

Le Conseil d'État et le gallicanisme : une contribution à l'histoire du droit administratif ¹

Nicolas SILD

Au lendemain de la Révolution française, le Conseil d'État est chargé par Napoléon de veiller – sous sa direction – à l'application du Concordat de 1801. Il est ainsi investi d'une mission jugée essentielle à la sauvegarde de l'État : assurer le contrôle de la puissance publique sur les cultes. Ici, rien n'est tout à fait nouveau : les monarques d'Ancien Régime intervenaient dans les matières relevant de la police et de la discipline ecclésiastiques, au titre de leurs prérogatives souveraines et de leur qualité de « rois très chrétiens ». Cette intervention étatique en matière de cultes peut être qualifiée de gallicanisme politique. Le rôle du Conseil d'État dans les affaires culturelles au XIX^e siècle est aujourd'hui connu². Prenant le relais des anciens parlements, la Haute Assemblée a perpétué l'héritage du gallicanisme de l'ancienne France. Au milieu du XIX^e siècle, les convictions gallicanes demeurent vivaces. En 1840, Cormenin rappelle que les libertés gallicanes « forment une partie du droit public du royaume »³, lorsque Dupin aîné souligne qu'elles sont liées « aux faits les plus curieux de notre histoire, aux questions les plus élevées de notre droit public, à celles qui influent le plus puissamment sur la marche politique des affaires et sur la constitution de l'État »⁴. Souvent désigné sous le vocable de « droit public ecclésiastique français », le droit gallican constitue le

-
- 1 Ce texte est la version écrite d'une conférence prononcée le 19 juin 2017 lors de la remise du prix de thèse du Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative. Très honoré par l'obtention de ce prix, j'adresse au Comité et à sa présidente, Madame la présidente de Boisdeffre, ainsi qu'à Madame Flament-Guelfucci et Madame Le Fier de Bras de chaleureux remerciements.
 - 2 Deux ouvrages principaux peuvent être ici recensés : J. Lafon, *Les prêtres, les fidèles et l'État, le ménage à trois du XIX^e siècle*, Paris, Beauchesne, 1987 ; B. Basdevant-Gaudemet, *Le jeu concordataire dans la France du XIX^e siècle*, Paris, PUF, 1988.
 - 3 Cormenin, *Droit administratif*, Paris, 1840, 5^e éd., t. 2, p. 18 de l'appendice.
 - 4 A. Dupin, *Manuel du droit public ecclésiastique français*, Paris, Videcoq, 1845, pp. VI-VII. Dupin rappelle l'intérêt de continuer l'étude de ces libertés au XIX^e siècle, car, « pour en donner une juste idée, il serait plus exact de dire libertés de l'Église gallicane et de l'État. Leur caractère en effet est de tenir tout à la fois : 1^o aux relations extérieures de l'État avec le Saint-Siège considéré comme souverain étranger ; 2^o à notre droit public intérieur en ce qui touche la discipline ecclésiastique et la police des cultes ; 3^o au droit privé pour toutes les questions et les conflits qui peuvent intéresser les particuliers » (*ibid.* p. VIII).

réceptacle d'une façon très française de concevoir les rapports entre l'Église et l'État. Or, après la Révolution, cet esprit et ce droit ont élu domicile au Conseil d'État, enrichissant au passage le droit administratif en construction. Car en contrôlant l'application des textes pontificaux en France et en statuant sur les recours pour abus dont il est saisi, le Conseil d'État applique des principes relevant d'une doctrine de l'État⁵, et utilise des techniques juridiques que l'on peut rapprocher de certaines constructions du droit administratif.

Rappelons brièvement que le gallicanisme se définit comme une « sensibilité du catholicisme français de l'Ancien Régime »⁶, une doctrine qui promeut l'idée d'un particularisme français au sein de l'universalité chrétienne. Notons au préalable qu'il existe au sein du courant gallican des sensibilités diverses. On identifie souvent un gallicanisme ecclésiastique ou épiscopal, un gallicanisme royal, et un gallicanisme parlementaire⁷. Mais au-delà des divergences qui séparent ces « courants », il existe une forme d'unité doctrinale. De bonne heure, sous l'Ancien Régime, théologiens et juristes ont identifié l'existence d'une Église de France, également désignée sous le vocable d'« Église gallicane ». Autonome dans son fonctionnement vis-à-vis du Saint-Siège, elle prétend néanmoins ne jamais rompre les liens qui l'unissent au pape et à l'Église universelle. Cette Église nationale se gouverne selon des lois qui lui sont propres, rassemblées dans un *corpus* de règles : les libertés de l'Église gallicane. Enfin, l'autonomie de l'Église de France suppose nécessairement la protection du Souverain temporel. Véritable « évêque du dehors »⁸, le Roi peut intervenir dans la discipline extérieure de l'Église de France : il exerce à ce titre une prérogative de souveraineté. À l'inverse, le pape ne peut s'immiscer dans le gouvernement des affaires temporelles, car elles relèvent de la seule compétence du Souverain. Ce dernier ne doit tolérer aucune ingérence pontificale dans le domaine temporel, au risque de devenir le sujet d'une puissance considérée comme étrangère. En dernier lieu, le gallicanisme véhicule une conception bien particulière de l'exercice du pouvoir à l'intérieur de l'Église. Le pape ne peut être tenu pour unique détenteur du pouvoir de définir le dogme. Seul un concile universel peut infailliblement se prononcer sur des questions de foi. La puissance du Pontife romain n'est donc pas absolue mais limitée, de deux façons : par l'assemblée du concile universel, et par le respect des canons. Dans les cas les plus extrêmes, un pape tombé dans l'hérésie

5 Voir notre thèse, N. Sild, *Le Gallicanisme et la construction de l'Etat (1563-1905)*, Institut Universitaire Varenne, 2016.

6 Q. Epron, « Gallicanisme », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003 p. 761.

7 « C'est dire l'extraordinaire complexité du gallicanisme : il apparaît, au terme de son histoire, constitué d'un corps de doctrines théologiques et juridiques. Mais ces doctrines, en soi indépendantes les unes des autres et d'origine variée, ont été susceptibles de nuances très diverses, chacune ayant connu une évolution distincte au cours des années. Il n'y a pas un gallicanisme, mais des gallicanismes, tant sont différentes les traditions des docteurs, des évêques, des magistrats, du roi » (A.-G. Martimort, *Le Gallicanisme*, Paris, PUF, « Que sais-je », 1973, pp. 5-6).

8 Formule souvent reprise par les auteurs gallicans et attribuée à Optat de Milève, évêque du IV^e siècle.

pourrait être déposé par un concile universel. Pour résumer, le gallicanisme réalise la synthèse de trois éléments : il s'agit bien évidemment d'un discours sur les rapports entre l'État et la puissance ecclésiastique, mais encore d'une doctrine de l'État, et enfin d'un certain regard porté sur l'organisation des pouvoirs au sein de l'Église. Historiquement, ce gallicanisme représente – et c'est en grande partie pour cela qu'il peut intéresser les juristes – une mise en forme de la doctrine de la souveraineté. Il dote également l'État d'un monopole de commandement sur son territoire et ses sujets, en écartant progressivement la concurrence des autorités ecclésiastiques. L'on retrouve ici les deux faces, interne et externe, de la souveraineté⁹. On ne peut comprendre l'essor de cette souveraineté juridique sans préciser qu'elle est indissociablement liée à l'affirmation d'un sentiment national très puissant¹⁰ : la France est de toutes les Nations la plus libre, la plus sainte, celle en laquelle Dieu a placé sa dilection. La France est le nouveau peuple élu¹¹ et Paris le centre de la chrétienté. En un sens, la souveraineté est aussi culturelle et chemine conjointement avec la défense de l'exception française. Chez les juristes, la doctrine gallicane suppose ce discours théorique mais ne s'y limite pas ; son effectivité se réalise au moyen de techniques juridiques.

Ainsi défini, le gallicanisme est un mouvement doctrinal saturé de réflexions ecclésiologiques et juridiques visant à assurer la défense de l'État naissant. Il est possible de faire remonter cette préoccupation au travail entamé par les légistes de Philippe le Bel, à la charnière des XIII^e et XIV^e siècles¹². Les gens de robe ne cesseront ensuite de se poser en défenseurs intransigeants des idées gallicanes. Les parlements d'Ancien Régime s'illustrent en la matière, tout au long d'une histoire séculaire. Les Cours souveraines – le parlement de Paris en tête – entendent bien arbitrer tous les grands conflits politico-religieux qui secouent la monarchie. Systématiquement, elles délivrent une interprétation qu'elles veulent authentique d'une *doxa* gallicane, au respect de laquelle les monarques eux-mêmes sont tenus. Ainsi les parlements s'opposent régulièrement à certaines décisions royales afin de conserver l'orthodoxie gallicane et d'empêcher un monarque mal conseillé de compromettre dangereusement ses propres pouvoirs souverains. Ce sont, par exemple : les réticences à enregistrer le concordat de Bologne par attachement au système de la Pragmatique sanction de Bourges, la résistance à la réception

9 Face interne et externe dont la liaison est illustrée dans l'étude d'O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, Léviathan, 1994.

10 Cette construction du sentiment national procède d'un élan proprement religieux, comme le démontre C. Beaune, *Naissance de la nation France*, Gallimard, 1985.

11 C'est ce que tend à montrer le très riche ouvrage d'A. Tallon, *Conscience nationale et sentiment religieux en France au XVI^e siècle*, P.U.F, 2002.

12 Voir par exemple, J.-P. Royer, *L'Église et le royaume de France au XIV^e siècle, d'après le « Songe du Vergier » et la jurisprudence du Parlement*, Paris, LGDJ, 1969 ; J.-L. Gazzaniga, *L'Église du Midi à la fin du règne de Charles VII (1444-1461) : d'après la jurisprudence du Parlement de Toulouse*, thèse, droit, Toulouse, 1976. Même si les doctrines en vogue au XIV^e s'enracinent dans des idées plus anciennes, comme le démontre l'étude de référence de V. Martin, *Les origines du gallicanisme*, Paris, Bloud & Gay, 1939, 2 vol.

en France des décrets du Concile de Trente¹³, le refus de la bulle *Unigenitus* ou les remontrances sur les refus de sacrements au XVIII^e siècle. Et la liste n'a rien d'exhaustif. Ces grandes controverses donnent l'occasion aux magistrats et avocats gallicans d'affûter leurs armes et d'enrichir une littérature juridique colossale.

À l'occasion de ces crises, mais aussi au quotidien, les hommes de loi appliquent les principes sur le terrain contentieux, puisqu'ils sont avant tout praticiens. Ils ont inventé des outils pour résoudre les conflits entre l'Église et l'État et faire prévaloir les intérêts de la puissance temporelle. Le premier consiste dans le pouvoir de contrôler les bulles, brefs, rescrits pontificaux et canons des conciles préalablement à leur application en France. Le second, c'est la procédure de l'appel comme d'abus. Ce recours permet d'attaquer devant les parlements des jugements rendus par les officialités ou des décisions prises par les autorités ecclésiastiques françaises dans leurs fonctions de gouvernement. Ces deux grands pôles contentieux alimentent une jurisprudence déjà très abondante sous l'Ancien Régime. Or, celle-ci se prolonge au-delà de la Révolution française. Au XIX^e siècle, les Articles organiques adoptés unilatéralement par Napoléon rétablissent ces mécanismes et en confient la connaissance au Conseil d'État. La Haute Assemblée apparaît alors naturellement comme l'institution la plus à même de réguler le fonctionnement interne des cultes reconnus et leurs rapports extérieurs avec l'État. Le Conseil d'État œuvre donc sous la direction du chef de l'État dans le contexte de la justice retenue, pour faire prévaloir les droits de la puissance publique dans tous les conflits qui l'opposent aux autorités ecclésiastiques. Après la rupture révolutionnaire, la Haute Assemblée incarne la continuité de l'État, à la construction duquel le gallicanisme a pris une part décisive. Les sentiments gallicans continuent d'animer une élite de hauts fonctionnaires¹⁴. À la charnière des XIX^e et XX^e siècles, la III^e République continue d'appliquer le Concordat dans toute sa rigueur¹⁵ et le Conseil d'État rend encore quelques décisions sur des recours pour abus à la veille de la Séparation. La loi de 1905 vient néanmoins

13 V. Martin, *Le gallicanisme et la Réforme catholique, essai historique sur l'introduction en France des décrets du Concile de Trente (1563-1615)*, Picard, 1919 ; V. Martin, *Les négociations du nonce Silingardi évêque de Modène, relatives à la publication du Concile de Trente en France (1599-1601)*, Picard, 1919 ; A. Tallon, *La France et le Concile de Trente (1518-1563)*, École française de Rome, 1997.

14 B. Neveu, « Pour une histoire du gallicanisme administratif de l'an IX à nos jours », in *Administration et Église du Concordat à la séparation de l'Église et de l'État*, Genève, Droz, 1987, p. 57 et suivantes.

15 L'attachement au Concordat de la part des républicains anticléricaux vient du fait qu'il permettait de contrôler rigoureusement l'Église de France et de l'assujettir à l'État. On connaît l'acharnement d'Emile Combes à défendre le Concordat à la veille de la loi de 1905 (cf. L. Capéran, *L'invasion laïque*, Paris, Desclée de Brouwer, 1935). Momentanément du moins, et si favorables soient-ils à la séparation de l'Église et de l'État envisagée par le Programme de Belleville (15 mai 1869), Gambetta, Ferry ou encore Paul Bert prennent dans un premier temps la défense du Concordat. Dans un discours du 27 juin 1879, Jules Ferry qualifie le Concordat d'« assise inébranlable sur laquelle la Troisième République veut asseoir sa politique ecclésiastique » (Cité par J.-M. Mayeur, « Laïcité et idée laïque au début de la Troisième République », in L. Hamon (dir.), *Les opportunistes. Les débuts de la République aux républicains*, Paris, Fondation de la Maison des sciences de l'homme, 1991, p. 114).

mettre un terme à cette conception multiséculaire des rapports entre l'Église et l'État. Dans le nouveau système issu de la loi de 1905, ce n'est plus une fonction de Haute police qu'assume le Conseil d'État, mais le rôle de « régulateur de la vie paroissiale » selon l'expression consacrée du Doyen Le Bras¹⁶. Aujourd'hui, la jurisprudence du Conseil d'État vise aussi à garantir le libre exercice du culte en proposant une lecture parfois souple de la loi de 1905¹⁷.

Ainsi replacé dans le temps long, le gallicanisme apparaît comme une étape incontournable et décisive de l'histoire française. Son empreinte juridique et culturelle a très puissamment marqué les mentalités françaises au XIX^e siècle, où l'intérêt continuellement renouvelé à cette tradition se traduit par l'intégration du droit gallican d'Ancien Régime dans les manuels ou traités de droit public et administratif, qui lui réservent des développements substantiels. Les œuvres de Vivien, Foucart, Cormenin, Serrigny, Batbie, Aucoc, et bien sûr Édouard Laferrière comprennent toutes d'importantes subdivisions relatives à l'étude de ce que l'on appelle alors le *droit public ecclésiastique*. Ainsi, le gallicanisme s'insère très naturellement dans le corps du droit administratif naissant au XIX^e siècle, parce qu'il constituait déjà sous l'Ancienne monarchie un système de police religieuse, que l'on désigne couramment sous la dénomination de police des cultes à partir du Concordat. Cette solubilité du gallicanisme dans le droit administratif pose la question des apports éventuels de ce régime de police à la construction d'un droit nouveau. L'intuition n'est en réalité pas entièrement nouvelle. Elle est déjà présente dans les travaux de Pierre Legendre sur l'histoire de l'administration¹⁸. Personne n'a mieux que lui entrevu l'importance du legs juridique du gallicanisme à la construction de l'État moderne et de son droit administratif. Or, dans cette histoire, le Conseil d'État a joué un rôle déterminant. D'une part, en maintenant la vitalité des thèses et des techniques gallicanes, la Haute Assemblée confirme

16 G. Le Bras, « Le Conseil d'État régulateur de la vie paroissiale », *EDCE*, n°4, 1950.

17 Aujourd'hui, le Conseil d'État fait prévaloir la laïcité en tant que principe de neutralité, tout en s'assurant qu'elle respecte la liberté de culte, qu'il considère comme une liberté au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (CE, ord., 16 févr. 2004, *M. B.*, n° 264314). Par ailleurs, le Conseil d'État a admis que les collectivités publiques puissent engager des dépenses pour financer l'entretien et la conservation des édifices servant à l'exercice public d'un culte dont elles sont demeurées ou devenues propriétaires lors de la séparation des Églises et de l'État. Mais aussi accorder des concours aux associations culturelles pour des travaux de réparation d'édifices culturels, comme le prévoit l'art. L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales, dont le Conseil d'État a pu faire récemment l'application (CE, Sect., 10 février 2017, *Ville de Paris*, n° 395433). L'ambiguïté réside dans l'interdiction réitérée de soutenir l'exercice d'un culte, lorsque par ailleurs, le Conseil d'État admet la légalité d'une subvention accordée par une commune pour la réfection d'un orgue (CE, 19 juillet 2011, *Commune de Trélazé*, n° 308544).

18 P. Legendre, « La facture historique des systèmes, notations pour une histoire comparative du droit administratif français », extrait de la *Revue internationale de droit comparé*, 1971, n°1, p. 11 : « une preuve intéressante des continuités historiques en matière d'étatisation du droit et des statuts administratifs réside dans la poursuite du débat gallican après les diverses expériences de sécularisation au cours des dix années précédant le Consulat ». Du même auteur : « La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France », *Revue d'Histoire du droit*, 1974, pp. 696-732 ; *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, Paris, PUF, 1968.

leur caractère indispensable pour conserver la souveraineté étatique. D'autre part, cette contribution décisive à la construction de l'État souverain explique que le gallicanisme ait offert des supports techniques et des modes de raisonnement à la construction du droit administratif.

L'apport du gallicanisme à la conservation de l'État souverain

Sous l'Ancienne monarchie française, le gallicanisme a très puissamment servi l'apparition de l'État souverain unitaire et centralisé. Au XIX^e siècle, toute l'action de la Haute Assemblée consiste à garder cet apport intact, car il en va de la survie de l'État dans des contextes politiques souvent instables. Ainsi, ce sont des ressources techniques et théoriques que le Conseil d'État continue de mobiliser à cette fin.

Des ressources techniques au service de l'État

Dès l'entrée en vigueur du Concordat, le Conseil d'État est chargé d'arbitrer les conflits entre les puissances spirituelle et temporelle. À cette fin, les Articles organiques lui confient deux fonctions éminentes : préalablement à leur introduction en France, il est chargé de contrôler la régularité des bulles, brefs, rescrits pontificaux et des canons des conciles tenus à l'étranger ; il est également compétent pour statuer sur les recours pour abus formés contre des décisions prises par les autorités du clergé français. Apparues sous l'Ancien Régime et dévolues aux parlements, ces fonctions de Haute police poursuivent une finalité immédiate : le maintien de l'ordre public.

La réception des règles pontificales et conciliaires

L'Art. I^{er} des Organiques subordonne l'application en France des décisions pontificales et conciliaires à l'autorisation du gouvernement : « 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 ». Et l'art. III ajoute : « 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 la publication pourrait altérer ou intéresser la tranquillité publique ».

Ces dispositions reprennent les règles en vigueur sous l'Ancien Régime, telles qu'on les trouve rassemblées – pour ne pas dire codifiées – dans les 83 articles des Libertés de l'Église gallicane compilées en 1594 par Pierre Pithou¹⁹. Ce

19 P. Pithou, *Les libertez de l'Eglise gallicane*, Lyon, Thibaud Ancelin, 1594.

sont les articles 44 et 77 de ce texte qui avaient auparavant assujéti les textes romains et conciliaires à de telles formalités. Ce système de réception soumet les bulles, brefs, rescrits pontificaux et les décrets des conciles tenus hors de France à l'approbation du Souverain. Répondant à l'exigence d'un consentement exprès du monarque, l'approbation est précédée d'un contrôle préalable : le parlement est saisi pour contrôler la conformité de l'acte aux droits et libertés gallicanes et aux prérogatives de la couronne. Au XIX^e siècle, le gouvernement et le Conseil d'État coopèrent dans l'exercice de ce contrôle. Une ordonnance du 29 juin 1814 consacre explicitement la compétence du Conseil d'État dans son article 8, § 4 : celui-ci « vérifiera et enregistrera les bulles et actes du saint siège, ainsi que les actes des autres communions et cultes ». Par ailleurs, en vertu d'une ordonnance du 18 septembre 1839, art. 17, § 4, cette opération de vérification est préparée par le comité de Législation. Le Conseil d'État rend ensuite son avis, portant que la bulle peut être reçue et publiée, assortie de la formule suivante : « sans approbation des clauses, formules et expressions qu'elle renferme, et qui sont ou pourraient être contraires aux lois du royaume, aux franchises, libertés et maximes de l'église gallicane »²⁰. Cette formule, devenue automatique depuis l'Ancien Régime, a la valeur d'une réserve de souveraineté destinée à prévenir toute exécution ou interprétation ultérieure contraire au droit de l'État²¹. Enfin, l'autorisation de publier le texte pontifical émane *in fine* d'un décret gouvernemental, ce qui permet d'affirmer que la réception s'opère par *un acte du gouvernement* et relève de la compétence administrative exprimée par décret.

Naguère, ce dispositif était considéré comme l'un des plus puissants moyens de garantir l'indépendance souveraine de l'État. Le Conseil d'État le rappelle encore dans un arrêt du 28 avril 1883²² estimant qu'il s'agit d'« une des règles les plus anciennes et les plus importantes de notre droit public que, sous aucun prétexte que ce soit, les bulles, brefs, rescrits, constitutions, décrets et autres expéditions de la Cour de Rome, à l'exception de ceux concernant le for intérieur seulement et les dispenses de mariage, ne puissent être reçus, publiés, ni autrement mis à exécution sans avoir été préalablement vus et vérifiés par le gouvernement ».

Auparavant sous l'Ancien Régime, ces formalités ont été invoquées notamment contre la réception des décrets du Concile de Trente et la bulle *Unigenitus* (1713), qui condamnait les doctrines de Pasquier Quesnel, disciple de Jansenius. Elles ont encore servi pour contrôler systématiquement les bulles octroyées par les papes aux légats envoyés en France²³. Au XIX^e siècle encore, Dupin « aîné » considère les

20 Textes rapportés par D. Serrigny, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Joubert, 1842, t. 1, p. 120.

21 N. Sild, *op. cit.*, p. 72 et suivantes.

22 CE 28 avril 1883, *évêques d'Annecy, Viviers, Langres, Valence, Albi*, Rec. Lebon, pp. 990-993.

23 J.-L. Gazzaniga, « Les pouvoirs des légats pontificaux devant le Parlement », in A. Stegmann (dir.), *Pouvoirs et institutions en Europe au XVI^e siècle. Actes du Colloque de Tours, juillet 1984*, Paris, 1987, p. 227-235 ; B. Barbiche, *Bulla, Legatus, Nuntius. Études de diplomatie et de diplomatie pontificales (XIII^e-XVII^e siècles)*, Paris, École des Chartes, 2007 ; du même auteur : « Légat », in L. Bély (dir.), *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, P.U.F., 2010, p. 726-728.

canons tridentins comme « des actes qui jamais n'ont été sanctionnés en France par l'autorité législative, et auxquels les anciens tribunaux ont bien pu se conformer dans le jugement de certaines affaires, mais que de simples décisions judiciaires n'ont jamais pu convertir en lois, ni rendre obligatoires pour le jugement des affaires qui pourraient se présenter par la suite »²⁴. Et au XIX^e siècle toujours, l'exemple le plus retentissant de l'utilisation d'un tel mécanisme est celle qui en a été faite contre l'encyclique *Quanta cura* accompagnée du *Syllabus* le 8 décembre 1864. Avant même que le Conseil d'État ne statue, le ministre de la Justice et des cultes, Pierre Jules Baroche avait adressé une circulaire aux évêques français, leur annonçant que ces deux textes pontificaux contenaient « des propositions contraires aux principes sur lesquels repose la constitution de l'Empire »²⁵, et qu'en tout état de cause, ils devaient être rejetés, ou, à la rigueur, partiellement autorisés. Ayant enfreint ces recommandations, deux prélats sont condamnés par la Haute Assemblée²⁶. De façon peut-être plus saisissante encore, le Conseil d'État est allé jusqu'à émettre un jugement sur une bulle qui n'abordait que des questions purement spirituelles comme la proclamation du dogme de l'Immaculée conception, par la bulle *Ineffabilis Deus* du 8 décembre 1854. En définitive, ce n'est qu'avec mauvaise grâce et moyennant la clause traditionnelle de sauvegarde des droits et libertés gallicanes que le Conseil d'État reçoit la bulle le 21 février 1855. Ce décret est mentionné par le *Répertoire* de Léon Béquet, qui soutient, sans en éprouver la moindre gêne, que le pouvoir de vérification du Conseil d'État peut porter sur des points purement doctrinaux des encycliques ou autres documents pontificaux²⁷. La rigueur de ces procédés semble donc procurer à l'État une défense très hermétique à l'égard des textes en provenance de Rome.

Il convient néanmoins de ne pas exagérer l'efficacité de ce mécanisme d'autorisation. Présenté comme l'un des principaux moyens pour se défendre contre des textes supposés menacer la souveraineté étatique, il n'a pas toujours empêché la pénétration de la législation pontificale en France. Ainsi, bien qu'ils n'aient jamais été explicitement approuvés par les souverains, les décrets de réforme du Concile de Trente ont été subtilement appliqués dans les diocèses par l'action des évêques²⁸. Par ailleurs, au XIX^e siècle, le développement des libertés de la presse a permis de contourner les oppositions du Conseil d'État. On rencontre un exemple très significatif de cette évolution à l'occasion de la publication de *Quanta Cura* et du *Syllabus* : le Conseil d'État a été devancé par certains évêques, mais aussi par la presse, laquelle, avec l'*Univers* de Veuillot, divulguait avec un temps d'avance les propositions condamnées par le *Syllabus*.

24 Cité en note par F. Brami, *Une grande carrière au service de la loi : Dupin aîné (1783-1865)*, thèse, Paris II, 2011, p. 115.

25 Cité par B. Basdevant-Gaudemet, *Le jeu concordataire...*, op. cit., p. 50.

26 CE 8 février 1865, Évêque de Moulins, Rec. Lebon, p. 1185.

27 L. Béquet, *Répertoire du droit administratif*, Paris, Société d'imprimerie et librairie administrative des chemins de fer Paul Dupont, 1891, t. IX, p. 8 et suivantes.

28 M. Aoun, J.-M. Tuffery-Andrieu (dir.), *Conciles provinciaux et synodes diocésains du Concile de Trente à la Révolution française*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2010.

La signification de la réception des normes pontificales et conciliaires est donc avant tout politique. Même lorsqu'il n'atteint pas toujours le but escompté, le mécanisme est brandi par les milieux gouvernementaux pour rappeler des principes fondamentaux de l'État moderne. Autre grande arme au service des thèses gallicanes, l'appel comme d'abus poursuit la même finalité.

Les appels comme d'abus

La procédure de l'appel comme d'abus constitue l'autre arme décisive permettant de résoudre les conflits de compétences entre les deux sphères de pouvoir, tout en combattant les intrusions de la justice et des autorités d'Église dans les affaires temporelles. Porté devant les juridictions étatiques (Parlement sous l'Ancien Régime, Conseil d'État au XIX^e siècle), ce recours ouvert aux sujets de l'État (laïcs ou clercs) donne la possibilité d'attaquer les jugements rendus par les tribunaux d'Église exerçant leur juridiction dans l'État. Il permet aussi d'exercer un recours contre les actes d'administration édictés par les membres du clergé français. L'appel comme d'abus sanctionne l'incompétence et l'illégalité des décisions ecclésiastiques. Il s'agit donc d'une procédure à double visage, assumant tour à tour deux fonctions : la cassation des jugements ecclésiastiques (et dans certaines hypothèses, beaucoup plus rares, des jugements séculiers empiétant sur la compétence du juge ecclésiastique). Là encore, ce sont les Articles organiques qui ont rétabli cette pratique qui n'avait pas été prévue par le Concordat de 1801. L'article 6 prévoit qu'« il y aura recours au Conseil d'État, dans tous les cas d'abus de la part des supérieurs et autres personnes ecclésiastiques ». Quant à l'article suivant, il énumère les cas d'abus qui 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'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 ».

L'une des évolutions majeures imposées par les Articles organiques concerne la compétence désormais reconnue au Conseil d'État pour connaître des recours formés contre les actes de la puissance ecclésiastique. Pour J.-B. Sirey, la compétence du Conseil d'État se justifie pleinement par la nature politique et administrative des affaires d'abus²⁹. Pour Batbie, si le législateur n'a pas voulu restituer la compétence en matière d'abus aux tribunaux judiciaires, c'est qu'« il ne voulait faire rentrer dans la compétence des cours aucune attribution qui, de près ou de loin, touchât à la marche du gouvernement »³⁰, position traditionnelle qui n'est pas sans rappeler l'Édit de Saint-Germain de 1641³¹. Quant à la procédure du

29 J.-B. Sirey, *Du Conseil d'État selon la Charte constitutionnelle*, Paris, 1818, p. 143.

30 A. Batbie, *Doctrine et jurisprudence en matière d'appel comme d'abus*, Paris, Joubert, 1851, p. 23-24.

31 Qui fait « Très expresses inhibitions et défenses » aux corps judiciaires « de prendre à l'avenir connaissance d'aucunes affaires qui peuvent concerner l'Etat, l'administration et le gouvernement d'icelui que nous réservons à notre seule personne ».

recours, l'article 8 des Organiques ne donne que des indications sommaires : « 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 ». Cette disposition semble donc permettre d'adresser directement des recours au Conseil d'État. Mais la pratique est assez différente, puisque le mémoire détaillé et signé doit préalablement être adressé au ministre des cultes, qui prend, dans les meilleurs délais, tous les renseignements convenables avant de transmettre le dossier au Conseil d'État³².

Ces formalités procédurales instaurent un recours préalable obligatoire au ministre avant que le Conseil d'État ne soit saisi, à peine d'irrecevabilité du recours pour abus³³. Selon Batbie, l'obligation de saisir le ministre des cultes s'impose dans le but d'instaurer une sorte de « préliminaire de conciliation »³⁴, expression qu'il reprend à Cormenin. Il s'agit ainsi d'obtenir le règlement d'un maximum d'affaires, en amont de leur transmission. Saisi préalablement, le ministre dispose de toute la latitude nécessaire, non seulement pour instruire très librement les affaires, mais encore pour tenter de les résoudre lui-même et d'écarter les demandes manifestement dépourvues de caractère sérieux. La souplesse de ce mécanisme permet au ministre d'user de toute l'influence politique³⁵ du gouvernement pour réduire à néant certaines velléités de poursuites. Par ailleurs, l'enquête du ministre n'est soumise à aucune formalité contraignante³⁶. Le ministre des cultes s'adresse généralement aux autorités locales en vue d'accumuler le plus grand nombre d'éléments utiles à l'instruction de l'affaire.

La saisine préalable du ministre semble accréditer l'idée qu'il se trouve revêtu d'un statut quasi équivalent à celui de supérieur hiérarchique du clergé français. L'idée de Portalis selon laquelle le recours pour abus est un « recours direct au gouvernement lui-même »³⁷ renforce cette conviction. C'est ici que le Concordat comporte une lourde ambiguïté : les ministres du culte sont souvent traités comme des fonctionnaires, alors qu'aucun texte ne pose le principe de la fonctionnarisation, ni n'affirme la supériorité hiérarchique du gouvernement sur le clergé français. Un autre exemple rend compte de cette incertitude : saisi d'un recours pour abus, le Conseil d'État peut décider d'autoriser l'engagement

32 A. Batbie, *ibid.*, p. 133.

33 CE 3 mai 1844, *Pasteur Schrumppff c. consistoire général de la Confession d'Augsbourg*, Rec., p. 261. A. Batbie, *ibid.*, p. 133 : « aussi le recours pour abus est-il irrecevable quand il n'a pas été précédé de ce préliminaire, comme l'action civile, dans les cas où la conciliation n'a pas été tentée. Dans plusieurs circonstances, le Conseil d'État a repoussé des requêtes qui lui avaient été adressées directement et renvoyé les parties à se pourvoir devant le ministre des cultes ».

34 A. Batbie, *ibid.*, p. 133.

35 « Il arrive souvent, en effet, que le ministre parvient à éteindre l'affaire, soit par l'autorité qui s'attache à son intervention, soit en obtenant des rétractations » (A. Batbie, *ibid.*, p. 133).

36 E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1896, t. 2, p. 112.

37 J.-E. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le concordat de 1801*, Paris, Joubert, 1845, p. 209.

de poursuites pénales contre le ministre du culte si l'acte présente un caractère délictueux. Dans cette hypothèse, les poursuites devant le juge répressif doivent être préalablement autorisées par le Conseil d'État. Ce mécanisme ressemble beaucoup à la garantie des fonctionnaires instaurée par la Constitution de l'an VIII (art. 75), qui a longtemps servi à protéger les agents publics des plaintes abusives des administrés, afin de ne pas entraver la bonne marche de l'action administrative. Or, le même régime protecteur est appliqué aux ecclésiastiques, qui ne sont pourtant pas considérés comme des fonctionnaires. Le Conseil d'État doit rechercher si la faute constitutive du délit présente un lien avec l'exécution du service public du culte. Néanmoins, cette jurisprudence évolue à partir des années 1880, et les requêtes présentées par les fidèles sont désormais directement déferées au juge judiciaire. Ce revirement correspond au durcissement enclenché par les politiques anticléricales de la III^e République et survient en 1881 à l'occasion de l'arrêt *Bertheley*³⁸.

Enfin, à l'issue de la phase d'instruction, le ministre des cultes remet un rapport contenant un avis motivé à la section du Conseil d'État compétente en matière de cultes. Cet avis énonce une thèse ministérielle le plus souvent gallicane, qui tend mécaniquement à adopter la position la plus favorable aux droits de la puissance publique. La procédure fait donc la part belle aux opinions gouvernementales, selon l'esprit que Portalis avait souhaité insuffler à ce système. Enfin, les formalités suivies lors du procès sont assez sobres : le dossier n'est pas communiqué aux « parties », le jugement est prononcé sans publicité ni plaidoirie, les « parties » n'ont que la faculté de faire remettre des mémoires signés par un avocat aux Conseils. Enfin, si la Haute Assemblée considère l'acte abusif, la décision s'achève sur une déclaration d'abus et supprime l'acte attaqué. Cette suppression fait disparaître l'acte : elle équivaut ni plus ni moins à une annulation.

Tout comme le dispositif encadrant la réception des normes pontificales et conciliaires, le recours pour abus sert à protéger l'État des menaces supposées de la puissance ecclésiastique. Or, la permanence de ces mécanismes après la Révolution française illustre la continuité substantielle des conceptions de l'État défendues par les juristes de l'Ancien Régime et du XIX^e siècle. Les supports techniques du gallicanisme à la construction de l'État se sont accompagnés d'un apport théorique à la doctrine de la souveraineté.

L'apport théorique à la doctrine de la souveraineté étatique

Ce volet théorique du gallicanisme s'articule autour de deux axes complémentaires : la garantie de l'indépendance normative de l'État et le monopole étatique sur la fonction juridictionnelle.

38 CE 17 mars 1881, *Bertheley*, Rec. Lebon, p. 1059.

La garantie de l'indépendance normative de l'État

Dans un arrêt du 9 mars 1845³⁹, le Conseil d'État statue dans une affaire qui a fait grand bruit. Le cardinal de Bonald, archevêque de Lyon, avait publié un mandement critiquant méthodiquement le *Manuel du droit public ecclésiastique français* de Dupin aîné, publié en 1844. Le recours pour abus, introduit contre le mandement du prélat lui faisait grief de critiquer violemment la pratique des recours pour abus et de s'être fondé dans cet écrit sur des textes pontificaux n'ayant jamais été reçus (et donc autorisés) en France : d'une part la bulle *Auctorem fidei* édictée en 1794 par le pape Pie VI, d'autre part un bref d'Innocent XI du 11 avril 1682 et la bulle *Inter multiplices* du 4 août 1690, deux documents qui déclaraient nulle la Déclaration de l'assemblée du clergé de 1682. Porter un jugement sur un écrit émanant de l'un des plus éminents prélats français imposait un raisonnement juridique rigoureux, et une rhétorique accomplie. Chargé du rapport sur cette affaire devant le Conseil d'État, Alexandre François Vivien (alors vice-président du comité de Législation) se montre implacable. Il entreprend de démontrer que l'abus du mandement réside notamment dans le fait qu'il se fonde sur des textes pontificaux dont la réception n'a jamais été autorisée en France. Il défend alors les mécanismes de réception en soulignant leur lien direct avec la défense de la souveraineté, et bien au-delà, avec toute une doctrine de l'État : « On ne pourrait, écrivait M. Portalis, refuser ce droit [d'autoriser les règles pontificales] à un gouvernement sans lui disputer celui de se conserver et de se défendre. Le système qui assurerait l'exécution parée aux actes de la cour de Rome, sans aucune vérification préalable, favoriserait dans les États catholiques l'introduction d'une foule de règlements souvent inconciliables, soit avec la discipline religieuse, soit avec l'ordre politique de ces États. Il détruirait l'indépendance des gouvernements, soumettrait leur autorité à une législation étrangère, indéfinie et supérieure. Un tel système serait éversif de l'ordre social »⁴⁰.

Cette citation illustre la fonction défensive des mécanismes de réception : ils servent de garantie contre les intrusions normatives étrangères. En effet, l'Église dispose d'un pouvoir d'édicter des règles qui ont vocation à s'appliquer sur le territoire et les sujets des États. Or, le contenu de ces règles est toujours susceptible de heurter les lois étatiques et concurrence l'autorité du Souverain. Vivien confirme cette propriété monopolistique du pouvoir étatique : « pour que l'indépendance de l'État soit entière, *il faut qu'il exerce sans partage toutes les fonctions du gouvernement*, qu'il soit appelé à déterminer seul les limites de son autorité, sans quoi elle pourrait sans cesse être contestée et envahie, et enfin qu'il ait même en certains points autorité sur la discipline de l'Église, qu'il est chargé de protéger et dont il doit par conséquent surveiller l'action et la conduite »⁴¹. À la même époque, Cormenin défend lui aussi cette conception, rappelant que : « les rois de France ont toujours défendu l'indépendance de la couronne contre

39 CE 9 mars 1845, *Cardinal de Bonald, archevêque de Lyon*, Rec. Lebon, p. 154.

40 A. Dupin, *Libertés de l'Église gallicane. Manuel du droit public ecclésiastique français*, Paris, Plon, 1860, p. 551-552.

41 A. Dupin, *ibid.*, p. 540.

les entreprises de la cour de Rome, au temps de sa plus grande puissance. Ils ont d'abord repoussé par l'épée les foudres de l'Église ; plus tard, ils leur ont opposé l'autorité rivale des parlements. Aujourd'hui, c'est le Conseil d'État qui leur prête son aide par la vérification et l'enregistrement préalable des bulles et autres écrits »⁴².

Ce sont ces raisons cumulées qui ont très tôt engagé les juristes français à élaborer les mécanismes de réception précédemment évoqués. L'enjeu de la réception consiste à garantir l'indépendance souveraine de l'État. En effet, accepter indistinctement toutes les règles émanant de la chancellerie romaine priverait l'État de sa liberté. L'obéissance aveugle aux commandements romains conduirait la France à n'être plus qu'une province d'un État pontifical universel. Telle est l'idée générale défendue par le gallicanisme juridique, et que l'on trouve encore exprimée au XIX^e par le juriste italien Pellegrino Rossi. De façon assez surprenante, celui qui assumera plus tard des fonctions ministérielles de premier plan auprès du pape Pie IX défend avec acharnement des idées ultra-gallicanes devant la Chambre des Pairs le 18 avril 1844, en réponse à Montalembert. Partant du postulat que « la question des libertés de l'Église gallicane [...], qui intéresse essentiellement les *pouvoirs de l'État* [...] est une question éminemment *politique*, une question de *droit public* »⁴³, Rossi estime que ces libertés convergent toutes dans une même direction : « la proclamation de l'indépendance de l'État, de l'autonomie de la nation française »⁴⁴. Le discours synthétise avec force l'essentiel des conceptions gallicanes afférentes à la souveraineté de l'État, et rappelle inlassablement que « l'État est indépendant, l'État est souverain, maître de lui-même ; il n'a ici-bas ni juge, ni supérieur »⁴⁵. Consubstantielle à la notion d'État, dont elle constitue par ailleurs l'« essence », l'indépendance « est un principe de droit public qui domine toute la législation d'un pays, que ce principe soit ou non matériellement écrit dans une loi spéciale »⁴⁶.

Cette lutte séculaire du gallicanisme se prolonge devant le Conseil d'État à chaque fois qu'il vérifie les actes de la chancellerie romaine. Il s'agit d'un combat qui tend à l'affirmation d'un monopole normatif du Souverain temporel à l'intérieur de son ordre juridique. En effet, les mécanismes de réception ont pour effet d'exclure toute concurrence législative d'une autorité étrangère à l'intérieur de l'État. Cette prétention n'est pas nouvelle au XIX^e siècle, et ne fait que réitérer une doctrine ancienne, dont la défense de la souveraineté constitue le cœur. Ainsi au XIX^e siècle, le propos des juristes ne diffère en rien de celui que défendaient naguère leurs illustres prédécesseurs, tel Jacques Faye d'Espeisses, avocat général près le

42 V. Cormenin, *Droit administratif*, Paris, 1840, 5^e éd., t. 2, p. 18 de l'appendice.

43 A. Dupin in *Libertés de l'Église gallicane*, *op. cit.*, p. 442.

44 A. Dupin, *ibid.*, p. 443. Rossi ajoute : « lorsqu'on s'écrie : Arrière les libertés de l'Église gallicane sans distinction ! on veut donc nous ramener à la *théocratie*, on veut donc faire de la France une *province de la papauté* » (*ibid.*, p. 443).

45 A. Dupin, *ibid.*, p. 442.

46 A. Dupin, *ibid.*, p. 444. Et encore : « l'indépendance d'une nation est écrite dans son histoire, dans ses institutions ; dans toutes ses lois ; elle est attestée par toute son organisation sociale et politique » (*ibid.*, p. 444).

parlement de Paris. En 1583, à l'occasion d'après débats sur la réception en France des décrets du Concile de Trente, celui-ci en refusait l'application sans autorisation, estimant que « l'État ne prend loi que de lui-même »⁴⁷. À plus de deux siècles de distance donc, des juristes comme Faye, Vivien ou Portalis délivrent des points de vue identiques, qui témoignent d'une saisissante continuité des représentations que se font les juristes de l'État et son rapport à la souveraineté. Par un cheminement technique, le gallicanisme est parvenu aux mêmes conclusions que celles de Bodin : toute norme émanant d'une source étrangère ne peut s'appliquer dans l'État que par le truchement d'un acte de volonté du Souverain ; la marque principale de la souveraineté réside dans le pouvoir de légiférer qui ne saurait être partagé ; le Souverain n'obéit à personne d'autre qu'à lui-même.

Enfin, les mécanismes restreignant l'application du droit ecclésiastique ont aussi pour finalité de sauvegarder l'existence d'un ordre juridique substantiel. Toujours au service de la souveraineté étatique, ce contrôle conduit à assurer la primauté des lois françaises sur le droit étranger. Il permet aussi aux juges de rejeter l'application d'une règle n'ayant pas été soumise au contrôle préalable et à la réception dans l'ordre interne. Ce montage juridique protège en outre la constitution de l'État contre un droit « venu d'ailleurs », pour reprendre l'expression de Jean Carbonnier, qui, en son temps, comparait les rapports entre l'État et l'Union européenne⁴⁸ avec ceux qui mettaient aux prises Rome et la France. En leur temps, les parlements d'Ancien Régime ont érigé en système une pratique ancienne de la monarchie pour doter la France d'une véritable « douane des normes », expression devenue commune pour désigner l'attitude des juges français, qui, dans un passé qui n'est pas si lointain, se montraient parfois réticents à appliquer les directives européennes dans l'ordre juridique français. On la trouve souvent rapprochée du

47 Le haut magistrat recense les décrets tridentins contraires aux droits du royaume, et en incrimine « plusieurs loix & décisions particulières que ne scaurions recevoir sans déroger aux nôtres, c'est-à-dire, de l'autorité de notre État qui ne prend loi que de soi-même » (*Advertissement sur la Reception et publication du Concile de Trente*, cité par E. Mignot, *Histoire de la réception du concile de Trente dans les différens Etats Catholiques*, Amsterdam, Arkstée & Merkus, 1756, t. 2, p. 130).

48 J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996, pp. 44-56 essentiellement. L'auteur considère ces « droits venus d'ailleurs » comme des « droits venus de nulle part, [...] qui n'ont ni histoire ni territoire » et qui ont « surgi d'abstractions » (*ibid.*, p. 48). Il est encore étonnant de constater la comparaison que l'auteur suggère entre la construction européenne et les problèmes liés aux pouvoirs du pape sur les évêques. La surveillance et la censure exercées par les organes de l'Union européenne, « du haut d'un magistère » (*ibid.*, p. 51), l'est à titre subsidiaire, « comme le pape aux évêques locaux » (*ibid.*, p. 51). Ce à quoi l'auteur objectait avec un trait d'humour : « mais à quel pape ferez-vous croire qu'il n'y voit pas plus clair que l'évêque du lieu ? » (*ibid.*, p. 51).

gallicanisme, par une analogie très parlante⁴⁹, et qui révèle une similitude de fond. Il y a, dans cette commune résistance, un attachement identique à la conservation de la souveraineté et de la constitution nationale.

Ainsi donc à la suite des parlements d'Ancien Régime, le Conseil d'État a persisté dans cette dynamique gallicane au nom de laquelle il s'est habitué à maîtriser la norme ecclésiastique pour en limiter ou même en rejeter l'application. La force de ces raisonnements se trouve confirmée par l'autre versant du gallicanisme, qui promeut la maîtrise exclusive de l'État sur l'exercice du pouvoir juridictionnel.

La monopolisation du pouvoir juridictionnel au profit de l'État

Si la souveraineté étatique est d'ordinaire identifiée par « un monopole d'édition du droit positif »⁵⁰, elle est également un monopole du pouvoir juridictionnel.

Sur ce point aussi, le gallicanisme a œuvré en réduisant considérablement le champ de compétence de la juridiction ecclésiastique, essentiellement celle des officialités. Dès la fin du xvi^e siècle, les parlements se servent habilement des appels comme d'abus pour s'approprier la connaissance d'un nombre croissant de litiges relevant du domaine des matières mixtes (ou se mêlent des éléments temporels et spirituels). Pierre Legendre a naguère fait remarquer que l'érosion de la juridiction ecclésiastique procédait d'un mouvement de « confiscation de toute Justice par l'État », en vertu d'un principe monarchique : toute justice émane du roi⁵¹. Ce transfert de compétences qui s'opère au profit de l'État participe du renforcement de la puissance souveraine. Au xix^e siècle, ce travail peut être considéré comme achevé. C'est en niant l'existence d'un ordre juridictionnel

49 Voir par exemple D. Simon, « La contribution de la Cour de cassation à la construction juridique européenne : Europe du droit, Europe des juges », *La Cour de cassation et la construction juridique européenne*, Paris, La documentation française, 2006, p. 82. Près de 15 années plus tôt, le même auteur usait déjà de cette image dans un article intitulé « Le Conseil d'État et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie ? », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1992, n° 2, pp. 265-283. L'expression de « gallicanisme juridique » est reprise par le Professeur Dominique Ritleng, « L'arrêt *Perreux* ou la fin de l'exception française », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2010, n°1, p. 223. M. Gautier dans son article intitulé « L'entrée timide du Conseil constitutionnel dans le système juridictionnel européen », *AJDA*, 2013, n° 19, p. 1086 : « il fut une époque où les enseignements de droit public traitant de la réception du droit communautaire par les juridictions nationales usaient volontiers de l'expression de *gallicanisme* juridique pour évoquer le superbe isolement cultivé au Palais-Royal à l'égard du droit communautaire en général et de la cour chargée d'en assurer le contrôle juridictionnel en particulier » (nous soulignons). Dans un autre ordre de réalités, le Professeur Fabrice Melleray impute à un « certain gallicanisme juridique » les réticences françaises à vouloir reconnaître certains emprunts de formes institutionnelles aux systèmes juridiques étrangers (F. Melleray, « L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français », *AJDA*, 2004, p. 1224).

50 O. Beaud, *La puissance de l'État*, P.U.F., 1994, p. 145-147.

51 P. Legendre, « La facture historique des systèmes, notations pour une histoire comparative du droit administratif français », extrait de la *Revue internationale de droit comparé*, 1971, n°1 pp. 12-13.

ecclésiastique indépendant de l'État que les juristes ont permis à la puissance publique d'exproprier (l'expression est de Jellinek⁵²) la justice d'Église d'un nombre considérable de pouvoirs.

Tout commence au début du xvii^e siècle, lorsque Charles Loyseau entreprend de démontrer que l'Église ne détient qu'une juridiction contentieuse imparfaite concédée par les Souverains⁵³. « Historiquement infondée »⁵⁴, cette théorie traverse pourtant les décennies, pour ne pas dire les siècles. Elle est reprise par les publicistes du xix^e siècle, lorsqu'ils s'interrogent sur le sort des officialités dans le régime concordataire. Les officialités avaient été supprimées par un décret des 6 et 7 septembre 1790. Après le concordat néanmoins, certains évêques avaient rétabli ces juridictions dans leur diocèse. Quelle qualité fallait-il donc reconnaître à ces institutions et à leurs décisions ? Dans un avis du 22 mars 1826⁵⁵, le Conseil d'État adopte le raisonnement devenu classique à l'égard des officialités. Reprenant les conceptions de Loyseau, il considère que la juridiction ecclésiastique est révocable puisqu'elle dérive d'une concession des souverains. S'il est loisible aux évêques de juger de causes purement spirituelles, la compétence des officialités à l'égard du gouvernement temporel de l'Église ne peut leur être restituée que par une loi. Denis Serrigny développe abondamment la question dans ses écrits⁵⁶. Pour lui, la création d'un ordre juridictionnel dans l'État ne relève que de la puissance du législateur⁵⁷. Il en déduit que la juridiction ecclésiastique est subordonnée. Pour régler le problème des officialités, il propose de permettre aux évêques « de faire délibérer les projets de décisions contentieuses qu'ils sont appelés à prendre en matière de discipline ecclésiastique, par des conseils décorés du nom d'*officialités* »⁵⁸. Par cet artifice, on éviterait de rétablir les officialités en qualité de juridictions. Transformées en simples organes de conseil, les délibérations de ces « officialités » n'auraient de force obligatoire qu'une fois revêtues de la signature de l'évêque. C'était, en conservant le mot, leur ôter tout caractère pouvant les

52 G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, Paris, Panthéon-Assas, 2005, t. 2, p. 115.

53 *Les Œuvres de Maître Charles Loyseau, avocat en Parlement*, Lyon, Compagnie des Libraires, 1701, p. 90.

54 J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion 2009, p. 173.

55 Le texte de l'avis est rapporté en note par A. Batbie, *Doctrine et jurisprudence en matière d'appel comme d'abus*, Paris, 1851, p. 21.

56 D. Serrigny, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Joubert, 1842, vol. 1, p. 127 et suivantes.

57 « En admettant que des archevêques ou évêques aient rétabli des officialités métropolitaines ou diocésaines, quelle pourrait être l'autorité des décisions émanées de ces corps devant la loi civile ? D'une part, on peut soutenir que la juridiction des officialités ayant été abolie par la loi des 7-11 septembre 1790, le rétablissement de ces corps ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi ; que la création des juridictions est essentiellement du domaine du pouvoir législatif que le roi ne pourrait lui-même créer de semblables juridictions en vertu de sa puissance exécutive ; qu'à plus forte raison les évêques, qui n'ont aucune puissance civile, ne peuvent établir de pareils tribunaux ; qu'ainsi les actes décisions émanés de ces officialités ne peuvent être d'aucun effet aux yeux des magistrats civils » (D. Serrigny, *ibid.*, p. 128).

58 D. Serrigny, *ibid.*, p. 129, en italique dans le texte.

assimiler à des juridictions. Et Serrigny ajoute enfin que les décisions de ces « officialités » seraient semblables à celles des conseils de préfecture, « qui tirent toute leur autorité de la signature du préfet »⁵⁹. D'une très grande rigueur, le raisonnement relève d'une tendance centralisatrice inhérente à l'esprit gallican. Elle repose tout d'abord sur la monopolisation du pouvoir juridictionnel au profit de l'État. Elle consiste aussi à superposer le ressort territorial des diocèses et des départements, mais aussi à calquer l'organisation administrative des diocèses sur ces mêmes départements, et enfin à assimiler les pouvoirs de l'évêque à ceux du préfet. Le Conseil d'État fera sienne cette doctrine dans son arrêt *Abbé Bourel* du 29 août 1854⁶⁰.

Cette conception de la juridiction ecclésiastique se répercute sur le développement de l'appel comme d'abus. Initialement envisagé comme un mécanisme assurant la répartition des compétences entre les autorités politiques et religieuses, il devient un véritable recours en cassation exercé contre les jugements ecclésiastiques. En effet, si les officialités ne disposent que d'une juridiction concédée par le Souverain, celui-ci détient en dernière analyse un pouvoir de cassation à l'égard de leurs décisions, toute justice émanant du roi. Rarement le lien entre cassation et souveraineté n'aura été aussi clairement exprimé. Cette tendance monopolistique s'observe dans bien d'autres domaines qu'il est impossible d'évoquer dans le format d'un article. C'est le cas – très fécond pour la compréhension du droit administratif – des conseils de fabriques transformés en établissements publics dès la fin de la monarchie d'Ancien Régime⁶¹. Ce mouvement permet d'ailleurs de comprendre qu'aux premiers temps de leur existence, les établissements publics sont davantage le fruit d'un mouvement centralisateur lié à la souveraineté, que l'effet d'une « décentralisation fonctionnelle ».

Les aspects du gallicanisme qui viennent d'être exposés éclairent certains leviers juridiques sur lesquels s'est appuyée la construction étatique. La politique gallicane donne naissance à une police des cultes qui assure la domination de l'État sur le gouvernement extérieur de l'Église de France, sans intervenir – théoriquement – dans le domaine des affaires strictement spirituelles. Or, la survivance de ce régime de police au XIX^e siècle et son redéploiement dans le giron du droit administratif ont alimenté la construction de ce droit naissant. C'est ce que démontre particulièrement la pratique des recours pour abus.

59 D. Serrigny, *ibid.*, t. 1, p. 129.

60 CE, 29 août 1854, *abbé Bourel*, cité par B. Basdevant-Gaudemet, *Le jeu concordataire dans la France du XIX^e siècle...*, op. cit., p. 159.

61 Nous renvoyons à notre thèse, *Le Gallicanisme et la construction de l'État (1563-1905)*, op. cit., p. 228-232.

L'apport du gallicanisme à la construction du recours pour excès de pouvoir

De nombreuses études ont observé des similitudes entre le recours pour abus et le recours pour excès de pouvoir, sans néanmoins déceler un rapport de filiation du second à l'égard du premier⁶². Et de fait, il n'existe aucune paternité explicite ou revendiquée. On peut en revanche avancer les hypothèses suivantes : le recours pour abus a préparé un terrain favorable à l'apparition de la doctrine du recours pour excès de pouvoir. Par ailleurs, si aucun rapport de filiation ne peut être clairement établi, on ne peut exclure a priori un phénomène de réappropriation et de circulation des techniques.

Le recours pour abus, laboratoire de la construction du recours pour excès de pouvoir

Il est désormais bien connu que le droit administratif s'est en partie constitué par des emprunts sélectifs à d'autres disciplines, comme le droit civil⁶³. Ce phénomène n'est pas isolé : on l'observe à l'égard de toutes les branches du droit. La constitution d'un *corpus* disciplinaire s'opère souvent au moyen de transpositions, de réutilisations, de recyclages. Ainsi par exemple, de l'influence du droit romain sur le droit civil, mais aussi du droit canonique sur le droit administratif⁶⁴. Enfin, l'on sait également l'importance du laboratoire canonial pour le droit constitutionnel moderne⁶⁵. Dans une logique assez similaire, les techniques inventées pour régler les rapports entre l'Église et l'État ont constitué une matrice du droit administratif.

Le terrain le plus fécond reste celui de l'appel comme d'abus, ou du recours pour abus selon la dénomination en usage au XIX^e siècle. La similitude la plus fréquemment évoquée entre les deux recours est celle des cas d'ouverture. Ceux-ci

62 A. Ramalho, « L'appel comme d'abus et le recours pour excès de pouvoir », *Revue générale d'Administration*, 1900, p. 129 ; P. Legendre estime que l'appel comme d'abus est une procédure « comparable à un recours pour excès de pouvoir, sanctionnant la contravention aux libertés gallicanes » (in *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, Paris, PUF, 1968, p. 298) ; R. Drago, « Religion et droit administratif », in *Religion et droit*, Téqui, 1985, p. 93-107 ; voir plus récemment les pages que réserve M. Touzeil-Divina à l'étude de l'appel comme d'abus, in *Le doyen Foucart (1799-1860), un père du droit administratif moderne*, thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2007, t. 2, p. 1386-1387.

63 B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2003.

64 G. Le Bras, « Les origines canoniques du droit administratif », in *L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 395-412.

65 L. Fonbaustier, *Modèles ecclésiologiques et droit constitutionnel. L'institution de la responsabilité des gouvernants*, thèse de doctorat, Paris II, 1998 ; thèse publiée récemment : *La déposition du pape hérétique*, Paris, Mare & Martin, 2016 ; D. Chagnollaud (dir.), *Les origines canoniques du droit constitutionnel*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2009.

sont assez semblables. L'art. VI des Organiques les énumère : 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'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.

S'ils n'épousent pas strictement la dénomination des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, ces moyens y renvoient à travers l'office du juge de l'abus. La tâche de celui-ci consiste à sanctionner l'incompétence de l'auteur de l'acte (à travers l'usurpation ou l'excès de pouvoir), l'irrégularité formelle de la décision attaquée et la violation de la loi. Par ailleurs, la sanction de l'oppression des ministres du culte à l'égard des fidèles ou de leurs subordonnés conduit souvent le juge de l'abus à exercer un contrôle sur les motifs de la décision. Enfin, le juge de l'abus étant également – selon une vieille formule – juge du fait, il peut le cas échéant s'assurer de l'exacte qualification juridique des faits et de leur exactitude matérielle.

Ainsi, l'incompétence est le premier motif d'annulation des actes ou jugements. En effet, le gallicanisme renvoie toujours à une discussion qui porte sur les compétences respectives des autorités spirituelles et temporelles, car il se donne pour ambition de combattre toute excursion des autorités ecclésiastiques en dehors de leur sphère de compétence. L'acte abusif se définit avant tout comme un acte fait sans pouvoir, ou allant au-delà des pouvoirs légalement dévolus à l'autorité qui l'édicte. Aussi l'incompétence est-elle assimilée à l'excès de pouvoir par l'art. 6 des Organiques. Batbie l'explique : « *tout acte de l'autorité ecclésiastique fait contrairement aux dispositions de la loi qui limite son étendue est un excès de pouvoir* »⁶⁶. *En d'autres termes, selon le même auteur, l'autorité commet un excès de pouvoir lorsqu'elle « dépasse les pouvoirs qui lui ont été conférés »*⁶⁷.

De très nombreux arrêts font application de ces principes. Bornons-nous à en évoquer un seul : celui rendu contre le cardinal Pie, évêque de Poitiers, qui avait critiqué la politique menée par la France à l'égard des États pontificaux. Cet arrêt du 30 mars 1861 mérite d'être cité en partie : « Considérant qu'aux termes de la déclaration de 1682, il est de maxime fondamentale dans le droit public français : que le chef de l'Église et l'Église même n'ont reçu de puissance que sur les choses spirituelles, et non pas sur les choses temporelles et civiles ; que, par conséquent, les lettres pastorales que les évêques peuvent adresser aux fidèles de leurs diocèses ne doivent avoir pour objet que de les instruire de leurs devoirs religieux. Considérant que, par son mandement du 22 février dernier, l'évêque de Poitiers s'est ingéré de censurer la politique et de critiquer les actes de notre gouvernement ; [...] que ces faits constituent un excès de pouvoirs, une contravention aux lois de l'Empire et un procédé pouvant troubler arbitrairement

66 A. Batbie, *Doctrine et jurisprudence en matière d'appel comme d'abus*, op. cit., p. 27.

67 A. Batbie, *Doctrine et jurisprudence en matière d'appel comme d'abus*, op. cit., p. 43.

la conscience des citoyens ; [...] Art. 1^{er} : Il y a abus dans le mandement de l'évêque de Poitiers du 22 février 1861. Ledit mandement est et demeure supprimé ».

Cet arrêt illustre l'assimilation habituelle du vice d'incompétence à l'excès de pouvoir. Ce rapprochement n'est pas nouveau. Il repose sur l'adage suivant, très classique, qu'« il n'y a pas de plus grand défaut que le défaut de pouvoir », formule reprise dans l'arrêt *Bertau et Fério* du 4 juillet 1813⁶⁸. Elle fait curieusement écho à celle qu'utilise Charles Févret en 1654 pour qualifier l'acte abusif : « il n'y a point de plus grand défaut, ni de plus précise nullité, que celle qui procède du défaut de puissance »⁶⁹.

Quant à la violation des formes et du contenu de la loi, ces deux cas d'abus se sont rapidement développés sous l'Ancien Régime. Ils participent d'une immense offensive gallicane destinée à subordonner les autorités ecclésiastiques au respect de la règle de droit. L'autorité du pape ou des clercs, disent les juristes, est bornée par les canons. Elle doit être soumise au respect des formalités et des lois qui en règlent l'exercice. Le clergé français se trouve donc assujéti par ce biais au respect d'un principe de légalité, qui viendra d'ailleurs englober tous les autres cas d'abus. Cette réunion des cas d'abus sous le principe de légalité provient du légicentrisme exacerbé dont font preuve les juristes dès le début du XVIII^e siècle et tout au long du siècle suivant. Le clergé ne saurait échapper à l'emprise de la loi, nouveau gage des libertés de l'Église de France. Et tel est bien l'esprit napoléonien du Concordat : réconcilier l'autorité (et donc la loi) avec la liberté⁷⁰.

Ces principes cardinaux permettent donc au Conseil d'État d'annuler des actes pris en violation des formalités imposées par les lois de l'État et les canons. Ce sont souvent les sanctions prononcées par les évêques à l'égard des curés qui soulèvent de telles questions, notamment l'interdiction d'exercer un ministère, dont le Conseil d'État examine avec attention qu'elle ait été prononcée à l'issue d'une procédure régulière⁷¹. Ainsi, en 1835, au sujet de la révocation d'un ecclésiastique, le ministre affirme l'obligation pour l'évêque de porter à la connaissance du prêtre les motifs de sa sanction⁷². Les réflexions portent à cette occasion sur le caractère substantiel (ou essentiel) de ces formalités afin de déterminer si leur violation rend l'acte abusif ou

68 CE 4 juillet 1813, *Bertau et Fério*, Rec. Lebon, 1839, t. 1, pp. 461-462. Cité par E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., t. 1, p. 408. Également mentionné par K. Weidenfeld, *Histoire du droit administratif*, op. cit., p. 176.

69 C. Févret, *Traité de l'abus*, op. cit., t. 1, éd. de 1736, p. 2. Nous modernisons l'orthographe pour toutes les citations de l'auteur.

70 A. de Vuillefroy, *Traité de l'administration du culte catholique*, Paris, Joubert, 1842 p. 49 : « les supérieurs ecclésiastiques sont soumis aux lois du pays comme tous les citoyens ».

71 Pour une application de ces principes, voir CE 14 juillet 1824, *abbé Chasles c. évêque de Chartres*, Rép. Dalloz, p. 181. Mais aussi, pour les sanctions disciplinaires : CE 28 décembre 1871, *abbé Debref c. archevêque de Reims*, rendu sur le rapport d'Édouard Laferrière, Leb., p. 446 ; CE 30 octobre 1872, *Sieur Dauphin c. l'évêque de Troyes et l'archevêque de Sens*, Leb., pp. 765-766 ; CE 13 février 1892, *abbé Labbé c. évêque d'Agen*, Leb., p. 1011.

72 CE 23 mai 1835, *abbé Camus c. archevêque de Reims*, cité par Mme Basdevant-Gaudemet, *Le jeu concordataire...*, op. cit., p. 173.

non⁷³. La plupart du temps néanmoins, le Conseil d'État s'abstient de censurer les décisions qui lui sont déferées, pour des raisons d'opportunité : il s'agit de maintenir l'autorité des évêques dans l'exercice de fonctions purement spirituelles, et d'éviter d'encourager le clergé inférieur à la rébellion contre l'épiscopat.

Enfin, les recours contre les refus de sacrement conduisent parfois le Conseil d'État à exercer un contrôle sur les motifs de l'acte attaqué. Le refus de sépulture opposé à la famille du comte de Montlosier par l'évêque de Clermont a donné l'occasion au Conseil d'État d'effectuer ce contrôle, qui plus est dans une affaire qui a beaucoup agité l'opinion publique. À la mort de Montlosier en 1838, l'évêque de Clermont confirme le refus de sépulture opposé à la famille du défunt. Les écrits anti-jésuites et ultra-gallicans de Montlosier⁷⁴ lui avaient toujours attiré l'hostilité des milieux ultramontains et de certains prélats. Pour censurer la décision de l'évêque, la Haute Assemblée a dû examiner attentivement les motifs invoqués par le prélat. Scrutant les pièces de l'instruction, elle constate des éléments de fait : le comte de Montlosier est mort en professant publiquement son adhésion à la religion catholique, apostolique et romaine, et a demandé et reçu le sacrement de pénitence. En revanche, elle estime insuffisants les motifs ayant fondé la décision de l'évêque de Clermont, à savoir le refus de Montlosier de se rétracter de ses erreurs par écrit, publiquement et devant témoins⁷⁵. La décision du Conseil d'État est vivement critiquée, car l'examen des motifs justifiant le refus de sacrement est alors perçu comme une atteinte au pouvoir spirituel des ecclésiastiques. Le Conseil d'État ne s'est pas limité à statuer sur la régularité de la décision épiscopale ; il en a apprécié l'opportunité. Pour cette raison et malgré

73 « Il revient à la Haute Assemblée, le cas échéant, de contrôler que la décision épiscopale a été édictée en se conformant aux « formalités substantielles, qui consistent dans une instruction discrète et éclairée, dans la pleine liberté de la défense et dans un jugement mûri », précise Cormenin (L.-M. de Cormenin, *Droit administratif, op. cit.*, t. 1, p. 241).

74 Voir notamment François Dominique de Reynaud de Montlosier, *De l'origine, de la nature et des progrès de la puissance ecclésiastique en France*, Paris, 1829, 334 p ; mais encore *De la Monarchie Française, depuis son établissement jusqu'à nos jours, ou Recherches sur les anciennes institutions françaises et sur les causes qui ont amené la Révolution et ses diverses phases jusqu'à la déclaration d'Empire...*, Paris, H. Nicolle, 1814, 3 vol. in-8°. Enfin, on pourra encore se référer à l'étude de Jean-Christian Petitfils, *Les idées politiques et sociales du Comte de Montlosier (1755- 1838)*, thèse, Paris II, 1971.

75 On trouve le texte chez A. Batbie, *Doctrine et jurisprudence en matière d'appel comme d'abus, op. cit.*, p. 115).

son esprit gallican, Cormenin⁷⁶ s'est élevé contre ce qu'il considérait comme une ingérence de l'autorité temporelle dans le for intérieur.

Au-delà de la similitude des cas d'ouverture, le recours pour abus et le recours pour excès de pouvoir poursuivent une finalité identique : ils consistent tous les deux à obtenir l'annulation d'un acte. Au XIX^e siècle, certains auteurs appellent pudiquement « déclaration d'abus » ce qui consiste en réalité en une annulation. Chantagrel considère que le recours pour abus ne tend qu'à infliger un « blâme », sanction d'effet « purement moral »⁷⁷. On lit encore dans le *Répertoire* Béquet que « le décret d'abus est une mesure disciplinaire qui contient un blâme solennellement infligé à celui contre lequel il est prononcé »⁷⁸. Pourtant, les effets de la déclaration d'abus ne sont pas insignifiants, loin de là. Certes, le Conseil d'État est moins sévère que les parlements d'Ancien Régime, car il n'annule pas systématiquement les actes abusifs. Mais il ne s'interdit pas pour autant d'user de cette faculté. En revanche, la qualification de blâme révèle la nature disciplinaire du recours pour abus, qu'une majorité d'auteurs admet bien volontiers⁷⁹. Le caractère disciplinaire alimente l'ambiguïté déjà relevée à l'égard de la situation du clergé concordataire : les textes ne désignent jamais le clergé comme un corps

76 Timon, *Défense de l'Evêque de Clermont...*, in *Le bon catholique suivant le Conseil d'État*, Paris, 1839, p. 13, s'adressait en ces termes au Conseil d'État : « vous avez entassé pêle-mêle dans votre législation les édits de l'ancienne Monarchie, les lois de la République, les décrets de l'Empire, les ordonnances de la Restauration et les rubriques de Juillet et vous mettez la main au hasard sur les uns ou sur les autres... Vous n'êtes pas des hommes de notre temps ». Pour un exposé plus juridique, L.-M. de Cormenin, *Droit administratif, op. cit.*, t. II (appendice), pp. 3-4 : « selon nous, l'office du prêtre, renfermé dans son église, est tout spirituel. S'il n'y a que refus de sacrement, sans accompagnement d'injure articulée et personnelle, il n'y a pas abus extérieur dans le sens légal de l'abus. Il n'y a donc lieu qu'à l'appel simple devant le métropolitain, dans l'ordre de la conscience et selon les règles et l'application des canons. Car, ou vous croyez ou vous ne croyez pas. Si vous ne croyez pas, ne demandez pas à l'église ce qu'elle n'accorde qu'aux croyants. Si vous croyez, si vous avez la foi, soumettez-vous à ceux qui gouvernent la foi. Est-ce comme citoyen que vous entrez dans l'église ? Non, c'est comme chrétien. Est-ce à un fonctionnaire que vous vous adressez ? Non, c'est à un prêtre. Est-ce un acte matériel, authentique, probatif, légal, que vous demandez ? Non, c'est une grâce ou une prière ; or, qui est juge, unique juge, de savoir si vous avez droit à cette grâce, à cette prière, si ce n'est le prêtre ou son supérieur dans l'ordre hiérarchique ? Que si vous prétendez contraindre le prêtre dans une chose toute volontaire, vous n'aurez pas une véritable prière, mais des murmures de lèvres ; vous n'aurez pas les grâces d'un sacrement mais le mensonge d'une profanation. Vous ne voyez pas non plus qu'en vous mêlant des affaires du prêtre, vous lui donnez le droit de se mêler des vôtres, et vous brisez imprudemment de vos propres mains, la barrière que la révolution et la philosophie ont eu tant de peine à élever entre le spirituel et le temporel. [...]. Le refus tout nu de prière est un cas spirituel, en ce qui touche la prière. Le refus accompagné d'injure est un cas temporel, en ce qui touche l'injure ».

77 Jean Chantagrel, *Droit administratif théorique et pratique*, Paris, Jules Masson, 1858, p. 67.

78 L. Béquet, *Répertoire du droit administratif*, Paris, Société d'imprimerie et librairie administrative des chemins de fer, Paul Dupont, 1891, t. IX, p. 45.

79 Les appels comme d'abus sont définis comme la « discipline du clergé » (A. Dupin, *Libertés de l'Église gallicane...*, op. cit., éd. de 1860, p. 480) et « une peine disciplinaire » produisant « principalement un effet moral » (A. Batbie, *Doctrine et jurisprudence en matière d'appel comme d'abus*, op. cit., p. 81).

de fonctionnaires, mais les ecclésiastiques sont souvent traités comme tels. L'État dispose d'un pouvoir de type quasi hiérarchique sur le clergé français. S'il respecte et soutient l'autorité des évêques sur leurs inférieurs, les évêques sont néanmoins eux-mêmes tenus par des liens de fidélité à l'égard de l'État.

En effet, l'acte déclaré abusif est supprimé et parfois déclaré – suivant l'ancienne formule – « nul et abusif ». Cette suppression fait disparaître l'acte et anéantit tous ses effets juridiques. En revanche, l'office du juge ne va pas au-delà de l'annulation. Aucune réformation de l'acte, aucune action indemnitaire ne peuvent être poursuivies devant le juge de l'abus. Dès la seconde moitié du XVII^e siècle, l'appel comme d'abus est perçu comme un recours dirigé contre un acte, et non contre la personne de l'ecclésiastique. Cette réalité a fait dire à Dupin aîné que le recours pour abus était un « procès fait à l'acte », quarante ans avant que Laferrière n'utilise l'expression à propos du recours pour excès de pouvoir⁸⁰. Ainsi, dans une réflexion passée totalement inaperçue des historiens du droit public et administratif, Dupin définit le recours pour abus de la façon suivante : « l'appel comme d'abus est un procès fait, non à la personne, mais à l'acte ; [...] voilà pourquoi on n'appelle pas la partie, pas plus que devant la Cour de cassation on n'appelle le tribunal ou la cour qui a rendu le jugement ou l'arrêt dont la cassation se poursuit *dans l'intérêt de la loi* »⁸¹.

Il y aurait beaucoup à commenter dans cette phrase. Tout d'abord, le recours est dirigé contre l'acte (quelle qu'en soit la nature, juridictionnelle ou non), et non contre son auteur, par respect pour les ecclésiastiques. Plus significativement, la phrase de Dupin met en lumière la double fonction de l'appel comme d'abus : il est aussi bien un *recours en cassation* qu'un *procès fait à l'acte non juridictionnel*. Aucune spécificité procédurale n'est établie selon qu'il s'agit d'un recours contre un jugement ou un acte ecclésiastique. Cette indistinction entre le jugement et l'acte non juridictionnel s'explique par des raisons historiques liées au développement du recours pour abus. Celui-ci a d'abord servi de recours en cassation contre des jugements avant de devenir indistinctement un recours en annulation dirigé contre des actes. Suivant ce cheminement historique, le recours pour abus s'est construit sur le modèle de la cassation. Qu'il soit utilisé contre un jugement ou un acte d'administration du culte, les mêmes cas d'ouverture peuvent être soulevés.

Cette construction éclaire celle du recours pour excès de pouvoir. À de nombreux égards, on peut considérer qu'ils ont une origine identique. Tout d'abord, l'élaboration de ces deux recours est essentiellement jurisprudentielle. Par ailleurs, dans les deux cas, le caractère hiérarchique n'est pas contestable. Le recours pour abus est un recours à l'autorité souveraine. Le recours pour excès de pouvoir l'est également : tel est du moins le sens attribué *a posteriori* à l'article 3 de la loi des 7-14 octobre 1790 : « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux ; elles

80 L'expression est déjà présente dans l'édition de 1844 du *Manuel du droit public ecclésiastique. Libertés de l'Eglise gallicane...*, op. cit., p. 233.

81 A. Dupin, *Manuel du droit public ecclésiastique*, éd. de 1844, p. 233, en italique dans le texte.

seront portées au roi, chef de l'administration générale »⁸². Mais cette fonction hiérarchique du recours ne doit pas être exagérée ; elle correspond surtout aux attributions originelles du Conseil d'État napoléonien. Investie d'un pouvoir tutélaire sur l'administration, la Haute Assemblée assurait, sous le Consulat et l'Empire, un rôle de direction sur l'ensemble des grands corps de l'État, ce qui donna naissance au contentieux de pleine juridiction⁸³. Néanmoins, le démembrement de l'Administration a dépossédé le Conseil d'État de la plénitude de ses attributions hiérarchiques, dans un premier temps et de façon significative, au profit du Préfet. Or ce démembrement – qui revêt le sens d'une déconcentration, voire d'un début de décentralisation – contraint le Conseil d'État à ne plus exercer « qu'un » pur contrôle de légalité à l'égard des actes administratifs, pour s'assurer que les autorités administratives n'agissent pas au-delà de leur sphère de compétence. La fonction hiérarchique du contrôle s'estompe sans disparaître tout à fait. Si le recours pour excès de pouvoir conserve encore cette valeur, le lien hiérarchique entre le Conseil d'État et l'Administration s'est distendu. Voilà qui permet encore une analogie avec le recours pour abus en matière ecclésiastique. En effet, son origine hiérarchique (recours au Souverain) est souvent alléguée. Néanmoins, cette conviction est fragile. En témoigne l'ambiguïté déjà évoquée à l'égard du clergé, que l'on rechigne à qualifier comme un corps de fonctionnaire, mais auquel l'on voudrait imposer une obéissance qui n'est due qu'à une hiérarchie. Le caractère disciplinaire du recours pour abus entretient cette confusion. En réalité, il demeure difficile d'affirmer sérieusement que le Roi (même sous l'ancienne monarchie) ou le gouvernement soient les supérieurs hiérarchiques du clergé français. Même aux temps où elle fut d'une grande docilité à l'égard du pouvoir temporel, l'Église de France n'a jamais admis être attachée par un lien de subordination hiérarchique à l'État. Et malgré la volonté de se subordonner le clergé français, l'État n'est jamais allé au-delà d'une certaine limite, au risque de se constituer en Église nationale et de rompre totalement ses attaches avec Rome, ce qui, politiquement s'avérait beaucoup trop risqué. Ainsi, au XIX^e siècle, malgré le caractère excessivement étatisé de l'administration des cultes, le Conseil d'État s'interdit de bouleverser la hiérarchie ecclésiastique. Il connaît trop l'influence religieuse et politique des évêques pour s'aventurer à concurrencer leur pouvoir hiérarchique. C'est pour cette raison que la Haute Assemblée conserve, conformément à la tradition gallicane et sur le fondement des Organiques, le pouvoir de ne contrôler que la légalité des décisions ecclésiastiques (celle des évêques et des curés). Par conséquent, comme en matière d'excès de pouvoir, l'existence d'un corps qui, dans son administration quotidienne, demeure relativement indépendant du pouvoir central n'autorise qu'un pouvoir d'annulation et non de réformation.

Pour revenir à l'excès de pouvoir, on accorde donc trop d'importance à son origine hiérarchique, qui masque souvent le fait que son développement doit en

82 J.-L. Mestre, « La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 », *EDCE*, 1991, n°43, p. 281 et suivantes.

83 B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2018, 2^e édition, p. 1358.

réalité beaucoup au recours en cassation⁸⁴. Cela s'explique notamment par le fait qu'il n'existe pas de distinction très nette à l'origine entre le recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation. Plus précisément, le recours pour excès de pouvoir relève au XIX^e siècle d'une fonction de cassation exercée par le Conseil d'État. Ce n'est qu'à partir de 1887 que Laferrière isole le recours pour excès de pouvoir et lui reconnaît une existence distincte de la cassation⁸⁵. Mais à l'origine, les moyens d'annulation et de cassation sont à peu de choses près identiques⁸⁶. C'est ce que confirme la lecture de l'étude publiée par Léon Aucoc en 1878, intitulée *Des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat*. Il inventorie les cas d'ouverture du recours en cassation de la façon suivante : « le pourvoi en cassation peut être motivé par l'excès de pouvoirs, l'incompétence, la violation des formes, la violation de la loi »⁸⁷. Le rapprochement de l'excès de pouvoir et de la cassation apparaît ailleurs sous la plume d'Aucoc, qui explique que lorsque la juridiction administrative « 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 »⁸⁸.

Une autre raison explique l'indistinction du recours pour excès de pouvoir et du recours en cassation. Elle provient du fait que durant longtemps, le juge administratif a éprouvé des difficultés à individualiser ou isoler l'acte administratif unilatéral, au moins avant les années 1890⁸⁹. Il existe au XIX^e siècle une confusion entre l'acte et la décision juridictionnelle, engendrée par la doctrine de l'administrateur-juge. C'est ce qu'affirmait le Professeur Jean-Jacques Bienvenu, qui estimait qu'« en considérant que l'acte par lequel l'administrateur statuait sur une réclamation dans une matière contentieuse était un jugement rendu en première instance, le juge et la doctrine furent naturellement conduits à confondre acte administratif et acte juridictionnel »⁹⁰. Cet auteur considérait alors que « les conséquences furent très profondes », car l'« on vit la doctrine et le juge ne pas distinguer appel et recours hiérarchique, assimiler la force exécutoire de l'acte à un jugement, le recours pour excès de pouvoir à un recours en cassation »⁹¹.

84 Ce point est abondamment traité par B. Plessix, *ibid.*, p. 1357-1360.

85 P. Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République*, Paris, LGDJ, 1997, p. 155.

86 Cette proximité est soulevée par l'étude de Mme Sabine Boussard, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État : un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Paris, Dalloz, 2002.

87 L. Aucoc, *Des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État*, Paris, 1878, p. 31.

88 L. Aucoc, *Conférences sur l'Administration et le droit administratif faite à l'École des Ponts et Chaussées*, Paris, Dunod, 1878-1882, 2^e éd., t. 1, p. 362.

89 Voir sur ce point A.-L. Girard, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Paris, Dalloz, 2013.

90 J.-J. Bienvenu, *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois : sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, thèse, Paris, 1979, t. 1, p. 19-20.

91 *Ibid.*, p. 20.

Or, toutes ces remarques sur les origines du recours pour excès de pouvoir s'appliquent également au recours pour abus, marqué par un cheminement parallèle – bien que le recours pour abus n'ait pas été passé au filtre de la distinction des contentieux dressée par Édouard Laferrière. L'identité des modèles conduit à poser la question de l'influence réciproque des deux recours. Et puisque le recours pour abus précède chronologiquement le recours pour excès de pouvoir, la question de la paternité du premier à l'égard du second revient de façon presque lancinante, à tel point qu'il faut bien tenter d'y apporter une réponse.

La circulation des techniques

Certes, la prudence et la rigueur historique sont de mise. Car il n'apparaît nulle part que la construction du recours pour excès de pouvoir résulte d'emprunts à la procédure des recours pour abus. Néanmoins, on ne peut exclure la forte probabilité d'une influence, au regard de la proximité des formules utilisées par Dupin aîné et Laferrière. Rappelons ces formules : Dupin dit du recours pour abus qu'il est « *un procès fait, non à la personne, mais à l'acte* », tandis que pour Laferrière, « le recours pour excès de pouvoir n'est pas un procès fait à une partie, c'est un procès fait à un *acte* »⁹². Il est certain que la similitude des formules n'autorise pas en soi d'y voir une filiation. Néanmoins, des indices concordent et plaident en faveur d'une réutilisation probable des techniques gallicanes au profit du droit administratif.

Tout d'abord, Édouard Laferrière a lu Dupin, et il le cite parfois dans les longs passages qu'il réserve à la police des cultes et au recours pour abus. Il faut dire que malgré l'aspect parfois désuet de l'œuvre de Dupin, celui-ci – dont on rappelle qu'il fut tour à tour député de la Nièvre, ministre, Procureur général près la Cour de cassation et Président de la Chambre des députés – demeure la référence incontournable du XIX^e siècle en matière de gallicanisme, ainsi qu'un personnage de premier plan dans l'histoire politique du XIX^e siècle. Son *Manuel du droit public ecclésiastique français* est un véritable *usuel*, dont la consultation est indispensable lorsque l'on s'intéresse aux cultes en régime concordataire. De surcroît, peu de juristes connaissaient aussi parfaitement que Laferrière les questions relatives aux cultes et aux recours pour abus. Il fut un temps assez bref Directeur de l'administration des cultes – de janvier à juillet 1879 avant d'être nommé président de la section du Contentieux⁹³ – et a beaucoup rapporté devant le Conseil d'État en matière de recours pour abus⁹⁴. Laferrière s'est sans doute remémoré l'expression de « procès fait à l'acte » après l'avoir lue sous la plume de Dupin au moment de conceptualiser le recours pour excès de pouvoir. Enfin, la terminologie qu'il utilise à l'égard du recours pour abus est parfois très

92 E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1896, 2^e éd., t. 2, p. 561.

93 J.-M. Léniard, *L'administration des cultes pendant la période concordataire*, Paris, Nouvelles Éditions Latines, 1988, p. 105-106.

94 Quelques affaires dans lesquelles Laferrière eut à rapporter sont évoquées dans l'ouvrage de B. Basdevant-Gaudemet, *Le jeu concordataire dans la France du XIX^e siècle*, *op. cit.*

proche de celle du recours pour excès de pouvoir. Ainsi, lorsqu'il évoque certaines décisions prises par les supérieurs ecclésiastiques qui, ne relevant pas de pouvoirs purement spirituels, doivent être considérés comme des « actes d'administration ecclésiastique », « que le juge de l'abus doit pouvoir mettre à néant s'ils sont entachés d'excès de pouvoir »⁹⁵. Et lorsqu'il étudie la question de l'intérêt à agir dans le cadre du contentieux de l'abus, la référence au recours pour excès de pouvoir est omniprésente⁹⁶.

Comment donc interpréter ces recoupements ? Au vu des nombreuses similitudes et analogies des deux recours, l'on peut considérer que la construction du recours pour excès de pouvoir est très probablement inspirée du recours pour abus. Mais cette réutilisation n'est jamais avouée. À vrai dire, d'autres récupérations implicites peuvent être observées à la même époque, dans d'autres domaines. Tel est le cas par exemple du découpage des différentes strates de l'histoire du droit administratif, proposé par Maurice Hauriou dans son « Étude sur la formation du droit administratif français depuis l'An VIII », publiée en 1892 dans la *Revue générale d'administration*. Ces étapes sont en réalité calquées sur celles de l'histoire du droit romain contenues dans le *Digeste*⁹⁷. Pourtant, Hauriou est resté assez évasif sur cette origine. Pourquoi donc, dans leurs écrits, Laferrière et tant d'autres n'auraient-ils pas assumé d'avoir emprunté au recours pour abus les éléments du recours pour excès de pouvoir ? Trois raisons peuvent être avancées. Une explication proprement juridique, mais qui n'est pas tout à fait exempte de considérations politiques : si le Conseil d'État et la doctrine avaient reconnu s'être inspirés du recours pour abus, ils auraient été forcés d'admettre que le recours pour excès de pouvoir n'était rien d'autre qu'une construction « purement prétorienne »⁹⁸. Or le Conseil d'État, en quête de légitimité, avait besoin de se référer à des textes. Et les textes qui semblaient le mieux fonder son rôle de juge pour excès de pouvoir (art. 3 de la loi des 7-14 octobre 1790) lui ont permis de se prévaloir d'un pouvoir hiérarchique sur l'Administration – fort également des missions que lui attribuaient Napoléon à partir de 1799.

Une autre explication peut être avancée pour expliquer que la filiation du recours pour excès de pouvoir à l'égard du recours pour abus soit restée implicite. Si Laferrière n'a jamais admis s'être inspiré du recours pour abus, c'est peut-être en raison de la coloration anticléricale que le recours pour abus revêtait souvent. Perçu comme une machine de guerre contre l'Église – souvent à juste titre, surtout à partir de la victoire des républicains en 1879 –, l'objectivité du recours pour abus n'était pas irréprochable, car trop idéologiquement chargée. Mais cette explication doit être prise avec circonspection, car elle constitue davantage une hypothèse qu'une certitude.

95 E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, p. 89.

96 E. Laferrière, *ibid.*, t. 2, p. 110.

97 Comme l'a démontré N. Cornu-Thénard, « Le modèle romain du corps de droit administratif dans la pensée de Maurice Hauriou », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2015/1, n° 41, p. 209-229.

98 Ce point est expliqué par B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1358.

Plus convaincante est la piste de la circulation des techniques, qui aurait conduit à réutiliser des matériaux juridiques anciens pour construire un droit nouveau. On doit ce phénomène à la ductilité naturelle des techniques et des raisonnements juridiques, ductilité d'autant plus importante que la culture historique des juristes est élevée. Mais pourquoi le choix de la référence à un modèle plutôt que tel autre ? Parce que, confrontée à des questions similaires, l'imagination humaine n'est pas sans ressources infinies. À un problème juridique correspondent quelques solutions possibles, souvent limitées en nombre. Parfois même, il n'existe qu'une seule voie praticable pour répondre à une difficulté identique⁹⁹. Ces contraintes logiques et intellectuelles peuvent être imposées, soit par des facteurs extra-juridiques, soit par des raisons relevant du système juridique lui-même. Dès lors, la ressemblance du recours pour abus et du recours pour excès de pouvoir provient du fait que confrontés à des problèmes de même nature, des juristes éloignés dans le temps ont adopté des raisonnements et inventé des techniques semblables.

Si l'on considère nos deux recours, les finalités poursuivies sont très proches, chacune dans leur ordre. D'une part, le recours pour abus consiste à accroître la maîtrise du Souverain sur son ordre juridique en définissant strictement les compétences respectives de l'État et de l'Église sur un même territoire. D'autre part, il sert à subordonner toutes les autorités ecclésiastiques au respect des règles canoniques et étatiques, afin que l'Église n'abuse pas de ses prérogatives. Quant au recours pour excès de pouvoir, il assure dans un premier temps l'emprise du Souverain sur l'Administration, puis ultérieurement la soumission du pouvoir de l'Administration à la loi afin de limiter l'arbitraire de la puissance publique. Il existe donc avant tout des logiques parallèles qui peuvent ensuite inciter les juristes à innover en s'inspirant de modèles préexistants, bien qu'ayant été conçus dans un cadre et pour des raisons différentes.

99 « La réflexion en termes d'influence historique ne doit jamais faire oublier que certaines réponses techniques à des questions d'organisation peuvent être le fruit de logiques parallèles. Face à un type de difficulté, il peut n'exister qu'un petit nombre de solutions alternatives – voire une seule. Ceux qui leur sont confrontés, tout en s'ignorant réciproquement, peuvent aboutir aux mêmes conclusions. » (S. Rials, « Sur les origines canoniques des techniques constitutionnelles modernes », *Pouvoirs*, 1988, n° 44, p. 145).