une conception d'ensemble du droit administratif*, Paris, Giard et Brière, 1899.
- JACQUELIN R., *Les principes dominants du contentieux administratif*, Paris, Giard et Brière, 1899.

- JENOUVRIER, *Situation légale de l'Eglise catholique en France depuis la loi du 9 décembre 1905*, Paris, 1905.
- JEZE G., *Les principes généraux du droit administratif*, 1^{ère} éd, Berger-Levrault, 1904.
- JÈZE G., *Les principes généraux du droit administratif*, tome I (*La technique juridique du droit public français*) ; tome II (*La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics*), 3^{ème} éd, 1925 et 1930, rééd Dalloz, 2005 et 2004.
- LABOULAYE E., *Le parti libéral. Son programme et son avenir*, Paris, Charpentier et Cie, 1864.
- LABOULAYE E., *La liberté religieuse*, Charpentier, 3^{ème} éd, 1866.
- LABOULAYE E., *Questions constitutionnelles*, Charpentier et Cie, 1872.
- LABOULAYE E., *Lettres politiques. Esquisse d'une constitution républicaine suivie d'un projet de constitution*, Paris, Charpentier et Cie, 1872.
- LABOULAYE E., *La liberté d'enseignement et les projets de loi de M. Jules Ferry*, Larose, 1880.
- LAFERRIERE E., *La censure et le régime correctionnel*, 2^{ème} éd, Paris, Armand le Chevalier, 1868.
- LAFERRIÈRE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 tomes, Berger-Levrault, 1^{ère} éd, 1887-1888 ; 2^{ème} éd, 1896.
- LAFERRIERE F., *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, 3^{ème} éd, Paris, Cotillon, 1850.
- LECOMTE M., *La séparation des Eglises et de l'Etat*, Paris, 1906.
- LHOPITEAU G. et THIBAUT E., *Les Eglises et l'Etat. Commentaire pratique de la loi du 9 décembre 1905*, Arthur Rousseau, Paris, 1906.
- LITRE E., *De l'établissement de la IIIème République*, Paris, 1880.
- LODS A., *Les propositions de lois sur la séparation des Eglises et de l'Etat*, Fischbacher, 1903.
- LODS A., *La loi de séparation des Eglises et de l'Etat devant la Chambre des Députés*, Fischbacher, 1905.
- MACAREL M. L. A., *Eléments de droit politique*, Paris, 1833.
- MACAREL M. L. A., *Cours d'administration et de droit administratif*, 2^{ème} éd, tome II, Paris, 1852.
- MARIE L., *Le droit positif et la juridiction administrative. Etude critique de législation et de jurisprudence*, Paris, Maresq aîné, 1903.
- MICHOUD L., *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2^{ème} éd, 2 tomes, LGDJ, 1924.
- MONNOT C., *La loi sur la séparation des Eglises et de l'Etat*, 1905.
- MOREAU F., *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 8^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1917 ; 9^{ème} éd, Librairie du Recueil Sirey, 1921.
- NADAR, *Le cas des cloches soumis à Monsieur le ministre des cultes et à tous les Maires, Conseillers Municipaux, Députés, et même Sénateurs*, Chambéry, 1883.
- NEZARD H., *Le contrôle juridictionnel des règlements d'administration publique*, Berger-Levrault, 1910.
- NOBLEMAIRE, *Concordat et séparation*, 1905.
- ODIN et RENAUD, *La loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat*, Paris/Poitiers, 1906.
- OLLIVIER E., *Démocratie et liberté (1861-1867)*, Paris, 1867.
- OLLIVIER E., *Nouveau manuel de droit ecclésiastique français*, 2 tomes, Paris, 1886-1907.
- OLLIVIER E., *L'Empire libéral. Etudes, récits, souvenirs*, tome III, Paris, 1898 ; tome V, 1900.

- PORTALIS F., *Discours, rapports et travaux inédits sur le Concordat de 1801 par Jean-Etienne-Marie Portalis*, Paris, Joubert, 1845.
- PREVOST-PARADOL, *La France nouvelle*, Michel Lévy Frères, 1868.
- RENOUVIER C., *Manuel républicain de l'homme et du citoyen*, Paris, 1848.
- RÉVILLE M. et ARMSBRUSTER, *Le régime des cultes*, Paris, 1906.
- RIGAUD L., *La théorie des droits réels administratifs*, Librairie du Recueil Sirey, 1914.
- SABATIER P., *A propos de la séparation des Eglises et de l'Etat*, Paris, 1906.
- SAINT GIRONS A., *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, Larose, 1881.
- SERRIGNY D., *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, tome I, 2^{ème} éd, Durand, 1865.
- SIMON J., *La liberté civile*, Paris, 1867.
- SIMON J., *La politique radicale*, Paris, 1868.
- SIMON J., *La liberté politique*, Hachette, 1871.
- SIMON J., *La séparation de l'Eglise et de l'Etat. Discours prononcé au corps législatif dans la séance du 3 décembre 1867*, Versailles, 1867.
- TCHERNOFF I., *Le parti républicain au Coup d'Etat et sous le Second Empire*, Paris, Pédone, 1906.
- TCHERNOFF M., *Du pouvoir réglementaire des maires*, Paris, Pédone, 1899.
- VIVIEN DE GOUBERT A., *Etudes administratives*, 2 tomes, 3^{ème} éd, 1852, rééd Cujas, 1974.
- WEILL G., *Histoire du parti républicain en France de 1814 à 1870*, Paris, Félix Alcan, 1900.
- WEILL G., *Histoire de l'idée laïque en France au XIXe siècle*, Félix Alcan, 1929, Hachette littératures, 2004.

B. – Thèses.

- BACH S., *De l'affectation des églises à l'exercice du culte catholique*, Thèse, Rennes, 1911.
- BARTHÉLÉMY J., *Essai sur les droits publics subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Thèse, Toulouse, 1899.
- BAUDOUIN M., *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1904.
- BÉNÉZECH P., *La police extérieure du culte, étude de jurisprudence*, Thèse, Carcassonne, 1912.
- BERARD L., *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, Domat-Montchrestien, 1932.
- BRUGÈRE R., *Le Conseil d'Etat, ses attributions, son personnel*, Thèse, Toulouse, 1910.
- CHALVON-DEMERSEY E., *De l'examen du fait par le Conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, LGDJ, 1922.
- COLLAVET F., *Du recours pour abus envisagé comme survivance de la justice retenue*, Thèse, Lyon, Arthur Rousseau, 1903.
- DURNERIN R., *De la situation juridique des édifices domaniaux affectés au culte catholique*, Thèse, Paris, 1923.
- EBREN H., *Théorie du détournement de pouvoir*, Thèse, Lyon, Ducros, 1901.
- ESTANIER J., *Aperçu général sur le statut de l'Eglise catholique en France depuis la séparation des Eglises et de l'Etat*, Thèse, Montpellier, 1912.

- GEORGIN A., *La violation de la loi, cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1915.
- GOLDENBERG L., *Le Conseil d'Etat, juge du fait. Etude sur l'administration des juges*, Thèse, Paris, Dalloz, 1932.
- GUILLOUËT M., *Du caractère juridique de l'occupation des édifices du culte*, Thèse, Rennes, 1936.
- GUINAND H., *Le régime légal des biens culturels en France*, Thèse, 1938.
- FOSSIER A., *Les manifestations culturelles sur les voies publiques en France*, Thèse, Paris, éd Spes, 1927.
- JACQUELIN R., *La juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, Thèse, Paris, Giard, 1891.
- JOUSSELIN D., *L'excès de pouvoir en matière de cultes devant la jurisprudence*, Thèse, Paris, Arthur Rousseau, 1921.
- LADREIT DE LACHARRIÈRE R., *Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle*, Thèse, Sirey, 1937.
- LACOUR L., *La séparation de l'Eglise et de l'Etat et le mobilier cultuel*, Thèse, Strasbourg, Librairie du Recueil Sirey, 1936.
- LEROY P., *La situation juridique des églises catholiques depuis la loi du 9 décembre 1905*, Thèse, Paris, 1912.
- LODOVICI J., *L'évolution de la notion de pouvoir discrétionnaire*, Thèse, Lille, 1937.
- MARTY G., *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Thèse, Toulouse, Librairie du Recueil Sirey, 1928.
- PENIN M., *L'ouverture progressive du prétoire au recours pour excès de pouvoir dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Thèse, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935.
- PHILIBERT J., *Le but et les motifs dans l'acte administratif*, Thèse, Bordeaux, 1931.
- RAÏSSAC G., *Les controverses relatives à la juridiction administrative de 1789 à la IIème République*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932.
- RENAULT J., *Des actes discrétionnaires*, Thèse, Paris, Pédone, 1899.
- RENARD C., *L'appel comme d'abus*, Thèse, Lille, 1896.
- RICHARD P., *La liberté des cultes et le pouvoir de police des maires sous le régime de séparation*, Thèse, Caen, 1913.
- ROUQUET M., *De la situation juridique actuelle des édifices religieux des anciens cultes concordataires*, Thèse, Montpellier, 1911.
- TEITGEN P-H., *La police municipale, étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Thèse, Nancy, Librairie du Recueil Sirey, 1934.
- TOURNYOL DU CLOS J., *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Bordeaux, 1905.
- WALINE M., *La notion judiciaire de l'excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1926.
- WELTER H., *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Thèse, Nancy, 1929.

2. – Articles et notes de jurisprudence.

Article « Cultes », in *Répertoire pratique Dalloz*, 1912, p 145 et s.

Article « Cultes », in *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence par M. D. Dalloz aîné*, tome 14, Paris, 1853, p 650 et s.

Article « Cultes », in *Répertoire du droit administratif*, BEQUET L. (dir), tome VIII, Paris, Paul Dupont, 1891.

- ARTUR E., « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *R.D.P.*, 1900, p 214-246 ; p 470-496 ; *R.D.P.*, 1901, p 34-64 ; p 236-280 ; p 436-505 ; *R.D.P.*, 1902, p 78-97 ; p 234-274 ; p 439-472 ; *R.D.P.*, 1903, p 415-502.
- AUCOC L., « La justice administrative en France », *Annales de l'Ecole libre des sciences politiques*, 1898, p 667-679.
- AUCOC L., « De la propriété des églises paroissiales et des presbytères rendus au culte en l'an X », *R.C.L.J.*, 1878, p 170-180.
- AUCOC L., « Compte rendu du Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux d'Edouard Laferrière », *R.C.L.J.*, 1887, p 57-64 ; *R.C.L.J.*, 1888, p 690-701.
- BARTHELEMY J., « A propos de l'attitude des catholiques à l'égard de la législation religieuse et de son exécution », *R.D.P.*, 1907, p 311 et s.
- BARTHELEMY J., « De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application », *R.D.P.*, 1907, p 295-320.
- BARTHELEMY J., « Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public », *R.D.P.*, 1912, p 505-540.
- BARTHELEMY J., « Les rapports entre l'Etat français et l'Eglise catholique depuis la séparation », *Jahrbuch des öffentlichen rechts*, Band VIII, Tübingen, 1914, p 283-315.
- BAUDOIN (procureur général près la Cour de cassation), « M. Edouard Laferrière », *R.G.A.*, 1902, 257-274.
- BENOIST C., « La formule de Cavour, l'Eglise libre dans l'Etat libre », *R.D.M.*, 1905, p 343-372.
- BEQUET L., « Contentieux administratif », in *Répertoire du droit administratif*, BEQUET L. (dir), tome VIII, Paris, Paul Dupont, 1891.
- BERTHÉLÉMY H., « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *R.D.P.*, 1904, p 209-221.
- BERTHELEMY H., « Les inventaires des biens des fabriques », *R.I.C.*, 1906, p 95-100.
- BESSON P., « La séparation des Eglises et de l'Etat et ses conséquences relativement aux libertés religieuses », *R.C.I.D.*, janvier 1888, p 53-90.
- BEUDANT R., « Projet d'organisation financière du diocèse de Grenoble sous le régime de la séparation », *R.I.C.*, 1906, p 186-198.
- BLOCK M., « Administration », in *Dictionnaire de l'administration française*, Block M. (dir), Berger-Levrault, 1877, p 14-33.
- BLOCK M., « Juridiction administrative », in *Dictionnaire de l'administration française*, Block M. (dir), Berger-Levrault, 1877, p 1162-1168.
- BLOCK M., « Police », in *Dictionnaire de l'administration française*, Block M. (dir), Berger-Levrault, 1877, p 1497-1520.
- BOMPARD R., « La conclusion et l'abrogation des concordats », *R.P.P.*, 1903, p 30-56 ; p 553-580.
- BONNARD R., « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1923, p 363-392.
- BONNARD R., « Les droits publics subjectifs des administrés », *R.D.P.*, 1932, p 695-728.
- BOUCHENE-LEFER, « De la justice administrative », *R.P.D.F.*, 1863, p 354-381 ; « De la distinction entre l'autorité et la juridiction administrative, ou du contentieux et du non-contentieux administratif », *R.P.D.F.*, 1864, p 433-467 ; *R.P.D.F.*, 1865, p 145-183.
- BOUTMY E., « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek », *Annales des sciences politiques*, 1902, p 415-443.
- BUISSON F., « Laïcité », in *Dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire*, 1^{ère} éd, BUISSON F. (dir), Hachette, 1887, p 1469 et s ; *Dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire*, 2^{ème} éd, BUISSON F. (dir), 1911, Hachette, p 936 et s.

- BUISSON F., « Neutralité », in *Dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire*, 1^{ère} éd, Hachette, 1887, p 2019.
- BUISSON F., « La laïcité intégrale », *R.P.P.*, 1904, p 447-463.
- BUISSON F., « La crise de l'anticléricisme », *R.P.P.*, 1903, p 5-32.
- BUREAU P., note sous Poitiers, 27 décembre 1909 et autres, *D.P.*, 1911, II, p 105.
- BUREAU P., note sous Montpellier, 25 juillet 1911 et autres, *D.P.*, 1914, II, p 33.
- BUREAU P., note sous Cass. req., 6 juin 1912, *Mgr Catteau c/ Domaines*, *D.P.*, 1914, I, p 57.
- BUREAU P., note sous Dijon, 1^{er} avril 1909 et autres, *D.P.*, 1910, II, p 25.
- CAHEN G., « De la nature juridique du concordat », *R.D.P.*, 1898, p 221-240.
- CAPITANT R., note sous CE, 17 février 1932, *Commune de Barran*, *D. P.*, 1933, III, p 49.
- CARBONNIER J., note sous CE, 9 juillet 1943, *Ferrand*, *D.P.*, 1944, J., p 160.
- CATHALA C., « Situation légale des ministres du culte catholique vis-à-vis de l'Etat », *R.C.I.D.*, juillet 1879, p 37-42.
- COCHIN D., « La crise de l'anticléricisme, réponse à M. Buisson », *R.P.P.*, 1903, p 221-240.
- COLLET P., « Examen doctrinal de la jurisprudence du Conseil d'Etat », *R.C.L.J.*, 1876, p 225-240.
- COLIN DE VERDIÈRE J., « Des droits du curé sur le matériel des pompes funèbres dans les églises », *R.I.C.*, 1909, p 325-333.
- COLIN DE VERDIÈRE J., « Des manifestations du culte sur la voie publique sous le régime de la loi du 9 décembre 1905 », *R.I.C.*, 1909, p 67-71 ; p 106-111 ; p 125-131.
- COLIN DE VERDIÈRE J., « L'indépendance du pouvoir religieux vis-à-vis du pouvoir civil consacrée par la jurisprudence », *R.I.C.*, 1913, p 57-64.
- COLIN DE VERDIÈRE J., « Des libéralités faites aux bureaux de bienfaisance à charge de distribution des aumônes par l'intermédiaire des ministres du culte », *R.I.C.*, 1910, p 145-151.
- COLIN DE VERDIÈRE J., « Les réparations des églises et les offres de concours », *R.I.C.*, 1910, p 233.
- COLIN DE VERDIÈRE J., « L'application à l'exercice du culte de la loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion », *R.I.C.*, 1906, p 443.
- COTELLE A-T., « Du droit de contrôle du Conseil d'Etat sur les décisions de la section du contentieux et des actes administratifs sujets à annulation pour excès de pouvoir et dans l'intérêt de la loi », *R.C.L.J.*, 1851, tome I, p 373-384.
- CROUZIL L., « L'Eglise catholique est-elle une association ? », *R.I.C.*, 1910, p 268-277.
- CROUZIL L., « Le droit d'occupant dans les églises », *R.D.P.*, 1923, p 451-469.
- CROUZIL L., « Le droit d'occupant dans les églises », *Recueil de législation de Toulouse*, tome V, 1909, p 140-184.
- CROUZIL L., « Des pouvoirs des juges de simple police en matière d'appréciation des arrêtés municipaux », *Recueil de législation de Toulouse*, tome VI, 1910, p 269-282.
- DE BERTY N., « Appel comme d'abus », in *Dictionnaire de l'administration française*, BLOCK M. (dir), Berger-Levrault, 1877, p 113-121.
- DE BERTY N., « Culte », in *Dictionnaire de l'administration française*, BLOCK M. (dir), Berger-Levrault, 1877, p 723-742.
- DEMOGUE R., « Note sur les fondations temporaires », *Bulletin de la société d'études législatives*, 1909, p 267-271.
- DELANNEY L., note sous Cass. crim., 7 et 21 décembre 1907, *Ducreux et mouterde*, *Richon*, *D.P.*, 1909, I, p 161.
- DELEPOUVE E., « La liberté religieuse et le droit public », *R.C.I.D.*, tome 27, 1901, p 32-43
- DELESSEUX G., « Des pouvoirs de police et de tutelle du gouvernement en matière de culte », *Journal du droit administratif*, octobre 1891, p 425-439.

- DE LAPANOUSE J., note sous Cass. crim., 9 novembre 1906, *Abbé Ludet c/ min publ*, *D.P.*, 1907, I, p 161.
- DES GRANGES E., « Le droit d'association et les congrégations religieuses », *R.P.P.*, 1901, p 34-74.
- DELPECH J., « De la provocation par les ministres du culte à la résistance et à l'insurrection contre les lois », *R.D.P.*, 1907, p 272.
- DEVAUX J., note sous CE, 26 novembre 1926, *Préfet du Doubs c/ Petit*, *D.P.*, 1927, III, p 57.
- DUCLOS P., note sous CE, 23 décembre 1932, *Société L'éveil de Contres* et CE, 6 décembre 1933, *Société de gymnastique d'Avenir d'Oyonnax*, *D.P.*, 1936, III, p 9.
- DONIOL H., « La question de l'Eglise en France », *R.D.P.*, 1894, p 405-440.
- DONIOL H., « Les idées politiques et les partis en France durant le XIXe siècle », *R.D.P.*, 1902, p 385-438.
- DONNEDIEU DE VABRES H., « La souveraineté du Pape et la séparation des Eglises et de l'Etat », *Revue générale de droit international public*, 1914, p 339-368.
- DUCROCQ T., « La personnalité civile en France du Saint-Siège et des autres puissances étrangères », *R.D.P.*, 1894, p 47-76.
- DUGUIT L., « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *R.D.P.*, 1906, p 413-471.
- DUEZ P., « Esquisse d'une définition réaliste des droit publics individuels », *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p 113-133.
- DU BOIS R., « Du droit de remplacer les instituteurs », *R.C.I.D.*, janvier 1878, p 45-50.
- DU MAGNY P. R., « Le droit des prêtres et des fidèles sur les édifices du culte », *R.C.I.D.*, mars 1914, p 193-213.
- DUPRONT A., « Jules Ferry opposant à l'Empire ; quelques traits de son idéologie républicaine », *Revue historique*, 1936, p 352-374.
- ESMEIN A., « La loi sur la séparation et l'encyclique "Gravissimo" », *R.P.P.*, 1906, p 34-49.
- FERNEUIL T., « La loi sur la séparation, ses origines, sa portée, ses conséquences », *R.P.P.*, 1905, p 225-238.
- FRÉTEL A., « Loi sur les congrégations et politique religieuse », *R.P.P.*, 1901, p 387-419.
- GAUTIER A., « Examen doctrinal de la jurisprudence administrative », *R.C.L.J.*, 1882, p 9-16.
- GIRAUD E., « Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire », *R.G.A.*, 1924, p 193-212 ; p 298-320.
- GOBLET R., « La crise de l'anticléricalisme, à propos d'un article de M. Buisson », *R.P.P.*, 1903, p 421-432.
- GRUNEBAUM-BALLIN P., « Le projet de loi sur la Séparation des églises et de l'Etat », *R.P.P.*, 1905, p 43-58.
- HAURIOU A., « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p 233-240.
- HAURIOU M., « Police juridique et fond du droit », *R.T.D.civ.*, 1926, p 265-312.
- HAURIOU M., « Le développement de la jurisprudence administrative depuis 1870 », *B.S.L.C.*, 1922, p 7-17.
- HAURIOU M., « Les éléments du contentieux », *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, tome I, p 1-98 ; *Recueil de législation de Toulouse*, 1907, p 149-191.
- HAURIOU M., note sous CE, 29 janvier 1894, *Chassaing et Menu*, *S.*, 1896, III, p 81.
- HAURIOU M., note sous CE, 5 février 1909, *Société La Blinoise, de Hillerin, etc*, *S.*, 1912, III, p 17.
- HAURIOU M., note sous CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, *S.*, 1912, III, p 145.
- HAURIOU M., note sous CE, 12 mars 1909, *Commune de Charmauvilliers* ; 9 juillet 1909, *Commune de Dieppe et Commune d'Evillers* ; 17 décembre 1909, *Commune de Saint-*

Maurice-la-Fougereuse ; 24 décembre 1909, *Commune de Saint-Aubin-des-Hayes* ; 25 février 1910, *Commune d'Esse* ; 22 avril 1910, *Commune de Labastide-Saint-Pierre*, *Commune de Saint-Aubin-Epinay*, *Commune de Veyre-Mouton* ; 29 juillet 1910, *Commune de Saint-Gilles*, *Commune de Mont-Lagor*, S., 1911, III, p 33.

HAURIOU M., note sous CE, 10 novembre 1911, *Commune de Saint-Blancard*, S., 1912, III, p 1.

HAURIOU M., note sous CE, 4 août 1913, *Abbé Desvals*, S., 1913, III, p 161.

HAURIOU M., note sous CE, 3 mars, 29 mai 1894 ; 13 août 1895, *Abbés Iteney, Bernard, Liénard, Lesage*, S., 1896, III, p 7.

HAURIOU M., note sous CE, 2 août 1907, *Abbés Garcin* ; 14 février 1908, *Abbé Valette* ; 5 août 1908, *Abbés Leclercq et Gruson* ; 5 août 1908, *Abbé Morel et autres* ; 5 août 1908, *Abbé Braux et autres*, S., 1909, III, p 1.

HAURIOU M., note sous CE, 10 août 1917, *Berthenet*, S., 1918-1919, III, p 9.

HAURIOU M., note sous CE, 22 mai 1896, *Carville*, S., 1897, III, p 121.

HAURIOU M., note sous CE, 21 décembre 1900, *Trotin*, S., 1903, III, p 57.

HAURIOU M., note sous CE, 31 janvier 1908, *Dame de Romagère*, S., 1908, III, p 153.

HAURIOU M., note sous CE, 16 novembre 1900, *Maugras*, S., 1901, III, p 57.

HAURIOU M., note sous CE, 4 avril 1914, *Gomel* ; 1^{er} mai 1914, *Abbé Didier*, S., 1917, III, p 25.

HAURIOU M., note sous CE, 22 janvier 1926, *Lefranc*, S., 1926, III, p 25.

HAURIOU M., note sous CE, 27 mars 1925, *Mariani*, S., 1927, III, p 57.

HAURIOU M., note sous CE, 16 mars 1923, *Abbé Gauthier*, S., 1924, III, p 41.

HAURIOU M., note sous TC, 22 avril 1910, *Préfet de la Côte d'Or c/ Abbé Piment* ; 4 juin 1910, *Préfet de l'Aisne c/ Abbé Mignon et autres* ; 8 juillet 1910, *Abbé Bruant*, S., 1910, III, p 129.

HAURIOU M., note sous CE, 11 décembre 1911, *Lot et Molinier (2 espèces)* ; CE, 18 mars 1904, *Savary*, S., 1904, III, p 113.

HAURIOU M., note sous CE, 13 décembre 1889, *Cadot c/ Ville de Marseille*, S., 1892, III, p 17.

HAURIOU M., note sous CE, 20 janvier 1911, *Chapuis, Porteret, Pichon*, S., 1911, III, p 49.

HAURIOU M., note sous TC, 2 juin 1908, *Girodet c/ Morizot*, S., 1908, III, p 81.

HAURIOU M., note sous CE, 4 février 1898, *T. et Nonalhier ; les gardes-faisans et les cliniques de tuberculeux*, S., 1899, III, p 1.

HAURIOU M., note sous CE, 9 mars 1900, *Bouchers d'Argis*, S., 1901, III, p 1.

HAURIOU M., note sous CE, 3 décembre 1897, *Ville de Dax*, S., 1898, III, p 145.

HAURIOU M., note sous CE, 1^{er} février 1901, *Boulangers de Poitiers*, S., 1901, III, p 41.

HAURIOU M., note sous CE, 30 novembre 1906, *Denis et Rage-Roblot*, S., 1907, III, p 17.

HAURIOU M., note sous CE, 31 janvier 1902, *Grazietti*, S., 1903, III, p 113.

HAURIOU M., note sous CE, 28 novembre 1907, *Abbé Voituret* ; TC, 7 décembre 1907, *Le Coz c/ Préfet du Finistère* ; CE, 8 février 1908, *Abbé Deliard et Abbé Brunet* ; TC, 29 février 1908, *Bel c/ Préfet de l'Aveyron*, S., 1908, III, p 9.

HAURIOU M., note sous TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière Saint-Just*, S., 1904, III, p 17.

HAURIOU M., note sous CE, 12 mai 1893, *Sœurs hospitalières de l'Hotel-Dieu*, S., 1895, III, p 25.

HAURIOU M., note sous TC, 4 février 1905, *Supérieure de la Congrégation des Ursulines de Malet*, S., 1905, III, p 49.

HAURIOU M., note sous CE, 10 mars 1911, *Commune de Boujailles*, S., 1912, III, p 41.

HAURIOU M., note sous CE, 7 mars 1919, *Commune de Cons-la-Grandville*, S., 1922, III, p 9.

- HAURIOU M., note sous CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur, S.*, 1921, III, p 49.
- JAC E., « Un préliminaire de la séparation de l'Eglise et de l'Etat. La loi du 28 décembre 1904 sur les inhumations », *R.C.I.D.*, 1905, août 1905, p 148 et s ; novembre 1905, p 435 et s.
- JACQUELIN R., « L'évolution de la procédure administrative », *R.D.P.*, 1903, p 373-447.
- JELLINEK G., « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen », *R.D.P.*, 1903, p 385-400.
- JÈZE G., « Etendue et sanction des pouvoirs donnés aux autorités administratives par la loi du 15 février 1902 relative à la protection de la santé publique », *R.D.P.*, 1908, p 423-449.
- JEZE G., « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », *R.D.P.*, 1913, p 294-331.
- JEZE G., « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.*, 1909, p 667-697.
- JEZE G., « La vérification des motifs des actes administratifs », *R.D.P.*, 1917, p 443-465.
- JEZE G., « La jurisprudence du Conseil d'Etat et la sanction des règles sur la discipline et la révocation des fonctionnaires publics », *R.D.P.*, 1904, p 780-808.
- JEZE G., « La jurisprudence du Conseil d'Etat et la sanction des règles sur le recrutement des fonctionnaires publics », *R.D.P.*, 1904, p 517-539.
- JEZE G., « La jurisprudence du Conseil d'Etat et la sanction des règles sur le recrutement, la discipline et la révocation des fonctionnaires publics », *R.D.P.*, 1906, p 483-503.
- JEZE G., « Valeur juridique des "déclarations de droits" et des "garanties des droits" », *R.D.P.*, 1913, p 685-688.
- JEZE G., « De l'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1911, p 286-291.
- JEZE G., « Le Conseil d'Etat saisi d'un recours pour excès de pouvoir est appelé essentiellement à constater la légalité d'un acte », *R.D.P.*, 1912, p 266-294.
- JEZE G., « La situation des préfets », *R.D.P.*, 1922, p 81-90.
- JEZE G., « La notion de travaux publics et de domaine public », *R.D.P.*, 1921, p 361-377.
- JEZE G., « L'examen du fait par le Conseil d'Etat au contentieux », *R.D.P.*, 1923, p 43-59.
- JEZE G., « Comparaison entre la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat touchant la notion d'excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1910, p 69-73.
- JEZE G., « Les libertés individuelles », in *Annuaire de l'institut international de droit public*, 1929, PUF, p 162-186.
- LABOULAYE E., « De l'Eglise catholique et de l'Etat », *Revue de législation et de jurisprudence*, avril 1845.
- LABOULAYE E., « L'église et l'Etat en Amérique », *R.D.M.*, 1873, p 721 et s.
- LACHAPPELLE G., « La crise religieuse en France », *R.P.P.*, 1907, p 228-243.
- LAFERRIÈRE E., « Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir », *R.C.L.J.*, 1876, p 303-327.
- LAFERRIERE E., « Du délai du recours pour excès de pouvoir lorsqu'il est précédé d'un recours au ministre », *R.G.A.*, 1887, tome 28, p 385-396.
- LAFERRIERE E., « Excès de pouvoir », in *Dictionnaire de l'administration française*, 3^{ème} éd, BLOCK M. (dir), Berger-Levrault, 1891, p 1084-1087.
- LAGRÉSILLE G., « Un plan de réorganisation légale de l'Eglise de France », *R.I.C.*, 1906, p 172-185.
- LAGRESILLE G., « Y aura-t-il des associations cutuelles ? », *R.I.C.*, 1906, p 82-93.
- LAGRESILLE G., « La sottise laïcité », *R.I.C.*, 1912, p 259-268 ; p 290-300.
- LE FUR L., « La protection juridictionnelle des franchises locales contre les empiètements des agents centralisés », *R.G.A.*, 1911, p 5-21 ; p 129-152 ; p 385-399 ; *R.G.A.*, 1912, p 5-18.
- LE FUR L., « La souveraineté et le droit », *R.D.P.*, 1908, p 389-422.

- LE FUR L., « Le problème de la séparation. Les règles d'organisation générale du culte et la hiérarchie catholique », *R.I.C.*, 1906, p 312-327.
- LÉGER R., « L'intérêt social et des droits individuels », *R.P.P.*, 1905, p 499-512.
- LEOUZON LE DUC C., « Les origines du budget des cultes », *Annales des sciences politiques*, 1886, p 275-297.
- LESOUDIER C., « De la propriété des biens détenus par les congrégations illicites », *R.T.D.civ.*, 1908, p 209-288.
- LE VAVASSEUR DE PRECOURT O., « De la nomination des instituteurs communaux », *R.C.L.J.*, 1878, p 609-622.
- LE VAVASSEUR DE PRECOURT O., « Le Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux par E. Laferrière, tome II », *R.G.A.*, 1888, p 385-393.
- LEVY-ULLMANN H. et GRUNEBaum-BALLIN P., « Essai sur les fondations par testament », *R.T.D.civ.*, 1904, p 253-283.
- LODS A., « L'exercice public du culte par les associations cultuelles », *R.I.C.*, 1914, p 108-120.
- LODS A., « L'affichage sur les édifices consacrés au culte », *R.I.C.*, 1913, p 33-37.
- LODS A., note sous Besançon, 2 juillet 1913, *Association cultuelle de l'église évangélique luthérienne de la paroisse de Valentigney c/ Commune de Valentigney*, *D.P.*, 1914, II, p 131.
- LOCHE G., « Du droit de surveillance et de réglementation du curé à l'intérieur de l'église », *R.I.C.*, 1911, p 133-138.
- LOCHE G., « De la situation légale du curé "simple occupant" de l'église », *R.I.C.*, 1907, p 432-440 ; p 473-477 ; *R.I.C.*, 1908, p 5-14 ; p 145-151.
- LUCIEN-BRUN H., « Les associations cultuelles et l'exercice du culte », *R.C.I.D.*, 1906, tome 36, p 436 et s.
- MARCHAL M., « Les conséquences de la Déclaration et des Principes de 1789, dans les rapports de la Religion et de la société civile », *R.C.I.D.*, février 1888, p 146-170.
- MARIE L., « L'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative », *R.D.P.*, 1901, p 266-296 ; p 476-524.
- MATER A., « Le municipalisme et le Conseil d'Etat », *Revue d'économie politique*, tome 19, 1905, p 324-353.
- MATHIEZ A., « Les philosophes et la séparation des Eglises et de l'Etat en France à la fin du XVIIIe siècle », *Revue historique*, 1910, p 63-79.
- MEYNIER F., TEISSERE D., TEISSERE Ch., AMBARD, CASENEUVE Ch., BERGASSE A., SIVAN, MAURIN O., BENET P., TIMON-DAVID, DE JESSE-CHARLEVAL, GUIGOU, « Consultation. Question relative à la séparation des lieux de sépulture dans les cimetières », *R.C.I.D.*, novembre 1876, p 373-388.
- MESTRE A., « L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 à 1919 », *B.S.L.C.*, 1922, p 19-34.
- MESTRE A., note sous Cass. civ., 5 février 1912, *Félix Colonna et abbé Forcioli c/ Abbé Antoine Colonna*, *S.*, 1912, I, p 353.
- MICHOUD L., « Les conseils de préfecture et la justice administrative », *R.P.P.*, 1897, p 267-294.
- MICHOUD L., « Une organisation légale des associations cultuelles », *R.I.C.*, 1906, p 247-267.
- MICHOUD L., « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *R.G.A.*, 1914, p 5-26 ; p 193-214 ; *R.G.A.*, 1915, p 5-25 ; p 193-227.
- MICHOUD L., « Note sur le projet relatif aux fondations », *Bulletin de la société d'études législatives*, 1909, p 172-179.
- MOREL A., « Documents relatifs à la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.D.P.*, 1907, p 102-119.

- MOYE M., « Pouvoirs de l'administration quant à l'exécution des lois », *R.C.L.J.*, 1910, p 385-391.
- NOËL M., « Les motifs dans les décisions des juridictions administratives », *R.D.P.*, 1924, p 350-384.
- NOTE anonyme sous CE, 19 novembre 1926, *Dame Gervais et autres*, *D.P.*, 1927, III, p 27.
- NOTE anonyme sous TC, 5 novembre 1880, *Marquigny et autres c/ Cambon et Mornave ; Bouffier et autres c/ Fache et Schnerb*, *D.P.*, 1880, III, p 121.
- NOTE anonyme sous TC, 2 août 1880, *Pères de la Compagnie de Jésus c/ préfet de la Haute-Garonne et commissaire de police*, *D.P.*, 1880, III, p 73.
- NOTE anonyme sous Tribunal civil de Lille, 1^{er} juillet 1880, *Marquigny et autres c/ préfet du Nord et Mornave, commissaire central*, *D.P.*, 1880, III, p 57.
- NOTE anonyme sous CE, avis, 6 avril 1880, *D.P.*, 1880, III, p 65.
- NOTE anonyme sous TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière Saint-Just c/ Préfet du Rhône*, *D.P.*, 1903, III, p 41.
- PASSAMA A., « La loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles », *R.C.I.D.*, avril 1888, p 302-332.
- PHILIPPE M., « Le Conseil d'Etat et ses tendances actuelles », *R.D.P.*, 1906, p 79-89.
- PIDOUX DE MADUERE A., « Une nouvelle jurisprudence sur les processions », *R.C.I.D.*, 1921, n°59, p 421 et s.
- PISANI P., « La négociation du concordat de 1801 », *Revue d'histoire de l'Eglise de France*, n°34, 1921, p 17-29.
- PREVOST-PARADOL, « De la liberté des cultes en France », *R.D.M.*, 1858, p 342-366.
- QUENTIN-BAUCHART, « Etude sur la juridiction administrative. Son utilité, son organisation, son avenir », *R.C.L.J.*, 1870, p 130-170.
- RÉGLADE M., « Le prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1925, p 413-446.
- REUTER P., note sous CE, 25 juin 1943, *Eglise réformée évangélique de Marseille*, *D.P.*, 1944, III, p 70.
- REVILLON A., « Projet de loi tendant à modifier les articles 6, 9, 10 et 14 de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.D.P.*, 1907, p 754.
- RIVERO J., « L'idée laïque et la réforme scolaire, 1879-1882 », *R.P.P.*, 1931, p 367-380.
- RIVET A., « Les processions et les cérémonies extérieures du culte au point de vue légal », *R.C.I.D.*, 1896, p 153-174.
- ROUSSEL C., « Un récent appel comme d'abus », *R.D.P.*, 1894, p 212.
- ROUSSEL J., « L'église et les concordats », *R.P.P.*, 1905, p 540-555.
- ROUX A., « De la réglementation des cérémonies extérieures du culte », *R.G.A.*, 1915, p 38-43.
- ROUX J-A., note sous Cass. crim., 16 juillet 1909 *Abbé Bouvet* ; 5 mars 1910, *Abbé Banel et Delle de Venzac*, *S.*, 1911, I, p 65.
- ROZY H., « Examen doctrinal de la jurisprudence du Conseil d'Etat », *R.C.L.J.*, 1870, p 97-109.
- SAISSET-SCHNEIDER, « Rapport sur le règlement d'administration publique du 16 mars 1906 », *R.D.P.*, 1906, p 718-740.
- SALEILLES R., « Etude sur l'exposé fait par M. Maurice Hauriou des principes de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.T.D.civ.*, 1906, p 847-874.
- SALEILLES R., « Le régime juridique de la séparation », *R.I.C.*, 1907, p 185-208.
- SALEILLES R., « Note sur les fondations », *Bulletin de la société d'études législatives*, 1909, p 161-172.

- SERRIGNY D., « Examen critique de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de fixation des limites des rues, des routes, des rivages de la mer et des rivières navigables », *R.C.L.J.*, p 97-113.
- TAUDIÈRE H., « La loi du 13 avril 1908 sur la dévolution des biens ecclésiastiques », *R.I.C.*, 1908, p 61-132.
- TAUDIÈRE H., « Le sort des fondations pieuses », *R.I.C.*, 1909, p 14-34 ; p 49-67.
- TAUDIÈRE H., « Le Conseil d'Etat et les désaffectations d'églises », *R.I.C.*, 1912, p 85-90.
- TAUDIÈRE H., « Des droits de l'évêque en matière de discipline ecclésiastique », *R.I.C.*, 1912, p 25-40.
- THERY G., « Un catholique français peut-il être républicain ? », *R.C.I.D.*, 1909, n°43, p 24-35.
- THERY G., « De la juridiction administrative », *R.C.I.D.*, 1881, p 8-19.
- THERY G., « Des enterrements civils », *R.C.I.D.*, octobre 1876, p 263-273.
- TISSIER A., note sous Cass. civ., 29 et 30 mai 1911, *Sauvert c/ Enregistrement et Enregistrement c/ Chevalier, S.*, 1911, I, p 353.
- VALLAVIEILLE F. de, « De la condition du prêtre dans l'église après les lois de séparation », *R.C.I.D.*, 1908, n°41, p 108-128 ; p 213-264.
- VERGE C.P., « Excès de pouvoir », in *Dictionnaire de l'administration française*, BLOCK M. (dir), Berger-Levrault, 1877, p 927-929.
- VIVIEN DE GOUBERT A., « Le Conseil d'Etat », *R.D.M.*, 1841, p 161-196 ; *R.D.M.*, 1841, p 601-633.
- WALINE M., « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *R.D.P.*, 1930, p 197-223.
- WALINE M., note sous CE, 20 novembre 1936, *Abbé Rivière et autres* ; 18 juin 1937, *Abbé Bernard* ; 1^{er} avril 1938, *Abbé Laplanche-Coudert et autres*, *D.P.*, 1939, III, p 1.
- WALINE M., note sous CE, 28 avril 1938, *Dlle Weiss*, *D.P.*, 1939, III, p 41.
- WORMS R., « La juridiction du Conseil d'Etat et ses tendances actuelles », *Annales de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1905, tome 164, p 632-679 ; tome 172, p 650-663

II. – ETUDES HISTORIQUES ET JURIDIQUES CONTEMPORAINES (DEPUIS 1945).

1. – Ouvrages.

A. – Traités, manuels et monographies.

- BARBIER M., *La laïcité*, L'Harmattan, 1995.
- BASDEVANT-GAUDEMET B., *Le jeu concordataire dans la France du XIXe siècle. Le clergé devant le Conseil d'Etat*, PUF, 1988.
- BASDEVANT-GAUDEMET B., MESSNER F. (dir), *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'union européenne*, PUF, 1999.
- BAUBEROT J. et MATHIEU S., *Religion, modernité et culture au Royaume-Uni et en France, 1800-1914*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2002.
- BEDOUELLE G. et COSTA J-P., *Les laïcités à la française*, PUF, 1998.
- BIGOT G., *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, coll. Droit fondamental, 2002.

- BLAIS M-C., *Au principe de la République, le cas Renouvier*, Gallimard, 2000.
- BOUDON J-O., *Napoléon et les cultes*, Fayard, 2002.
- BOURDIN B., *La genèse théologico-politique de l'Etat moderne*, PUF, 2004.
- BURDEAU G., *Les libertés publiques*, 3^{ème} éd, LDGJ, 1966.
- BURDEAU F., *Histoire du droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1995.
- CABANEL P., *Entre religions et laïcité. La voie française : XIXe-XXIe siècles*, Privat, 2007.
- CAPÉLAN L., *Histoire contemporaine de la laïcité française*, Rivière, 1947.
- CHANTIN J-P., *Le régime concordataire français. La collaboration des Eglises et de l'Etat (1802-1905)*, Beauchesne, 2010.
- CHEVALLIER P., *La séparation de l'Eglise et de l'école, Jules Ferry et Léon XIII*, Fayard, 1981.
- CHOLVY G., *Christianisme et société en France au XIXe siècle*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2001.
- COLLECTIF, *Le Conseil d'Etat. Son histoire d'après les documents d'époque, 1799-1974*, éd du CNRS, 1974.
- CONSEIL D'ETAT (Rapport public), *Un siècle de laïcité*, La Documentation Française, 2004.
- CORBIN A., *Les cloches de la terre. Paysage sonore et culture sensible dans les campagnes au XIXe siècle*, Champs-Flammarion, 1994.
- DABIN J., *Le droit subjectif*, 1952, rééd Dalloz, 2008.
- DAMIEN A., *Autour de 1905. Itinéraires dans l'histoire de France cent ans après la Séparation*, éd CLD, 2006.
- DE LACHARRIERE R., *Cormenin, Politique, pamphlétaire et fondateur du droit administratif*, LGDJ, 1941.
- D'HOLLANDER P. (dir), *L'Eglise dans la rue. Les cérémonies extérieures du culte en France au XIXe siècle*, PULIM, 2001.
- DURAND-PRINBORGNE C., *La laïcité*, Dalloz, 1996.
- GAILLARD J-M., *Jules Ferry*, Fayard, 1989.
- GAUCHET M., *La religion dans la démocratie*, Folio-Essais, 1998.
- GENESTAL R., *Les origines de l'appel comme d'abus*, PUF, 1951.
- GIRARD L., *Napoléon III*, Fayard, coll. Pluriel, 1986.
- GONOD P., *La présidence du Conseil d'Etat républicain*, Dalloz, 2005.
- GONZALEZ G. (dir), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006.
- HAARSCHER G., *La laïcité*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2005.
- HAYAT P., *La laïcité et les pouvoirs. Pour une critique de la raison laïque*, Kimé, 1998.
- IMBERT L., *L'évolution du recours pour excès de pouvoir, 1872-1900*, Dalloz, 1952.
- JESTAZ P. et JAMIN C., *La doctrine*, Dalloz, 2004.
- KINTZLER C., *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Vrin, 2007.
- LALOUETTE J., *La libre pensée en France, 1848-1940*, Albin Michel, 2001.
- LALOUETTE J., *La république anticléricale*, Le Seuil, coll. l'Univers Historique, 2002.
- LALOUETTE J., *La séparation des Eglises et de l'Etat. Genèse et développement d'une idée, 1789-1905*, Le Seuil, coll. l'Univers Historique, 2005.
- LALOUETTE J., *L'Etat et les cultes. 1789-1905-2005*, La Découverte, 2005.
- LALOUETTE J. et MACHELON J-P., *1901, Les congrégations hors la loi ?*, Letouzey et Ané, 2002.
- LANDON P., *Histoire abrégé du recours pour excès de pouvoir des origines à 1954*, BDP, n°51, LGDJ, 1962.
- LAQUIÈZE A., *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, PUF, coll. Léviathan, 2002.

- LARKIN M., *L'Eglise et l'Etat en France. 1905 : la crise de la séparation*, Privat, 2004.
- LE GOFF J. et REMOND R. (dir), *Histoire de la France religieuse*, tome III : *Du roi Très Chrétien à la laïcité républicaine, XVIIIe-XIXe siècle*, JOUTARD P. (dir), Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2001.
- LÉNIAUD J-M., *L'administration des cultes pendant la période concordataire*, Les nouvelles éditions latines, 1988.
- LE TOURNEAU D., *L'Eglise et l'Etat en France*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2000.
- LOEFFEL L., *La question du fondement de la morale laïque sous la IIIe République (1870-1914)*, PUF, 2000.
- LONG M. et MONIER J-C., *Portalis, l'esprit de justice*, Michalon, 1997.
- MAYEUR J-M., *Les débuts de la IIIe République, 1871-1898*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 1973.
- MAYEUR J-M., *La vie politique sous la IIIe République, 1870-1940*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 1984.
- MAYEUR J-M., *La question laïque, XIXe-XXe siècle*, Fayard, 1997.
- MAYEUR J-M., *La séparation des Eglises et de l'Etat*, Les éditions de l'atelier, 2005.
- MÉJAN L.V., *La séparation des Eglises et de l'Etat, l'œuvre de Louis Méjan*, PUF, 1959.
- MESSNER F., PRÉLOT P-H., WOEHLING J-M. (dir), *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003.
- MICHEL J., *Blum. Un juriste en politique*, Michalon, 2008.
- MILZA P., *Napoléon III*, Perrin, 2006.
- NICOLET C., *L'idée républicaine en France (1789-1924)*, Gallimard, 1982.
- ORMIÈRES J-L., *Politique et religion en France*, Complexe, 2002.
- OZOUF M., *L'école, l'Eglise et la République, 1871-1914*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 1982.
- PACTEAU B., *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative au XIXe siècle*, PUF, coll. Léviathan, 2003.
- PENA-RUIZ H., *Dieu et Marianne. Philosophie de la laïcité*, PUF, 2001.
- PENA-RUIZ H., *Qu'est-ce que la laïcité ?*, Folio-Actuel, 2003.
- PLESSIS A., *De la fête impériale au mur des fédérés*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 1979.
- POULAT E., *Notre laïcité publique*, Berg international, 2003.
- POULAT E., *Les diocésaines. République française, Eglise catholique : loi de 1905 et associations culturelles catholiques, le dossier d'un litige et de sa solution (1903-2003)*, La Documentation Française, 2007.
- POULAT E., *Scruter la loi de 1905. La République française et la Religion*, Fayard, coll. Les quarante piliers, 2010.
- RÉMOND R., *Religion et société en Europe, la sécularisation au XIXe et XXe siècles, 1789-2000*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2001.
- ROBERT J., *La fin de la laïcité ?*, Odile Jacob, 2004.
- ROSANVALLON P., *La Démocratie inachevée*, Folio-Histoire, 2000.
- ROYER J-P., *Histoire de la justice en France*, 3^{ème} éd, PUF, coll. Droit fondamental, 2001.
- SCHWARTZ R., *Un siècle de laïcité*, Berger-Levrault, 2007.
- SCOT J-P., « *L'Etat chez lui, l'Eglise chez elle* ». *Comprendre la loi de 1905*, Le Seuil, coll. Point-Histoire, 2005.
- SORREL C., *La République contre les congrégations, histoire d'une passion française, 1899-1904*, Cerf, 2003.
- SUEUR P., *Histoire du droit public français, XVe-XVIIIe siècle. Tome II. Affirmation et crise de l'Etat sous l'Ancien Régime*, PUF, coll. Thémis, 2001.
- TAWIL E., *Du gallicanisme administratif à la liberté religieuse. Le Conseil d'Etat et le régime des cultes depuis la loi de 1905*, PUAM, 2009.

- TOUZEIL-DIVINA M., *La doctrine publiciste, 1800-1880*, éd La mémoire du Droit, 2009.
- WEIL P. (dir), *Politiques de la laïcité au XXe siècle*, PUF, 2007.
- WEIDENFELD K., *Histoire du droit administratif, du XIVe siècle à nos jours*, Economica, 2010.
- WRIGHT V., *Le Conseil d'Etat sous le Second empire*, FNSP, 1972.
- YON J-C., *Le Second Empire. Politique, société, culture*, Armand Colin, 2004.

B. – Thèses.

- BEAUD O., *La puissance de l'Etat*, PUF, coll. Léviathan, 1994.
- BIGOT G., *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration, vicissitudes d'une ambition, 1800-1872*, BSA, n°15, LGDJ, 1999.
- BLANCPAIN F., *La formation de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Thèse, Paris II, 1979.
- BOUVET M., *Le Conseil d'Etat sous la Monarchie de Juillet*, BSA, LGDJ, 2001.
- BRAUD P., *La notion de liberté publique en droit public français*, BDP, n°76, LGDJ, 1968.
- CHEVALLIER J., *L'élaboration historique du principe de séparation de l'administration et de la juridiction administrative*, Thèse, LGDJ, 1970.
- DUBUISSON M., *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, 1957.
- FOREY E., *Etat et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007.
- GAUDEMET Y., *Les méthodes du juge administratif*, BDP, LGDJ, 1972.
- GONOD P., *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, BDP, n°190, LGDJ, 1997.
- FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés, émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2003.
- HEUSCHLING L., *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2002.
- KTISTAKI S., *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, BDP, n°162, LGDJ, 1997.
- LANDON P., *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Thèse, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1942.
- LAROCHE C., *Les actes non susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat au dix-neuvième siècle*, Thèse, Paris V, 2005.
- LOCHAK D., *Le rôle politique du juge administratif français*, Thèse, Paris, LGDJ, 1971.
- MACHELON J-P., *La République contre les libertés. Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1914*, FNSP, 1976.
- MELLERAY F., *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, BDP, n°212, LGDJ, 2001.
- PACTEAU B., *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, Thèse, LGDJ, 1977.
- PEISER G., *Le recours en cassation en droit administratif français. Evolution et régime actuel*, Thèse, Nancy, 1957.
- PINON S. et PRELOT P-H., *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Montchrestien, 2009.

- PISIER-KOUCHNER E., *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, Thèse, Paris, LGDJ, 1972.
- PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd Panthéon-Assas, 2003.
- RAMBAUD T., *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit comparé*, LGDJ, 2004
- REDOR M-J., *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions doctrinales de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, Economica/PUAM, 1992.
- RIALS S., *Le juge administratif français et la technique des standards*, BDP, n°135, LGDJ, 1980.
- SANDEVOIR P., *Etude sur le recours de pleine juridiction. L'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, Thèse, Lille, LGDJ, 1964.
- SFEZ L., *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, 1966.
- STECK O., *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire sous la IIIe République*, BDP, n°255, LGDJ, 2007.
- TROTABAS J-B., *La notion de laïcité dans le droit de l'Eglise catholique et de l'Etat républicain*, Thèse, Aix-Marseille, LGDJ, 1961.
- VAUTROT-SCHWARZ C., *La qualification juridique en droit administratif*, BDP n°263, LGDJ, 2009.
- VENEZIA J-C., *Le pouvoir discrétionnaire*, BDP, n°17, LGDJ, 1959.

2. – Articles.

- AMALVI C., « Les guerres des manuels autour de l'école primaire en France (1899-1914) », *Revue historique*, 1979, p 359-398.
- ANCEAU E., « Nouvelles voies de l'historiographie politique du Second Empire », *Parlement(s)*, 2008, n°4, Hors-série, p 10-26.
- ANDRIEUX J-P., « Le prince, le peuple et la nation », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, BLUCHE F. (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 207-221.
- APPOLIS E., « En marge de la Séparation : les associations culturelles schismatiques », *Revue d'histoire de l'Eglise de France*, n°146, 1963, pp. 47-88.
- ASHWORTH A., « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire », *R.D.P.*, 1994, p 45-102.
- AUZANNEAU C., « La justice administrative vue par la doctrine de Locré à Aucoc », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, BIGOT G. et BOUVET M. (dir), Litec, 2006, p 105-127.
- AZIMI V., « La Constitution et ses limites selon Edouard de Laboulaye », *R.F.D.C.*, 1996 n°26, p 243-271.
- AZIMI V., « Administration et Parlement : la démocratie organisée de Henri Chardon », *Rev. hist. droit*, n°76, 1998, p 557-582.
- AZIMI V., « Le préfet Louis Lépine et l'application de la loi de 1905 », *R.A.*, 2005, n°345, p 229-236.
- BACOT G., « La déclaration de 1789 et la Constitution de 1958 », *R.D.P.*, 1989, p 685-737.
- BALLANDRAS-ROZET C., « Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir », *A.J.D.A.*, 2007, p 2236-2242.

- BARROCHE J., « Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2008, n°28, p 307-336.
- BARTHÉLÉMY J. « Le Conseil d'Etat et la construction des fondements de la laïcité », *R.A.*, numéro spécial, 1999, p 37-47.
- BASDEVANT-GAUDEMET B., « Le Conseil d'Etat et les suppressions de traitements ecclésiastiques sous la troisième République », *E.D.C.E.*, 1986, p 239-247.
- BASDEVANT-GAUDEMET B., « Ecole publique, école privée. L'épiscopat devant le Conseil d'Etat », *R.H.E.F.*, 1988, p 245-259.
- BASDEVANT-GAUDEMET B., « Le Conseil d'Etat et les questions religieuses au XIXe siècle », *R.A.*, 1999, numéro spécial, p 16-26
- BASDEVANT-GAUDEMET B., « Note sur le gallicanisme au XVIe siècle : à propos d'une publication récente », *Rev. hist. droit*, 2003, p 237-246.
- BASDEVANT-GAUDEMET B., « Un siècle de régime de cultes reconnus, un siècle de séparation », *Rev. hist. droit*, 2004, p 45-69.
- BASDEVANT-GAUDEMET B., « Gabriel Le Bras et le régime de séparation de l'Eglise et de l'Etat », *Rev. hist. droit*, 2006, n°84, p 629 et s.
- BASDEVANT-GAUDEMET B., « Autorité du pape, du roi et des évêques d'après le Discours sur les libertés de l'Eglise gallicane de Claude Fleury », *Rev. hist. droit.*, 2008, p 523-538.
- BEDIN V., « Briand et la Séparation des Eglises et de l'Etat. La commission des 33 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1977, p 364-392.
- BELLON C., « Aristide Briand et la séparation des églises et de l'Etat », *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, n°87, 2005, p 57-72.
- BELLON C., « Les parlementaires socialistes et la loi de 1905 », *Parlement(s)*, n°3, 2005, p 116-136.
- BERNARD M., « La paix religieuse (1920-1960) », *R.A.*, numéro spécial, 1999, p 48-55.
- BIENVENU J-J., « Les origines et le développement de la doctrine », *R.A.*, numéro spécial, 1997, p 13-16.
- BIENVENU J-J., « Justice administrative », in *Dictionnaire Napoléon*, TULARD J. (dir), Fayard, 1999, p 999.
- BIGOT G., « Le Conseil d'Etat, juge gouvernemental », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, BLUCHE F. (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 171-188.
- BIGOT G., « Les mythes fondateurs du droit administratif », *R.F.D.A.*, 2000, p 527-536.
- BIGOT G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875, définir le droit administratif », *R.F.D.A.*, 2003, p 218-224.
- BIGOT G., « La dictature administrative au XIXe siècle : théorie historique du droit administratif », *R.F.D.A.*, 2003, p 435-441.
- BIGOT G., « La théorie du ministre-juge : endoscopie d'une fiction juridique », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, BIGOT G. et BOUVET M. (dir), Litec, 2006, p 229-255.
- BLANCPAIN F., « Léon Aucoc, praticien et théoricien du droit administratif », *R.H.D.F.E.*, 1974, n°4, p 733-741.
- BOUDON J., « Louis-Napoléon Bonaparte : du "jacobinisme" au "socialisme" ? », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, BLUCHE F. (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 189-206.
- BOUVET M., « Les commissaires du gouvernement auprès du Conseil d'Etat statuant au contentieux (1831-1872) », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, BIGOT G. et BOUVET M. (dir), Litec, 2006, p 129-181.

- BOUTRY P., « Le clocher », in *Les lieux de mémoire*, NORA P. (dir), tome III, volume 2, Gallimard, 1984, p 57 et s.
- BOYER A., « Comment l'Etat laïque connaît-il les religions ? », *Arch. sc. soc. des rel.*, n°129, 2005, p 37-49.
- BURDEAU F., « Les crises du principe de dualité de juridictions », *R.F.D.A.*, 1990, p 724-733.
- BURDEAU F., « Quand juger l'application de la loi n'est plus administrer (l'arrêt *Bizet*) », in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, BIGOT G. et BOUVET M. (dir), Litec, 2006, p 257-264.
- CAMBY J-P., « Le principe de laïcité : l'apaisement par le droit ? », *R.D.P.*, 2005, p 3-17.
- CARBONNIER J., « La nature juridique des concordats », mars 1960, in *Jean Carbonnier. Ecrits*, PUF, 2008, p 1318-1333.
- CARBONNIER J., « Le Code civil », in *Les lieux de mémoire*, NORA P. (dir), tome II, volume 2, Gallimard, 1984, p 293 et s.
- CAYLA O., « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, n°18, 1993, p 3-18.
- CHAMPION F., « La laïcité n'est plus ce qu'elle était », *A.S.S.R.*, n°116, 2001, p 41-52.
- CHAUMET P-O., « L'administration française des cultes non-reconnus par l'Etat au XIXe siècle (1802-1905) », *Rev. hist. droit*, 2006, n°84, p 19 et s.
- CHEVALLIER J., « L'Etat de droit », *R.D.P.*, 1988, p 313-380.
- CHEVALLIER J., « Réflexion sur l'arrêt *Cadot* », *Droits*, 1989, n°9, p 79-91.
- CHEVALLIER J., « Du principe de séparation au principe de dualité », *R.F.D.A.*, 1990, p 712-723.
- CHEVALIER P., « Jules Ferry et le Saint-siège », in *Jules Ferry, fondateur de la République*, EHESS, 1985, p 171-187.
- CHOISEL F., « La procédure de révision constitutionnelle (1852-1870) », *Parlement(s)*, 2008, n°4, hors-série, p 50-68.
- COULOMBEL P., « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des églises et de l'Etat », *R.T.D.civ.*, 1956, p 1-54.
- DAVID B., « Les réactions de deux canonistes français à la séparation », in *Christianisme et politique dans le Tarn sous la Troisième République*, NELIDOFF P. et DEVAUX O. (dir), Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2000, p 139.
- DEGUERGUE M., « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *Droits*, 1994, n°20, p 125-132.
- DELSENNE L., « De la difficile adaptation du principe républicain de laïcité à l'évolution socio-culturelle française », *R.D.P.*, 2005, p 427-462.
- DE LA MARDIERE C., « Retour sur la valeur juridique de la déclaration de 1789 », *R.F.D.C.*, n°38, 1999, p 227-255.
- DE NAUROIS L., « Aux confins du droit privé et du droit public, la liberté religieuse », *R.T.D.civ.*, 1962, p 241-266.
- DE NAUROIS L., « La mise en œuvre juridique de la séparation des Eglises et de l'Etat », *Revue de droit canonique*, mars 1963, p 65-80.
- DERRIEN X., « Démocratie directe et plébiscite sous le Second Empire », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, BLUCHE F. (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 243-254.
- DONNEDIEU DE VABRES J., « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France », *E.D.C.E.*, 1949, p 30-49.
- DUPUY R-J., « Le pourvoi en cassation et la dualité du contentieux de l'annulation », *R.D.P.*, 1950, p 506-544.
- DURAND J-P., « L'établissement de la liberté religieuse : le Conseil d'Etat et le Concordat », *R.A.*, numéro spécial, 1999, p 8-15.

- ELMS E., « Le Conseil d'Etat, 1879-1914 », *E.D.C.E.*, 1993, p 429-463.
- EISENMANN C., « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue philosophique*, juillet-décembre 1930, p 231-279.
- EPRON Q., « Gallicanisme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, ALLAND D. et RIALS S. (dir), Lamy/PUF, 2003.
- FAUCHOIS Y., « La difficulté d'être : les droits de l'homme, l'Eglise catholique et l'Assemblée constituante, 1789-1790 », *R.H.M.C.*, 2001, p 71-101.
- FÉVRIER J-M., « Les juristes et la défaite de 1870 (l'exemple de la doctrine publiciste) », *R.A.*, 2002, p 479-486.
- FLAUSS J-F., « Laïcité et Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.P.*, 2004, p 317-324.
- FOUGERE L., « Les travaux de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat au cours des années 1878, 1879, 1880 », *E.D.C.E.*, 1987-1988, p 117-125.
- FOULQUIER N., « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus Politicum*, n°2, 2009, www.juspoliticum.com.
- FRIER P-L., « Contrôle des motifs », in *Répertoire de contentieux administratif Dalloz*, septembre 2005.
- FURET F., « La Constitution civile du clergé », in *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Champs-Flammarion, 1992.
- GASPARINI E., « Regards de Portalis sur le droit révolutionnaire : la quête du juste milieu », *Annales historiques de la Révolution française*, n°328, 2002, p 121-133.
- GAUDEMET Y., « Les bases constitutionnelles du contentieux administratif », *R.D.P.*, 1987, p 1341 et s.
- GAUDEMET Y., « Le domaine public cultuel dans le Code général de la propriété des personnes publiques », *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois. Le dialogue des juges*, Dalloz, 2009.
- GAUDILLERE B., « La publicité des débats parlementaires (1852-1870) », *Parlement(s)*, 2008, n°4, Hors-série, p 27-49.
- GONOD P., « Le répertoire Béquet », in *Mélanges de l'honneur de Bruno Genevois. Le dialogue des juges*, Dalloz, 2009.
- GONOD P., « Le Conseil d'Etat républicain », *R.A.*, numéro spécial, 1999, p 33-42.
- GOYARD C., « Police des cultes et Conseil d'Etat du concordat à la séparation », *R.A.*, 1984, p 335-346.
- GUEISSAZ M., « Protestants et laïques d'origine protestante dans la loi de 1905 », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, n°78, 2005, p 16-26.
- GUISLIN J-M., « L'éloquence parlementaire au début de la IIIe République », *Parlement(s)*, n°3, 2005, p 39-59.
- GUYON G. D., « A propos de l'application de la loi de Séparation des Eglises et de l'Etat dans le diocèse de Bordeaux entre 1905 et 1925 », *Rev. hist. droit*, 2005, p 611-634.
- GROS D., « La République laïque », in *La République en droit français*, MATHIEU B. et VERPEAUX M. (dir), Economica, 1996, p 103-144.
- GROS D., « La légitimation par le droit », in *Serviteurs de l'Etat. Une histoire politique de l'administration française, 1875-1940*, BARUCH M. O. et DUCLERT V. (dir), La Découverte, p 19-35.
- GROS M., « Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir », *R.D.P.*, 1997, p 1235-1253.
- HALPERIN J-L., « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *Rev. hist. droit*, juillet-septembre 1997, p 415 et s.
- HERMON-BELLOT R., « La genèse du système des cultes reconnus : aux origines de la notion française de reconnaissance », *Arch. de sc. soc. des rel.*, n°129, 2005, p 17-35.

- HAYAT P., « Ferdinand Buisson et l'individualisme », *Arch. de sc. soc. des rel.*, n°124, 2003, p 5-18.
- HAZAREESINGH S., « La légende napoléonienne sous le Second Empire : les médaillés de Sainte-Hélène et la fête du 15 août », *Revue historique*, n°3, 2003, p 543-566.
- JORAT M., « Supprimer la justice administrative, deux siècles de débats », *R.F.D.A.*, 2008, p 456-467.
- KOUBI G., « Le juge administratif et la liberté religieuse », *R.F.D.A.*, 2003, p 1055-1061.
- LAFON J., « Les poursuites contre les ministres des cultes au XIXe siècle », *E.D.C.E.*, 1979, p 117 et s.
- LAIDIÉ Y., « Les libéraux et la justice administrative au XIXe siècle : un mariage de raison ? », *R.A.*, 2001, p 5-11.
- LALOUETTE J., « Dimensions anticléricales de la culture républicaine (1870-1914) », *Histoire, économie et société*, 1991, n°1, pp. 127-142.
- LALOUETTE J., « Expulser Dieu : la laïcisation des écoles, des hôpitaux et des prétoires », *Mots*, n°27, pp. 23-39.
- LALOUETTE J., « La séparation avant la séparation. Projets et propositions de loi (1866-1891) », *Vingtième Siècle, revue d'histoire*, n°87, 2005, p 41-55.
- LALOUETTE J., « Laïcité et séparation des Eglises et de l'Etat : esquisse d'un bilan historiographique (2003-2005) », *Revue historique*, n°4, 2005, p 849-870.
- LAMPUÉ P., « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XXe siècle », *Revue internationale de science administrative*, 1954, p 359-392.
- LAMPUE P., « La notion d'acte juridictionnel », *R.D.P.*, 1946, p 5-65.
- LANGLADE M., « De Thiers à Mac-Mahon : les avatars du mode de désignation des conseillers d'Etat (1872-1875) », *E.D.C.E.*, 1984-1985, p 319-338.
- LANGLOIS C., « Depuis 60 ans, la République est laïque », *Vingtième siècle, revue d'histoire*, n° 87, Juillet-septembre 2005, p 11-20.
- LASPOUGEAS J., « Concordat de 1801 », in *Dictionnaire Napoléon*, TULARD J. (dir), Fayard, 1999, p 451.
- LAVIALLE C., « Les édifices affectés aux cultes », *R.F.D.A.*, 2006, p 949 et s.
- LE BRAS G., « Le Conseil d'Etat, régulateur de la vie paroissiale », *E.D.C.E.*, 1950, p 63-76.
- LECA A., « L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de culte (1879-1914) », in *Christianisme et politique dans le Tarn sous la Troisième République*, NELIDOFF P. et DEVAUX O. (dir), Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2000, p 145-162.
- LEGENDRE P., « Méditation sur l'esprit libéral, la leçon d'Edouard Laboulaye, Juriste-témoin », *R.D.P.*, 1971, p 83-122.
- LOCHAK D., « Le Conseil d'Etat en politique », *Pouvoirs*, n°123, 2007, p 19-32.
- MACHELON J-P., « L'avènement de la troisième République (1870-1879) », *R.A.*, numéro spécial, 1999, p 19-25.
- MACHEREY P., « Philosophies laïques », *Mots*, n°27, pp. 5-22.
- MAYEUR J-M., « Religion et politique : géographie de la résistance aux inventaires (février-mars 1906) », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, n°6, 1966, pp. 1259-1272.
- MAYEUR J-M., « Jules Ferry et la laïcité », in *Jules Ferry, fondateur de la République*, EHESS, 1985, p 147-157.
- MAYEUR J-M., « La crise de la séparation », *R.A.*, numéro spécial, 1999, p 31-36.
- MESTRE J-L., « Le Conseil d'Etat de France du Consulat au début de la IIIe République », *R.A.*, 1999, numéro spécial, p 17-32.
- MESTRE J-L. « L'arrêt Landrin, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir ? », *R.F.D.A.*, 2003, p 211-217.

- MESTRE J-L., « La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 », *E.D.C.E.*, 1991, p 281-298.
- MORANGE G., « Valeur juridique des principes contenus dans les Déclarations des Droits », *R.D.P.*, 1945, p 229-250.
- MORANGE J., « Peut-on réviser la loi de 1905 ? », *R.F.D.A.*, 2005, p 153-162.
- MOURE S., « L'idée impériale », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, BLUCHE F. (dir), PUF-Léviathan, 2000, p 228-242.
- MOREL A., « La loi du 28 mars 1907 sur les réunions publiques », *R.D.P.*, 1907, p 266-271.
- NIORT J-F., « Les Portalis et l'esprit du XIXe siècle », *Droits*, n°42, 2006, p 93-118.
- PETROFF M., « L'éclipse du droit constitutionnel », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, BLUCHE F. (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 161-170.
- PINON S., « Regard critique sur les leçons d'un "maître" du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1848-1913) », *R.D.P.*, 2007, p 193-229.
- PINON S., « Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante », *R.D.P.*, 2010, p 523.
- PLONGERON B., « Face au Concordat (1801), résistances des évêques anciens constitutionnels », *Annales historiques de la Révolution française*, n°337, 2004, p 85-115.
- PONCET O., « Grammaire et diplomatie sous la Troisième République. La querelle du *Nobis nominavit* entre la France et le Saint-Siège (1871-1903) », in *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Italie et Méditerranée*, tome 109, n°2, 1997, pp. 895-945.
- PORTIER P., « L'Eglise catholique face au modèle français de laïcité. Histoire d'un ralliement », *Arch. sc. soc. des rel.*, 2005, n°129, p 117.
- PRELOT M., « La signification constitutionnelle du Second Empire », *Revue française de science politique*, n°1, 1953, p 31-56.
- PRELOT P-H., « La liberté d'enseignement dans la séparation des Eglises et de l'Etat (1879-1905) », *R.D.P.*, 2006, p 617-635.
- PRELOT P-H., « Les religions et l'égalité en droit français », *R.D.P.*, 2001, p 737-775.
- RAYNAUD P., « Des droits de l'homme à l'Etat de droit, les droits de l'homme et leurs garanties chez les théoriciens classiques du droit public », *Droits*, n°2, 1985, p 61-73.
- RIALS S., « Pouvoir discrétionnaire », in *Répertoire de contentieux administratif Dalloz*.
- RIVERO J., « La notion juridique de laïcité », *D.*, 1949, chr., p 137-140.
- RIVERO J., « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1955, p 27-36.
- RIVERO J., « L'avis de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat en date du 27 novembre 1989 », *R.F.D.A.*, 1990, p 1-6.
- ROLLAND P., « Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ? », *Arch. sc. soc. des rel.*, n°129, 2005, p 51-63.
- ROLLAND P., « un "cardinal vert" : Raymond Saleilles », *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2008, n°28, p 273 et s.
- SACRISTE G., « Droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du XIXe siècle », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2001, n°4, p 69-94.
- SAINT-BONNET F., « Technique juridique du coup d'Etat », in *Le prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, BLUCHE F. (dir), PUF, coll. Léviathan, 2000, p 123-160.
- SICARD G., « Le gallicanisme du Conseil d'Etat durant les premières années de la troisième République », *Rev. hist. droit*, 1990, p 375-390.
- STAHL J-H., « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *R.A.*, numéro spécial, 1997, p 36-39.

- STIRN B., « Le Conseil d'Etat, l'école et la laïcité », *Mélanges en l'honneur du professeur Franck Moderne*, Dalloz, 2005, p 407-415.
- TANGUY Y., « L'institution dans l'œuvre de Maurice Hauriou », *R.D.P.*, 1991, p 61 et s.
- TROPER M., « Le concept d'Etat de droit », *Droits*, n°15, 1992, p 51-63.
- TROPER M., « Le principe de laïcité », *Cardozo Law Review*, 2000, p 1541 et s.
- TRUEL T., « Le spectre impérial au début de la IIIe République : entre fantasmes et réalités », *Parlement(s)*, 2008, n°4, Hors-série, p 145-162.
- VANNEUVILLE R., « Le Conseil d'Etat au tournant du siècle, raison politique et conscience légale de la République », in *Serviteurs de l'Etat. Une histoire politique de l'administration française, 1875-1940*, BARUCH M. O. et DUCLERT V. (dir), La Découverte, 2000, p 97-108.
- VANNEUVILLE R., « Le droit administratif comme savoir de gouvernement ? René Worms et le Conseil d'Etat devant l'Académie des sciences morales et politiques au début du XXe siècle », *Revue française de science politique*, 2003, p 219-235.
- VEDEL G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1954, p 21-53.
- VEDEL G., « La loi des 16-24 août 1790 : texte ? Prétexte ? Contexte ? », *R.F.D.A.*, 1990, p 698-711.
- VELLEY S., « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *R.D.P.*, 1989, p 767-783.
- VENEZIA J-C., « Gaston Jèze et le service public », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1991, p 93-103.
- VIDAL R., « L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », *R.D.P.*, 1952, p 275-316.
- VIDAL R., « Batbie et les débuts de l'organisation scientifique du droit administratif », *R.D.P.*, 1950, p 804-819.
- WALINE M., « Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration », *E.D.C.E.*, 1953, p 25-33.
- WRIGHT V., « L'épuration du Conseil d'Etat en juillet 1879 », *R.H.M.C.*, 1972, p 621-653.
- WRIGHT V., « La réorganisation du Conseil d'Etat en 1872 », *E.D.C.E.*, 1972, p 21-61.
- WRIGHT V., « La loi de sûreté générale de 1858 », *R.H.M.C.*, 1969, p 414-430.
- WILLAIME J-P., « 1905 et la pratique d'une laïcité de reconnaissance sociale des religions », *Arch. sc. soc. des rel.*, n°129, 2005, p 67-82.
- WOEHLING J-M., « L'interdiction pour l'Etat de reconnaître et de financer un culte. Quelle valeur juridique aujourd'hui ? », *R.D.P.*, 2006, p 1633-1669.

III. CONCLUSIONS DES COMMISSAIRES DU GOUVERNEMENT ET RAPPORTS.

AUCOC, sur :

- CE, 13 mars 1867, *Bizet, Rec.*, p 274.
- CE, 20 fev 1868, *Bouchers de Paris, Rec.*, p 195.
- CE, 7 janvier 1869, *Commune de Bourg-Le-Roi, Rec.*, p 16.
- CE, 9 mai 1867, *Duc D'Aumale et Michel Lévy, Rec.*, p 472.
- CE, 10 juillet 1869, *Pharmaciens de Strasbourg, Rec.*, p 680.
- CE, 20 juin 1867, *L'Abbé Roy, Rec.*, p 584.
- CE, 14 août 1865, *Habitants de Richelieu, Rec.*, p 797.
- CE, 19 mai 1865, *Barthélémy, Rec.*, p 537.
- CE, 22 avril 1865, *Brussant, Rec.*, p 448.
- CE, 15 décembre 1865, *Fabrique de Saint-Martin de Berthecourt, Rec.*, p 986.
- CE, 20 février 1868, *Couder et autres, S.*, 1868, III, p 93.

BLUM, sur :

- CE, 17 mars 1911, *Abbé Bouchon, D.P.*, 1913, III, p 57.
- CE, 7 mars 1919, *Commune de Cons-la-Grandville, Rec.*, p 237.
- CE, 19 mai 1916, *Bourse des pauvres écoliers, Rec.*, p 189.

CAZALENS, sur :

- TC, 14 janvier 1880, *Frères des écoles chrétiennes c/ ville d'Alais et préfet du Gard, Rec.*, p 32.

CHANTE-GRELLET, sur :

- CE, 13 mars 1886, *Abbé Gléna, Rec.*, p 240.
- TC, 14 avril 1883, *Freppel, évêque d'Angers c/ Devanlay, Rec.*, p 357.
- CE, 13 novembre 1885, *Passerat de la Chapelle, Rec.*, p 836.

CHARDENET, sur :

- CE, 19 mars 1909, *Abbé Olivier et autres c/Maire de Sens, D.P.*, 1910, III, p 121.
- CE, 8 février 1908, *Abbé Déliard, D.P.*, 1909, III, p 33.
- CE, 28 juillet 1911, *Rougegré c/ Association cultuelle de Sains-lès-Fressin, D.P.*, 1912, III, p 33.
- CE, 9 décembre 1910, *Association cultuelle constituée à Nice pour l'exercice du culte de l'Eglise luthérienne en langue allemande c/ Union consistoriale de l'Eglise évangélique luthérienne de Paris, Rec.*, p 907.
- CE, 9 juillet 1909, *Commune de Triconville, D.P.*, 1910, III, p 98.
- CE, 2 juillet 1909, *Cardinal Richard, archevêque de Paris, S.*, 1912, III, p 24.

CORNEILLE, sur :

- CE, 10 août 1917, *Baldy, Rec*, p 637.
- CE, 19 juillet 1918, *Mgr Berthoin, évêque d'Autun, D.P.*, 1920, III, p 17.
- CE, 8 avril 1911, *Gaston David, Rec.*, p 461.
- CE, 20 juin 1913, *Abbé Arnaud, Rec.*, p 747.
- CE, 14 janvier 1916, *Camino, S.*, 1917, III, p 10.
- CE, 14 février 1913, *Guitton c/ association cultuelle catholique de Saint-Georges, D.P.*, 1914, III, p 9.
- CE, 25 novembre 1921, *Dames Niveleau et autres, D.P.*, 1923, III, p 7.
- CE, 19 juin 1914, *Vital Pichon, Rec.*, p 721.
- CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur c/ Lalanne, S.*, 1921, III, p 49.

DAVID, sur :

- CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon, Rec.*, p 155.
- CE, 13 mars 1872, *Tamelier, Rec.*, p 157.
- CE, 15 janvier 1875, *Ballue, Rec.*, p 44.
- CE, 11 juin 1875, *Hallé et autres, Rec.*, p 558.

DE BELBEUF, sur

- CE, 17 janv 1868, *Coget, Rec.*, p 49.
- CE, 4 fev 1869, *Boulangers de Montluçon, Rec.*, p 94.
- CE, 15 mai 1869, *Petite-Synthe, Rec.*, p 470.
- CE, 19 dec 1868, *Ridel, Rec.*, p 1054.
- CE, 7 mai 1867, *Sallard, Rec.*, p 440.

- CE, 15 mai 1869, *Blamoutier, Rec.*, p 474.
- CE, 26 juin 1869, *Le Brun de Blon, Rec.*, p 630.
- CE, 25 mars 1867, *Valleran, Rec.*, p 310.

DE LAVENAY, sur :

- CE, 6 mars 1856, *Baril, Rec.*, p 178.

FARÉ, sur :

- CE, 14 août 1865, *Courrier du dimanche, Rec.*, p 822.
- CE, 3 décembre 1863, *Meurillon, Rec.*, p 797.

FEUILLOLEY, sur :

- Cass. req., 7 février 1910, *Lassus et Barat-Latuite, S.*, 1912, I, p 505.
- TC, 7 décembre 1907, *Dlle Le Coz c/ Dame Le Bihan, D.P.*, 1908, III, p 33.
- TC, 23 mars 1907, *Evêque de Nice c/ préfet des Alpes-Maritimes et Joly, D.P.*, 1907, III, p 73.
- TC, 29 février 1908, *Abbé Brunet et Bel c/ le séquestre des biens de la fabrique et de la mense de Combret, Rec.*, p 499.
- TC, 20 avril 1907, *Société d'enseignement libre de Clermont-Ferrand c/ le séquestre du petit séminaire de cette ville, Rec.*, p 363.
- TC, 4 février 1905, *Congrégation des Ursulines de Jésus de Malet, D.P.*, 1906, III, p 21.

GAZIER, sur :

- CE, 8 février 1952, *Ralison, Rec. Penant*, janvier 1953, p 18.

GAUWAIN, sur :

- CE, 7 décembre 1888, *Ponthas, D.P.*, 1890, III, p 9.
- CE, 11 novembre 1887, *Lefèbvre (pour Delepouve), Rec.*, p 696.
- CE, 1^{er} février 1889, *Sailhol, Rec.*, p 119.
- CE, 6 juillet 1888, *Albert Armand et Chevenaz, président du conseil d'administration et directeur du journal le Soleil du Midi, Rec.*, p 602.

GOMEL, sur :

- CE, 24 juin 1881, *Bougard, Rec.*, p 649.
- TC, 14 janvier 1880, *Institut des Frères des écoles chrétiennes, Maille, Garnier et Lebrun c/ Ville de Brignoles, Rec.*, p 23.
- CE, 16 janvier 1880, *Le Goff et Cazaneuve, Rec.*, p 41.
- TC, 5 novembre 1880, *Bouffier et autres c/ Fache et Schnerb, D.P.*, 1880, III, p 128.
- CE, 8 août 1882, *Pergod, Curé de Samoëns et l'Evêque d'Annecy, Rec.*, p 788.
- TC, 2 avril 1881, *Beaupertuis c/ Carmes, D.P.*, 1882, III, p 74.
- CE, 28 mars 1885, *Languellier, Rec.*, p 389.

HELBRONNER, sur :

- CE, 30 janvier 1914, *Abbé Marmont, Rec.*, p 119.
- CE, 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre, Rec.*, p 553.

JAGERSCHMIDT, sur :

- CE, 13 dec 1889, *Cadot, S.*, 1892, III, p 17.
- CE, 23 mai 1890, *Préfet de l'Isère c/ Société du Pont de Condrieu, Rec.*, p 329.

LAFERRIERE, sur :

- CE, 14 janvier 1876, *Dame veuve Regnault, Rec.*, p 30.
- TC, 5 mai 1877, *Laumonier-Carriol c/ Magne, Mathieu-Bodet et Merlet, Rec.*, p 438.

LATOURNERIE, sur :

- CE, 1^{er} avril 1938, *Abbé Laplanche-Coudert et autres, D.P.*, 1939, III, p 4.

L'HOPITAL, sur :

- CE, 27 mai 1863, *Estienne, Rec.*, p 451.
- CE, 19 juillet 1860, *Port de Bercy, Rec.*, p 563.
- CE, 9 février 1965, *D'Andigné de Resteau, Rec.*, p 172.
- CE, 25 février 1864, *Lesbats, Rec.*, p 209.
- CE, 8 février 1864, *Journal Le Globe, Rec.*, p 105.
- CE, 27 mai 1863, *Drillet de Lannigou, Rec.*, p 471.
- CE, 31 août 1863, *Coquereau, Rec.*, p 728.
- CE, 5 avril 1862, *Fourniols, Rec.*, p 293.

LE VAVASSEUR DE PRÉCOURT, sur :

- CE, 13 avril 1881, *Bansais, Rec.*, p 431.
- CE, 14 janvier 1887, *L'Union des Gaz, Rec.*, p 43.
- CE, 4 mars 1887, *Département de la Seine, Rec.*, p 195.
- CE, 17 juin 1887, *Ville de Paris contre Institut des frères des écoles chrétiennes, Rec.*, p 473.
- CE, 10 mars 1882, *Duval et autres, D.P.*, 1883, III, p 73.
- CE, 24 janvier 1890, *Drouet, Rec.*, p 73.
- CE, 13 mars 1885, *Vignet, Rec.*, p 296.
- CE, 18 janvier 1884, *Belleau, Rec.*, p 49.

MARGUERIE, sur :

- CE, 20 mai 1887, *Henri d'Orléans, Duc d'Aumale et autres, Rec.*, p 409.
- CE, 21 novembre 1884, *Conseil de fabrique de l'église de Saint-Nicolas des Champs, Rec.*, p 803.
- CE, 9 mars 1886, *Costes, Durand et autres, Rec.*, p 260.

MAYER, sur :

- CE, 4 juillet 1924, *Abbé Guerle, D.P.*, 1924, III, p 48.

MAZERAT, sur :

- CE, 6 janvier 1922, *Commune de Perquie, D.P.*, 1922, III, p 15.

MERCIER, sur :

- Cass. crim., 1^{er} décembre 1910, *Min pub c/ Abbé Galin et Dlle Etcheçaharreta, D.P.*, 1911, I, p 345.

MICHEL, sur :

- CE, 19 mai 1933, *Benjamin, D.P.*, 1933, III, p 54.

PICHAT, sur :

- CE, 16 décembre 1910, *Commune de Saint-Marc, Rec.*, p 1173.

PERRET, sur :

- CE, 15 novembre 1872, *De Carrey de Bellemare, Rec.*, p 591.

RENAUDIN, sur :

- CE, 22 janvier 1937, *Ville de Condé-sur-Noireau, S.*, 1938, III, p 20

RIVET, sur

- CE, 16 février 1923, *Association presbytérale de l'Eglise réformée de l'Annonciation c/ Association presbytérale de l'Eglise réformée de Passy, D.P.*, 1923, III, p 17.
- CE, 29 novembre 1933, *Abbé Roussel, D.P.*, 1934, III, p 7.

ROBERT, sur :

- CE, 28 janvier 1864, *Anglade, Rec.*, p 77.
- CE, 21 juillet 1864, *Académie des beaux-arts, Rec.*, p 680.
- CE, 16 décembre 1863, *Ville de Ham, Rec.*, p 812.
- CE, 23 janvier 1862, *Legendre, Rec.*, p 71.
- CE, 23 janvier 1864, *Petit-Colas, Rec.*, p 51.
- CE, 26 décembre 1862, *Bourcier, Rec.*, p 870.
- CE, 31 août 1861, *Appay, Rec.*, p 785.

ROMIEU, sur :

- CE, 30 novembre 1906, *Jacquin, Rec.*, p 863.
- CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges, Rec.*, p 979.
- CE, 19 avril 1907, *Dame Suremain, veuve de Crest, D.P.*, 1908, III, p 66.
- CE, 31 juillet 1903, *Commune de Wavrin c/ Fabrique de l'église de Wavrin, D.P.*, 1904, III, p 2.
- TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just c/ Préfet du Rhône, Rec.*, p 713.

RONJAT, sur :

- TC, 5 novembre 1880, *Marquigny et autres c/ Cambon et Mornave, D.P.*, 1880, III, p 121 et 127.

ROULIER, sur :

- Cass. crim., 9 novembre 1906, *Abbé Ludet c/ Min. pub.*, *D.P.*, 1907, I, p 161.

SAINT-PAUL, sur :

- CE, 5 août 1908, *Morel et autres, Leclercq et Gruson, Braux et autres, Rec.*, p 858.
- CE, 19 mars 1909, *Deguille, D.P.*, 1910, III, p 123.
- CE, 21 janvier 1910, *Gonot, Rec.*, p 49.
- CE, 21 décembre 1906, *Caisse diocésaine de secours en faveur des prêtres âgés ou infirmes du diocèse de Gap, Rec.*, p 943.
- CE, 20 juin 1903, *Le Conte, Drouet de Montgerment, Dlle Lebas et dame Tourangin, D.P.*, 1903, III, p 65.

TARDIEU, sur :

- CE, 20 mars 1908, *Société de Marie, D.P.*, 1909, III, p 97.

TEISSIER, sur :

- CE, 6 avril 1906, *Communauté des Sœurs de la Visitation Sainte-Marie à Paris, Rec.*, p 329.
- CE, 23 février 1906, *Dame Aunillon, supérieure des Bénédictines de Notre-Dame-du-Calvaire de Poitiers, Rec.*, p 178.
- CE, 11 janvier 1908, *Guérin, D.P.*, 1909, III, p 86.

VALABRÈGUE, sur :

- CE, 25 mars 1887, *Syndicat des propriétaires des bains de Paris et du Département de la Seine, Rec.*, p 255.
- CE, 8 juillet 1887, *Commune de Bouïnan, Rec.*, p 545.
- CE, 20 février 1891, *Ville de Muret, ville de Vitré, ville de Nantes, S.*, 1893, III, p 24

INDEX RERUM ET NOMINUM

(les chiffres renvoient aux pages)

A

Acte administratif, 7, 14, 25, 190, 195, 196, 197, 205, 216, 223, 225, 242, 248, 266, 283, 312, 347, 351, 367, 368, 398, 407, 411, 417, 418, 419, 425, 430, 433, 434, 437, 440, 449, 451, 454, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 478, 492, 501, 502, 503, 508, 533, 537, 570, 571, 573, 585, 598, 615, 623, 624, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 643, 676, 696, 698, 706, 707

Allard Maurice, 103, 104, 529

Articles Organiques, 34, 37, 38, 40, 45, 46, 47, 52, 60, 69, 189, 280, 509, 528, 532, 534, 575, 576, 584, 617

Artur, 362, 412

Associations culturelles, 12, 21, 22, 27, 100, 101, 104, 105, 108, 109, 110, 113, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 131, 133, 134, 151, 163, 164, 165, 167, 210, 211, 212, 213, 214, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 227, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 244, 245, 248, 257, 259, 260, 272, 292, 293, 295, 300, 301, 304, 306, 309, 321, 325, 518, 586, 611, 648, 663, 664, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 676, 701, 702

Aucoc Léon, 15, 175, 178, 185, 218, 221, 280, 312, 313, 351, 352, 353, 355, 356, 358, 359, 370, 371, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394,

395, 397, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 406, 407, 426, 432, 433, 435, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 449, 452, 453, 454, 455, 456, 461, 473, 474, 475, 490, 536, 691, 708, 709, 714

B

Barni Jules, 54, 66, 88, 91, 107, 515, 542, 543, 544

Barthélémy Joseph, 13, 20, 27, 112, 136, 137, 140, 142, 155, 159, 205, 263, 264, 268, 270, 283, 317, 318, 320, 336, 340, 378, 412, 417, 432, 464, 500, 553, 554, 555, 559, 568, 570, 586, 587, 595, 604, 610, 621, 691, 695, 708, 714

Basdevant-Gaudemet Brigitte, 24, 37, 40, 47, 70, 181, 182, 183, 185, 312, 535, 576, 582, 585, 704, 708

Batbie Anselme, 38, 39, 40, 53, 56, 57, 66, 69, 72, 75, 76, 77, 155, 312, 349, 350, 353, 359, 382, 401, 439, 461, 463, 535, 536, 541, 556, 557, 691, 714

Bénézech Paul, 596, 610, 611, 615, 618, 619, 620, 621, 629, 695

Béquet Léon, 56, 58, 59, 155, 422, 423, 461, 478, 481, 482, 488, 517, 711

Berthélémy Henry, 27, 112, 136, 142, 151, 152, 205, 206, 214, 262, 343, 416, 464, 536, 553, 559, 697

Beudant Raymond, 121, 127, 343, 697

- Bienvenu-Martin, 101, 214, 528, 547
 Bigot, Grégoire 15, 16, 19, 20, 25, 188, 189, 216, 345, 351, 354, 356, 357, 361, 363, 365, 366, 367, 370, 371, 372, 388, 428, 447, 451, 452, 453, 454, 475, 476, 493, 494, 495, 496, 501, 704, 706, 709
 Biré Anatole, 112, 114, 115, 118, 214, 229, 550
 Blancpain Frédéric, 190, 216, 367, 368, 389, 469, 502, 706
 Block Maurice, 38, 39, 46, 63, 67, 68, 72, 391, 409, 410, 461, 466, 482, 489, 536, 697
 Blum Léon, 171, 172, 222, 231, 250, 331, 334, 335, 497, 502, 560, 706
 Bonnard roger, 254, 255, 446, 622, 623, 632, 633, 634, 635, 637, 638, 641, 692
 Bouchéné-Lefer, 351, 352, 430, 451
 Briand Aristide, 54, 98, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 111, 118, 120, 134, 137, 138, 153, 213, 233, 239, 240, 243, 244, 245, 265, 277, 278, 289, 291, 292, 294, 295, 298, 313, 321, 322, 331, 510, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 547, 548, 549, 552, 563, 588, 611, 651, 709
 Buisson
 Commission Buisson, 54, 98, 100, 101, 102, 104, 214, 292, 319, 525, 526, 528, 530, 531, 532, 547, 552
 Ferdinand Buisson, 12, 54, 56, 90, 91, 93, 100, 105, 199, 213, 233, 711
 Burdeau François, 16, 20, 25, 176, 179, 190, 294, 345, 354, 356, 357, 360, 362, 363, 365, 366, 367, 368, 370, 371, 388, 428, 451, 452, 453, 454, 493, 495, 496, 568, 570, 704, 709
 Bureau Paul, 121, 157, 159, 245, 250, 255, 257, 265, 266, 270, 272, 277, 278, 340, 692
- C**
- Cahen Claude, 73, 74, 567, 697
 Chalvon-Demersay, 14, 326, 501, 596, 631
 Chalvon-Demersey, 14, 695
 Chante-Grellet, 224, 430, 456, 457, 466, 467
 Chardenet, 171, 172, 221, 249, 250, 251, 253, 259, 296, 297, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 313, 314, 317, 331, 332, 333, 498, 563, 564, 565, 566, 588, 597, 599, 600, 601, 603, 607, 625, 626
 Chauveau Adolphe, 369, 374, 375
 Chevallier Jacques, 16, 17, 18, 20, 24, 89, 351, 353, 363, 368, 371, 394, 409, 428, 444, 448, 467, 468, 469, 495, 502, 514, 524, 652, 704, 707, 709
 Colin de Verdière, 252, 266, 619, 621, 698
 Combes Emile, 95, 96, 97, 100, 101, 199, 200, 518, 528, 547
 Concordat, 12, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 45, 46, 47, 60, 61, 66, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 81, 82, 83, 86, 87, 96, 98, 100, 101, 102, 106, 111, 114, 115, 116, 135, 136, 137, 138, 141, 142, 149, 150, 153, 164, 184, 186, 187, 189, 278, 280, 509, 535, 576, 594, 692, 694, 710, 712
 Congrégations, 37, 60, 80, 83, 86, 92, 93, 94, 95, 106, 166, 170, 175, 177, 188, 189, 190, 191, 194, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 223, 343, 506, 540, 541, 549, 666, 698, 699, 701, 705, 706
 Contrôle des motifs, 14, 25, 200, 347, 354, 427, 446, 448, 449, 450, 453, 454, 461, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 477, 478, 480, 482, 488, 490, 491, 492, 493, 501, 502, 503, 504, 505, 508, 571, 573, 574, 575, 577, 578, 580, 581, 582, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 596, 598, 601, 602, 603, 604, 612, 618, 619, 620, 622, 623, 626, 630, 632, 634, 641, 642, 643
 Contrôle du fait, 326, 475, 476, 488, 493, 504, 505, 506, 507, 571, 574, 575, 577, 579, 582, 583, 586, 587, 589, 594, 595, 597, 601, 607, 614, 620, 623, 625, 626, 628, 629, 630, 631, 632, 637, 642
 Corbin Alain, 257, 453, 520, 521, 522, 523, 704
 Cormenin, 294, 376, 705
 Corneille Louis, 171, 248, 251, 253, 255, 256, 258, 259, 261, 268, 272, 273, 274, 275, 276, 280, 284, 285, 296, 304, 314, 500, 505, 506, 588, 589, 593, 594, 598, 606, 607, 608, 626, 715
 Cotelte, 368, 374
 Crouzil Lucien, 39, 72, 112, 116, 117, 119, 120, 184, 229, 234, 236, 250, 260, 266, 267, 268, 269, 270, 279, 320, 340, 513, 514, 576, 577, 596, 610, 621, 622, 629, 692, 698
 Cultes non-reconnus, 37, 45, 49, 50, 51, 52, 65, 516, 709
 Cultes reconnus, 24, 34, 35, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 49, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 70, 75, 76, 79, 80, 82, 83, 85, 86, 87, 91, 98, 101, 106, 107, 112, 156, 159, 161, 166, 186, 209, 212, 213, 218, 237, 242, 277, 278, 280, 289, 298, 311, 330, 342, 517, 708, 711
 Curet Albin, 246, 251, 257, 279, 320, 325, 331, 336, 629
- D**
- De Belbeuf, 387, 388, 395, 397, 398, 400, 401, 426, 428, 433, 434, 435, 456, 473, 474, 715
 De Lamarzelle, 112, 119, 121, 124, 127, 229
 De Pressensé Francis, 54, 98, 99, 100, 547
 Détournement de pouvoir, 130, 153, 326, 337, 417, 425, 427, 431, 434, 446, 448, 453, 459, 461, 465, 469, 470, 478, 479, 480, 481, 487, 492, 501, 502, 503, 504, 575, 578, 581, 583, 587, 589, 593, 598, 599, 602, 604, 606, 609, 617, 618, 620, 622, 627, 629, 630, 633, 636, 640, 641, 695, 708, 711, 714
 Doniol Henri, 75, 79, 80, 81, 82, 698
 Droits individuels, 55, 67, 74, 84, 146, 152, 153, 158, 395, 399, 457, 463, 470, 482, 486, 487, 488, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 550, 553, 555, 556, 560, 561, 607, 609, 636, 641, 642, 701
 Droit de propriété, 129, 130, 132, 133, 153, 166, 195, 198, 206, 225, 253, 256, 257, 273, 280,

- 281, 282, 285, 385, 394, 395, 396, 443, 452, 453, 454, 455, 458, 462, 463, 471, 472, 473, 475, 481, 488, 489, 491, 492, 505, 507, 542, 557, 571
- Légistique républicaine, 539, 540, 544, 545, 546, 550, 551, 552, 553, 559, 561, 564, 569
- Liberté d'association, 49, 94, 95, 101, 191, 197, 198, 199, 540, 541, 549, 568, 571
- Liberté de la presse, 42, 154, 396, 403, 463, 486, 488, 489, 490, 540, 542, 543, 545, 546, 551, 556, 557, 558, 568, 571
- Liberté des funérailles, 463, 517, 540, 545, 546, 551, 552, 565, 599, 702
- Liberté du commerce et de l'industrie, 153, 163, 249, 453, 455, 462, 463, 471, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 489, 505, 542, 557, 564, 571, 608, 609
- Libertés de conscience et des cultes, 13, 22, 31, 34, 38, 41, 42, 44, 52, 56, 63, 64, 65, 66, 67, 70, 83, 85, 87, 97, 99, 101, 103, 113, 135, 151, 152, 153, 154, 156, 158, 165, 170, 209, 210, 211, 238, 340, 510, 538, 539, 540, 542, 545, 547, 548, 559, 561, 562, 573, 642, 646, 648, 650, 651
- Libertés publiques, 12, 25, 43, 69, 82, 107, 120, 146, 153, 158, 163, 166, 197, 204, 209, 275, 341, 347, 384, 385, 444, 462, 463, 464, 485, 489, 508, 510, 511, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 553, 556, 559, 560, 561, 568, 570, 599, 604, 607, 621, 628, 634, 636, 640, 643, 704, 707
- Système préventif, 559
- Système répressif, 65, 558, 559
- Ducrocq Théophile, 38, 39, 40, 45, 47, 48, 56, 57, 63, 64, 72, 75, 94, 158, 189, 218, 280, 282, 364, 385, 401, 441, 445, 461, 466, 468, 536, 556, 692, 698
- Dufour Gabriel, 212, 368, 374
- Duguit Léon, 18, 19, 20, 27, 77, 78, 112, 133, 136, 137, 138, 141, 142, 146, 151, 154, 155, 156, 159, 160, 161, 162, 163, 198, 206, 232, 234, 262, 263, 340, 416, 418, 419, 420, 494, 501, 554, 558, 559, 621, 624, 631, 633, 692, 707, 710
- Durnerin, 254, 268, 270, 282, 284, 340, 610, 626, 629, 630, 695
- E*
- Esmein Adhémar, 27, 112, 135, 137, 138, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 151, 152, 153, 158, 198, 318, 494, 553, 554, 555, 558, 559, 692, 699, 711, 712
- Exécution d'office, 189, 191, 203, 204, 205, 206, 207, 331, 333, 334, 335
- F*
- Faré, 396, 454, 472, 476, 715
- Ferry Jules, 82, 87, 88, 89, 90, 94, 260, 514, 541, 542, 693, 699, 704, 705, 710, 712
- Feuilletoy, 224, 225, 226
- Fonctions politiques de l'excès de pouvoir, 389, 431, 446
- Fossier Andrée, 577, 596, 601, 618, 619, 621, 695
- Foucart E-V., 56, 61, 62, 64, 280, 369, 372, 377, 378, 379, 393, 412, 487, 488, 556
- Franck Adolphe, 37, 54, 62, 65, 67, 70, 76, 323, 647, 713
- G*
- Gauvain, 185, 186, 187, 188, 458, 459, 463, 487, 488, 489, 490, 716
- Georgin André, 357, 451, 452, 454, 462, 463, 501, 695
- Goldenberg Léo, 14, 27, 317, 318, 340, 568, 570, 622, 623, 626, 639, 641, 642, 643, 644, 695
- Gomel, 14, 185, 189, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 223, 225, 280, 281, 352, 437, 470, 491, 507, 618, 622, 626, 627, 700, 716
- Gonod Pascale, 20, 184, 186, 350, 352, 408, 409, 410, 420, 422, 423, 430, 434, 441, 455, 707
- Grunebaum-Ballin Paul, 56, 102, 110, 112, 134, 135, 136, 137, 138, 152, 154, 157, 158, 159, 161, 227, 228, 233, 262, 319, 321, 528, 531, 532, 548, 699
- Guillien Raymond, 338, 390, 394, 410, 431, 433
- Guillouet, 245, 248, 254, 256, 263, 268, 283, 340
- H*
- Hauriou Maurice, 14, 20, 27, 39, 47, 59, 64, 65, 67, 73, 75, 77, 78, 79, 112, 117, 118, 119, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 140, 142, 143, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 163, 164, 165, 166, 167, 169, 180, 197, 198, 207, 210, 216, 218, 221, 225, 231, 234, 249, 250, 252, 255, 256, 260, 264, 267, 268, 269, 282, 283, 284, 292, 297, 298, 319, 320, 322, 323, 324, 325, 327, 337, 338, 339, 340, 353, 365, 411, 413, 414, 417, 437, 448, 451, 464, 468, 479, 480, 482, 485, 488, 494, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 507, 528, 530, 531, 532, 536, 537, 554, 555, 559, 560, 570, 575, 576, 586, 591, 592, 596, 610, 615, 617, 618, 621, 622, 623, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 637, 638, 639, 640, 641, 643, 693, 699, 703, 707, 710, 713
- Horoy, 72, 73, 693
- I*
- Imbert Louis, 172, 338, 354, 428, 429, 436, 469, 478, 479, 481, 493, 496, 579, 705
- J*
- Jacquelin René, 406, 411, 416, 417, 418, 464, 500, 536, 700
- Jaurès Jean, 92, 103, 105, 172
- Jèze Gaston, 27, 112, 117, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 169, 218, 222, 234, 282, 284, 286, 287, 320, 416, 418, 497, 498, 501, 502, 505, 506, 555, 619, 622, 624, 628, 631, 693, 700, 714

Justice déléguée, 15, 176, 294, 349, 351, 406, 408, 416, 418, 421, 524, 536
 Justice retenue, 293, 338, 349, 356, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 368, 369, 371, 389, 399, 401, 406, 407, 418, 425, 426, 428, 433, 442, 446, 449, 509, 524, 535, 536, 537, 538, 695, 707

K

Kinzler Catherine, 56, 154, 157, 646

L

L'Hôpital, 395, 397, 401, 439, 447, 475
 Laboulaye, 12, 83, 107, 112, 159, 322, 401, 543, 701, 708, 712
 Laferrière, 56, 182, 184, 185, 186, 187, 188, 190, 312, 346, 350, 352, 353, 355, 356, 366, 368, 371, 375, 376, 389, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 414, 420, 422, 427, 428, 429, 430, 431, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 449, 450, 451, 455, 457, 459, 460, 461, 462, 464, 466, 467, 468, 469, 470, 477, 479, 480, 493, 532, 534, 535, 536, 537, 556, 561, 567, 625, 694, 696, 697, 701, 707
 Edouard Laferrière, 20, 184, 402, 408, 409, 410, 411, 420, 422, 423, 430, 431, 434, 449, 455, 466, 468, 477, 533, 534, 536
 Firmin Laferrière, 371, 375, 556
 Lagrésille, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 160, 701
 Lalouette Jacqueline, 11, 12, 28, 33, 35, 36, 43, 48, 52, 54, 87, 88, 89, 91, 92, 96, 98, 100, 105, 238, 240, 341, 342, 511, 514, 515, 517, 518, 519, 520, 524, 646, 705
 Landon Pierre, 25, 345, 354, 356, 357, 361, 362, 363, 364, 365, 368, 369, 425, 426, 428, 429, 433, 442, 449, 493, 496, 705, 707
 Larkin Maurice, 28, 83, 95, 97, 100, 110, 111, 120, 244, 341, 705
 Laroche Cyril, 362, 366, 388, 428, 436, 447, 451, 453, 454, 462
 Latournerie, 252, 275, 276, 564
 Le Bras Gabriel, 13, 326, 341
 Le Fur Louis, 14, 121, 319, 337, 539, 622, 628, 629
 Le Vasseur de Précourt, 193, 312, 422, 441, 444, 458, 477, 481, 485, 486, 717
 Lhopiteau, 153, 154, 155, 159, 526, 527, 548, 694
 Liquidation du régime des cultes reconnus
 Charges cultuelles, 22, 173, 210, 226, 231, 232, 235
 Charges étrangères au culte, 232, 235
 Inventaires, 12, 21, 22, 108, 109, 167, 173, 210, 213, 214, 220, 221, 222, 237, 337, 697
 Séquestre, 22, 122, 172, 173, 210, 211, 213, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 334, 335, 662, 670, 671, 674, 676, 715, 716
 Littré Emile, 87, 88, 128, 542
 Lochak Danielle, 13, 170, 341
 Loche Georges, 266, 278, 702
 Lods Armand, 99, 100, 102, 104, 106, 237, 694, 701

Loi du 13 mars 1908, 244

Loi du 2 janvier 1907, 210, 233, 237, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 253, 259, 262, 263, 264, 265, 266, 268, 275, 278, 279, 280, 283, 285, 286, 287, 290, 296, 297, 299, 303, 315, 325, 326, 327, 330, 335, 336, 339, 586, 608, 612, 648

Loi du 28 mars 1907, 241, 243, 244, 712

Loi du 5 avril 1884, 165, 230, 247, 268, 283, 330, 332, 333, 336, 337, 338, 339, 352, 498, 501, 502, 505, 519, 525, 526, 528, 575, 581, 585, 587, 590, 591, 593, 594, 597, 600, 602, 605, 606, 610, 611, 617, 618, 634, 635, 636, 637, 642, 663, 675, 696

Loi du 9 décembre 1905, 11, 12, 21, 27, 31, 33, 34, 83, 85, 97, 106, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 121, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 137, 139, 153, 154, 155, 157, 159, 164, 167, 170, 214, 215, 219, 225, 229, 230, 231, 234, 235, 242, 245, 247, 249, 250, 255, 257, 275, 284, 326, 328, 340, 508, 525, 526, 527, 531, 540, 548, 550, 562, 564, 566, 586, 590, 591, 593, 597, 600, 611, 612, 619, 621, 648, 649, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 692, 693, 694, 696, 698, 703

M

Macarel, 294, 367, 368, 372, 376, 694

Machelon Jean-Pierre, 178, 189, 191, 200, 201, 202, 350, 540, 553, 705, 707, 712

Manifestations extérieures du culte

Convois funèbres, 510, 511, 516, 518, 519, 563, 565, 574, 580, 581, 582, 587, 590, 591, 596, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 619, 620

Emblèmes religieux, 102, 511, 528, 566, 567, 581, 583, 602, 605, 606, 608

Port du viatique, 511, 513, 574, 580, 582, 583, 587, 590, 596, 600, 601, 602, 603, 604, 619, 628

Processions, 41, 182, 252, 276, 510, 511, 513, 514, 515, 525, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 563, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 583, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 595, 596, 599, 600, 604, 609, 619, 627, 636, 665, 703

Sonneries de cloches, 248, 249, 510, 511, 513, 520, 521, 523, 525, 526, 533, 563, 574, 584, 585, 586, 587, 610, 611, 612, 614, 615, 617, 619, 620, 628, 665

Marty Gabriel, 316, 317, 467, 618, 696

Méjan Louis, 97, 99, 100, 105, 109, 110, 138, 232, 241, 242, 243, 245, 260, 292, 341, 651, 705

Merry del Val, 97, 110, 111

Mestre, 267

Achille Mestre, 254, 267, 359, 556

Jean-Louis Mestre, 61, 367, 556, 652

Michoud Léon, 27, 112, 121, 125, 126, 127, 133, 167, 218, 342, 622, 624, 632, 638, 702

Ministre-juge, 350, 351, 352, 353, 364, 365, 366, 369, 440, 441, 444, 445, 709

Moreau Félix, 136, 142, 153, 154, 158, 553, 554, 555, 559

N

Napoléon III, 15, 18, 25, 54, 175, 346, 353, 357, 358, 379, 380, 381, 383, 384, 386, 387, 401, 402, 403, 405, 407, 449, 467, 492, 561, 705, 706

Neutralité religieuse de l'Etat, 7, 22, 31, 151, 152, 156, 173, 174, 289, 290, 311, 317, 318, 329, 330, 331, 340, 649

Non-subventionnement, 22, 32, 170, 173, 232, 287, 290, 319, 321, 323, 325, 327, 336, 649

O

Ollivier Emile, 72, 73, 75, 112, 114, 115, 117, 118, 383, 385, 386, 526, 542, 694

P

Pacteau Bernard, 14, 15, 20, 176, 178, 294, 350, 361, 370, 371, 570, 623, 643, 706, 707

Peiser Gustave, 345, 357, 360, 368, 369, 426, 430, 431, 442, 455, 456

Pena-Ruiz Henry, 23, 70, 166, 646, 706

Perret, 421, 422

Pie X, 96, 110, 111, 120, 242, 343

Portalis, 39, 47, 59, 60, 61, 76, 83, 527, 535, 576, 694, 705

Pouvoir discrétionnaire, 14, 25, 140, 183, 187, 191, 193, 194, 196, 200, 294, 346, 363, 447, 450, 453, 469, 470, 488, 493, 494, 502, 503, 508, 510, 527, 569, 570, 571, 573, 574, 577, 587, 588, 590, 593, 596, 622, 623, 625, 630, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 641, 642, 696, 697, 699, 702, 704, 708

Pouvoirs temporel et spirituel, 55, 66, 74, 75, 114, 152, 525, 533

Q

Quentin-Bauchart, 387, 393

R

Recours parallèle, 185, 338, 363, 390, 394, 405, 410, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 453, 472, 477, 492, 532, 536, 602, 693

Recours pour abus, 40, 181, 183, 184, 185, 187, 279, 312, 338, 361, 375, 377, 409, 463, 489, 508, 509, 524, 525, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 573, 574, 601, 609, 695

Réglade Marc, 622, 632, 634, 635, 638, 703

Renard, 312, 538, 696

Renouvier Charles, 12, 54, 87, 88, 91, 542, 543, 544, 704

Ribot Alexandre, 103, 104, 107, 291, 298, 530, 531

Richard Paul, 220, 221, 222, 240, 401, 533, 556, 585, 596, 610, 615, 618, 619, 621, 626, 629, 652, 696, 715

Rigaud Louis, 254, 255, 259, 267, 268, 269, 283

Robert, 24, 387, 395, 396, 397, 398, 401, 404, 426, 428, 438, 442, 443, 446, 452, 453, 462, 533, 534, 560, 561, 650, 717

Romieu, 203, 204, 205, 206, 207, 218, 281, 297, 323, 333, 461, 499, 500, 504, 505

Ronjat, 189, 190, 203, 205

Rosanvallon Pierre, 93, 380, 381, 383, 401

Rouquet, 242, 254, 266

S

Saint Girons, 388, 405, 461, 694

Saint-Paul, 201, 202, 215, 217, 219, 221, 563, 600, 602, 603, 605, 612, 621

Saleilles Raymond, 27, 112, 121, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 142, 159, 160, 164, 167, 342, 552, 703

Sandevoir Pierre, 16, 345, 354, 357, 366, 367, 707

Scot Jean-Paul, 28, 87, 92, 99, 103, 105, 107, 110, 159, 243, 292, 706

Second Empire, 12, 15, 24, 29, 33, 38, 50, 86, 91, 96, 98, 107, 136, 170, 175, 176, 177, 180, 181, 338, 341, 345, 346, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 369, 374, 379, 380, 381, 382, 383, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 393, 394, 395, 396, 397, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 409, 410, 417, 422, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 437, 438, 441, 442, 443, 445, 446, 449, 450, 451, 455, 458, 459, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 470, 472, 474, 477, 478, 480, 489, 492, 493, 495, 502, 538, 539, 541, 543, 556, 561, 568, 570, 571, 646, 695, 706, 708, 710

Serrigny Denis, 359, 378, 388, 393, 394, 412, 472, 694

Simon Jules, 12, 54, 84, 90, 542, 543, 557

Standard, 23, 270, 274, 548, 599, 623, 639, 640, 641

T

Taudière Henry, 112, 114, 116, 117, 118, 119, 121, 124, 125, 127, 137, 214, 229, 234, 260, 550, 692, 703

Teissier Georges, 212, 231, 507, 626

Thibaut, 153, 154, 155, 159, 337

V

Vaillant Edouard, 91, 103, 104

Vénézia Jean-Claude, 14, 570

Violation de la loi, 153, 187, 337, 357, 362, 376, 411, 425, 427, 431, 446, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 468, 469, 470, 472, 475, 478, 481, 482, 485, 488, 489, 492, 493, 494, 500, 501, 502, 505, 537, 570, 599, 627, 630, 631, 632, 634, 636, 640, 641, 670, 695

Violation de la loi et des droits acquis, 450, 451, 455, 458, 459, 461, 462, 464, 493, 501

Vivien de Goubert, 39, 44, 62, 63, 64, 69, 368, 371, 372, 377, 378, 392

W

Waline Marcel, 139, 251, 276, 622, 632, 635, 636,
637, 638, 696, 704

Wright Vincent, 20, 175, 176, 177, 178, 179, 183,
192, 358, 385, 386, 387, 706, 714

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE.....	6
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	8
INTRODUCTION GENERALE	10
§1. – <i>La problématique générale : les interactions entre un principe républicain et le contrôle juridictionnel de l’administration.</i>	14
§2. – <i>Les problématiques particulières.</i>	20
A. – <i>Une contribution à l’histoire juridique de la séparation des Eglises et de l’Etat.</i>	20
B. – <i>Une contribution à l’histoire du recours pour excès de pouvoir et de l’Etat de droit en France.</i>	23
§ 3. – <i>Les principales sources exploitées.</i>	25
§ 4. – <i>Les bornes chronologiques de l’étude.</i>	27
§ 5. – <i>Plan.</i>	29
LA CONTRIBUTION DU JUGE ADMINISTRATIF A LA CONSTRUCTION DU REGIME DE LA SEPARATION.	30
L’EMERGENCE DE LA NOTION JURIDIQUE DE SEPARATION DES EGLISES ET DE L’ETAT.	33
<i>L’IMPENSE DE LA SÉPARATION DANS LA TRADITION JURIDIQUE DES CULTES RECONNUS.</i>	35
Section I. – <i>Le cadre de la réflexion : le système des cultes reconnus.</i>	35
§ 1. – <i>Les grands principes du système des cultes reconnus.</i>	38
§ 2. – <i>Aperçu des régimes des cultes reconnus et non-reconnus.</i>	45
A. – <i>Le culte catholique.</i>	45
B. – <i>Les cultes protestants.</i>	47
C. – <i>Le culte israélite.</i>	48
D. – <i>Les cultes non-reconnus.</i>	49
Section II. – <i>La disqualification de la Séparation, une conséquence de la dogmatique du système des cultes reconnus.</i>	53

§ 1. – Une conception restrictive de la liberté de conscience.....	55
A. – Le champ de la liberté de conscience.	56
B. – L'affirmation de l'utilité sociale de la religion.	59
C. – L'apparente compatibilité du régime des cultes reconnus avec les libertés de conscience et des cultes.	63
§ 2. – Une approche institutionnelle du droit des cultes fondée sur la distinction des pouvoirs temporel et spirituel.....	66
A. – La tradition du droit public ecclésiastique.	67
B. – L'exemple du débat sur la nature juridique du Concordat.	70
§ 3. – L'opinion doctrinale dominante : l'inopportunité de la Séparation.	75
A. – L'exemple d'Anselme Batbie.	76
B. – L'exemple de Maurice Hauriou.	77
C. – L'exemple de Henri Doniol.	79
L'AVÈNEMENT DE LA SÉPARATION ET SA RÉCEPTION PAR LES JURISTES.	85
Section I. – La genèse politique de la Séparation.	85
§ 1. – La République concordataire ou la laïcité sans Séparation.	86
A. – La laïcité sans la Séparation.	86
B. – La politique anticongréganiste.	92
C. – Le déclenchement du processus séparatiste.	96
§ 2. – La difficile adoption d'une loi libérale.	97
A. – La Commission Buisson et les projets de loi de Séparation.....	98
B. – Les débats parlementaires et l'adoption de la loi de 1905.	102
§ 3. – Le défi du refus catholique de la loi de Séparation.	107
Section II. – La formation de la théorie juridique de l'Etat laïque.....	112
§ 1. – L'enjeu doctrinal immédiat : la loi de Séparation est-elle acceptable par les catholiques ?.....	113
A. – Le refus de principe des juristes catholiques intransigeants.	114
I. – La rémanence des arguments concordataires.....	114
II. – Une loi jugée anticatholique.....	118
B. – Les propositions d'organisation du culte catholique sous le régime de Séparation.	120
I. – Les plans d'organisation fermée.	122
II. – Les plans d'organisation ouverte.....	125
§ 2. – La Séparation est-elle nécessaire ? La portée juridique de l'Etat laïque.	134
A. – La fin du service public des cultes.	135
B. – La Séparation et la souveraineté de l'Etat (Adhémar Esmein et Maurice Hauriou).	142
C. – L'articulation entre la neutralité religieuse de l'Etat et les libertés de conscience et des cultes.	151
I. – L'abandon des thèmes concordataires.....	152
II. – L'Etat laïque, unique garant des libertés de conscience et des cultes.....	156
a. – Les principes généraux.	156
b. – L'exemple de la théorie sociologique de la Séparation de Duguit.....	160
c. – Une approche « hétérodoxe » de l'Etat laïque : la Séparation imparfaite selon Hauriou.	163
Conclusion du titre I.	166
L'ŒUVRE DU CONSEIL D'ETAT, OU L'APAISEMENT PAR LA JURISPRUDENCE.....	169
LES ANTÉCÉDENTS IMMÉDIATS DE LA JURISPRUDENCE DE SÉPARATION : L'HÉRITAGE EMBARASSANT DE LA JURISPRUDENCE ANTICLÉRICALE (1880-1905).	175
Position du problème : la nécessaire reconstruction de la crédibilité du Conseil d'Etat en matière de cultes.....	175
Section I. – L'application rigoureuse du droit concordataire : l'exemple des suspensions de traitements ecclésiastiques.	183
Section II. – L'anticongréganisme jurisprudentiel.....	188
§ 1. – Le remplacement des instituteurs congréganistes.	191
A. – Un pouvoir de remplacement étendu au profit de l'administration.	192
B. – Le remplacement des instituteurs congréganistes et la compétence juridictionnelle.....	194
§ 2. – L'application du titre III de la loi du 1 ^{er} juillet 1901.	197
A. – L'extension du champ d'application de l'article 13 de la loi du 1 ^{er} juillet 1901.	200
B. – La légalité de l'exécution d'office des décrets d'expulsion.	203
LE CONSEIL D'ETAT, GARANT DE L'EFFECTIVITÉ DE LA LIBERTÉ DES CULTES DANS LE RÉGIME DES BIENS CULTUELS.	209
Section I. – La liquidation équitable du passé concordataire.	211
§ 1. – L'interprétation de la loi de Séparation à la lumière de la tradition concordataire.....	213
A. – Les inventaires.	214
B. – Le séquestre des biens ecclésiastiques.....	219
I. – Le champ d'application de l'obligation de séquestre.....	220
II. – Le séquestre et la compétence juridictionnelle.....	223
§ 2. – Le respect des volontés religieuses.	226
A. – L'attribution des biens ecclésiastiques.	227
B. – L'exécution des charges cultuelles et non-cultuelles.	231
Section II. – La liberté des cultes, clé de voute du régime des édifices du culte catholique.	237
§ 1. – De la précarité à la stabilité : la reconnaissance du droit des catholiques sur les édifices du culte.	238
A. – Le libéralisme équivoque de l'Etat face au refus catholique de la Séparation.	239

B. – <i>Le droit des occupants sur les édifices du culte, une construction jurisprudentielle.</i>	246
I. – Un droit légal.....	247
II. – Un droit pourvu de sanctions juridictionnelles.....	248
III. – Un droit portant sur tous les biens nécessaires à l'exercice du culte.....	251
IV. – Une occupation exclusive.....	253
V. – Une occupation gratuite.....	258
VI. – Une occupation perpétuelle.....	259
VII. – Les réparations et l'assurance des édifices du culte.....	260
§ 2. – <i>L'explication du droit des catholiques sur les édifices du culte.</i>	261
A. – <i>La doctrine universitaire en quête de références juridiques.</i>	262
I. – Les théories objectivistes.....	263
II. – Les théories subjectivistes.....	264
B. – <i>La doctrine interne du juge administratif : un régime juridique déduit de la liberté des cultes.</i>	270
I. – L'affirmation du droit d'occupation des catholiques.....	271
II. – La liberté des cultes comme standard d'interprétation.....	274
III. – Une certaine continuité de fait entre le régime concordataire et la Séparation.....	279
IV. – La question de la domanialité des édifices du culte selon le juge administratif.....	281
LE CONSEIL D'ETAT, PROMOTEUR D'UNE CONCEPTION NUANCÉE DE LA NEUTRALITÉ RELIGIEUSE DE L'ETAT. 289	
Section I. – <i>L'interprétation des articles 4 et 8 de la loi de 1905, ou le traitement juridictionnel de l'organisation interne des cultes.</i>	290
Un enjeu connexe : la légitimité de la juridiction administrative.....	291
§ 1. – <i>L'intégration de l'organisation interne des cultes dans le raisonnement du juge laïque.</i>	295
A. – <i>Le cadre procédural du contentieux de l'attribution.</i>	295
B. – <i>La construction de la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat.</i>	298
I. – Les directives générales d'interprétation.....	299
II. – L'application de l'article 4 aux cultes catholique et protestants.....	303
§ 2. – <i>La distinction du droit et du fait, traduction technique de la laïcité de l'Etat.</i>	309
A. – <i>Position du problème.</i>	309
B. – <i>Les règles religieuses, éléments factuels d'une opération de qualification juridique.</i>	311
Section II. <i>La confrontation des franchises locales et de la laïcité : le contentieux des subventions aux cultes.</i>	318
§ 1. – <i>La portée de l'article 2 de la loi de 1905 : l'interdiction des subventions en tant qu'elles constituent une reconnaissance des cultes.</i>	320
A. – <i>Le cadre législatif.</i>	321
B. – <i>La jurisprudence.</i>	323
§ 2. – <i>Le subtil équilibre entre les franchises locales et la laïcité : le contentieux de la location des presbytères.</i>	330
A. – <i>L'admission de l'exécution d'office pour assurer l'effectivité du principe de neutralité religieuse de l'Etat.</i>	331
B. – <i>La limitation des pouvoirs de l'Etat dans la mise en œuvre de la politique laïque pour protéger l'autonomie des collectivités locales.</i>	336
Conclusion du titre II.....	340

LA CONTRIBUTION DE LA SÉPARATION À LA CONSTRUCTION DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR REPUBLICAIN. 345

LES INSTITUTIONS RÉPUBLICAINES ET LE RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR A LA FIN DU XIXE SIÈCLE : UNE RELATION PROBLÉMATIQUE. 349

LA CRISE DES FONCTIONS POLITIQUES DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR AU DÉBUT DE LA IIIE RÉPUBLIQUE. 355

Section I. – <i>Le rôle déterminant du Second Empire dans l'attribution de fonctions politiques au recours pour excès de pouvoir.</i>	356
§ 1. – <i>L'absence de fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir dans la première moitié du XIXe siècle.</i>	359
A. – <i>La faible distinction des voies de droit devant le Conseil d'Etat.</i>	360
I. – Le poids des origines napoléoniennes du contentieux administratif.....	360
II. – Les facteurs de la relative différenciation de l'excès de pouvoir à partir de la Restauration.....	364
B. – <i>Le désintérêt doctrinal pour le recours pour excès de pouvoir.</i>	370
I. – L'existence d'une doctrine politique de la justice administrative dans son ensemble.....	370
II. – Marginalité doctrinale et approche classificatoire de l'excès de pouvoir.....	373
§ 2. – <i>La formulation des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir au cours de l'Empire libéral.</i>	379
A. – <i>La théorie de l'Etat du Second Empire.</i>	379
I. – Une « démocratie césarienne ».....	380
II. – L'intérêt de l'Empire pour le recours pour excès de pouvoir.....	386
B. – <i>Le recours pour excès de pouvoir, une voie de droit au service du Second Empire.</i>	388
I. – Les deux fonctions interdépendantes du recours pour excès de pouvoir : protection des droits privés et gestion administrative de la responsabilité politique de l'Empereur.....	389
a. – L'apport de Léon Aucoc.....	389
b. – L'apport des autres commissaires du gouvernement.....	395
II. – La justice retenue, condition des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir.....	399

Section II. – La difficile gestion de l’héritage du Second Empire au début de la IIIe République : l’exemple du débat Aucoc/Laferrière.....	402
§ 1. – <i>La position d’Aucoc : la pérennité des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir définies sous le Second Empire</i>	402
A. – <i>Les arguments de Léon Aucoc</i>	403
B. – <i>Le soutien d’une partie de la doctrine</i>	404
§ 2. – <i>La position de Laferrière : la disqualification de l’idée de fonction politique du recours pour excès de pouvoir, conséquence de l’avènement d’une justice administrative républicaine</i>	406
A. – <i>Le postulat du lien de causalité entre la théorie de l’Etat du Second Empire et le développement du recours pour excès de pouvoir</i>	407
B. – <i>L’antinomie entre la fonction juridictionnelle et l’idée de fonction politique du recours pour excès de pouvoir</i>	408
C. – <i>La doctrine de Laferrière, position dominante au sein de la juridiction administrative</i>	420
LA STAGNATION DE LA JURISPRUDENCE, CONSÉQUENCE DE LA CRISE DES FONCTIONS POLITIQUES DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR	425
Section I. – L’influence des idées de Laferrière sur la mise en ordre du régime procédural hérité du Second Empire.....	428
§ 1. – <i>L’exemple de l’exception de recours parallèle</i>	431
§ 2. – <i>L’exemple de la jurisprudence Bansais</i>	439
Section II. – Les progrès limités de la violation de la loi et du contrôle des motifs à la fin du XIXe siècle.....	446
§ 1. – <i>La violation de la loi et des droits acquis, un cas d’ouverture sans unité et dépendant de l’incompétence</i>	450
A. – <i>La naissance d’une sanction implicite de la violation de la loi sous le Second Empire</i>	451
B. – <i>L’apport limité des débuts de la IIIe République aux progrès de la violation de la loi</i>	454
§ 2. – <i>Le contrôle des motifs de l’acte administratif, une pratique implicite, marginale et non théorisée</i>	464
A. – <i>Position du problème</i>	465
I. – Les facteurs de l’inachèvement des techniques de contrôle des motifs depuis le Second Empire.....	466
II. – Illustrations de la stagnation du contrôle des motifs depuis le Second Empire.....	472
a. – Le contentieux de l’alignement individuel.....	472
b. – Le contentieux de la délimitation des rivières et de la mer.....	474
B. – <i>Vers des techniques modernes de contrôle des motifs ? L’exemple du contentieux des mesures de police municipale</i>	477
I. – La prédominance du détournement de pouvoir dans le contentieux des mesures de police.....	478
II. – La perpétuation de la logique de l’incompétence dans le cadre de la violation de la loi.....	481
III. – Les prémices de la modernisation du contrôle des motifs.....	488
Conclusion du titre I.....	492
L’ESSOR DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR REPUBLICAIN AU XXe SIÈCLE : L’APPORT DU CONTENTIEUX DE LA POLICE DES CULTES APRÈS LA SÉPARATION	495
Le contexte général : le renouveau du recours pour excès de pouvoir au début du XXe siècle.....	495
L’INFLUENCE DE LA SÉPARATION SUR LA STRUCTURE DU CONTENTIEUX DE LA POLICE DES CULTES	509
Section I. – Le juge administratif et le défi de la pacification religieuse : les enjeux politiques et sociaux du contentieux de la police des cultes à l’heure de la Séparation.....	511
§ 1. – <i>Les enjeux liés à l’occupation de l’espace public</i>	513
§ 2. – <i>Les enjeux liés à l’évolution des sensibilités devant la mort</i>	516
§ 3. – <i>Le processus de sécularisation du paysage sonore</i>	520
Section II. – La loi de Séparation et la consécration du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux de la police des cultes.....	524
§ 1. – <i>Le régime des manifestations extérieures du culte : la difficile consécration du droit commun de la police municipale</i>	525
§ 2. – <i>Le contentieux de la police des cultes : de la logique institutionnelle du recours pour abus à la logique juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir</i>	533
Section III. – La loi de Séparation et la définition des missions du recours pour excès de pouvoir républicain.....	539
§ 1. – <i>La promotion des libertés publiques dans l’office du juge de l’excès de pouvoir : le rôle de la légistique républicaine</i>	540
A. – <i>La rédaction des lois, facteur de promotion symbolique et juridique des libertés publiques</i>	546
B. – <i>La volonté d’organiser les libertés</i>	550
C. – <i>Un prolongement de la légistique républicaine : le discours de la doctrine républicaine sur les modes de réglementation des droits individuels</i>	553
§ 2. – <i>Le dialogue entre le juge et le législateur, ou la fin de la crise des fonctions politiques du recours pour excès de pouvoir</i>	559
A. – <i>L’apport des commissaires du gouvernement : la liberté des cultes, une liberté éminente sous la protection du recours pour excès de pouvoir</i>	562
B. – <i>Les origines de la théorie jurisprudentielle des droits définis</i>	568
LA MODERNISATION DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES MOTIFS DE L’ACTE ADMINISTRATIF	573
Section I. – Les progrès du contrôle des motifs de fait des mesures de police des cultes.....	574
§ 1. – <i>La jurisprudence concordataire : le contrôle du fait marginal</i>	574
A. – <i>Les manifestations religieuses sur la voie publique</i>	575

I. – Les principes généraux.....	575
II. – Les processions.....	578
III. – Les convois funèbres et le port du viatique.....	580
B. – <i>Les emblèmes et signes religieux</i>	583
C. – <i>Les sonneries de cloches</i>	585
§ 2. – <i>La jurisprudence de Séparation : la généralisation du contrôle du fait et la clarification du raisonnement</i> <i>juridictionnel</i>	586
A. – <i>Les manifestations religieuses sur la voie publique</i>	588
I. – Les processions.....	588
II. – Les convois funèbres et le port du viatique.....	596
B. – <i>Les emblèmes et signes religieux</i>	605
C. – <i>Les sonneries de cloches</i>	610
§ 3. – <i>La jurisprudence judiciaire, révélatrice de l'audace du Conseil d'Etat</i>	616
Section II. – Le rôle décisif du contentieux de la police des cultes dans l'élaboration des théories doctrinales du contrôle juridictionnel.....	622
§ 1. – <i>Le problème de l'influence du contrôle des motifs de fait sur la nature du recours pour excès de pouvoir</i>	623
A. – <i>Les essais de dépassement du contrôle de légalité</i>	625
B. – <i>Le contrôle du fait, élément à part entière du contrôle de légalité</i>	631
§ 2. – <i>Vers les théories modernes du contrôle juridictionnel : le contentieux de la police des cultes et la notion de</i> <i>standard</i>	639
A. – <i>Maurice Hauriou</i>	639
B. – <i>Léo Goldenberg</i>	641
Conclusion du titre II.....	643
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	645
ANNEXES.....	653
I. – SÉLECTION DE TEXTES DU DROIT DES CULTES.....	653
II. – LISTE DES DÉCISIONS DE JUSTICE EXPLOITÉES.....	677
BIBLIOGRAPHIE.....	691
INDEX RERUM ET NOMINUM.....	719
TABLE DES MATIERES.....	725