

Après le concordat de 1801 rétablissant le catholicisme en France, la législation religieuse napoléonienne – qui perdure tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle – reconnaît trois cultes : le protestantisme réformé et celui de la confession d'Augsbourg et le judaïsme. Ces cultes ont alors tous été ordonnancés et placés sous la surveillance de la puissance publique.

Dans ce contexte de pluralisme confessionnel, par souci d'ordre public et de reconstruction de la société, les régimes politiques français du XIX<sup>e</sup> siècle ont cherché à encadrer les missions des ministres du culte.

On le constate d'abord par la hiérarchisation et la centralisation des institutions. Ce sont deux traits empruntés au catholicisme et dont l'esprit militaire de Bonaparte s'accommode parfaitement. Pourtant, ni le protestantisme, ni le judaïsme ne connaissent une telle organisation que la norme séculière leur impose désormais. Ensuite, les ministres des cultes eux-mêmes sont en partie choisis par le gouvernement, du moins leur désignation par les autorités ou communautés religieuses doit-elle être entérinée par le pouvoir politique. En ce sens, ils prêtent un serment de fidélité au gouvernement ; serment qui, là encore, est celui qui fut convenu entre la France et le Saint Siège dans le concordat de 1801.

Ce lien étroit avec les autorités publiques et les missions confiées aux ministres des cultes reconnus conduit à mettre en place une sorte de fonctionnarisation des clercs, pasteurs et rabbins. En effet, par le service public dont ils sont chargés, par leur rémunération sur le budget de l'État, par les prérogatives de puissance publique dont ils disposent et ce serment qu'ils prêtent au gouvernement, la doctrine de la première moitié du siècle a pu voir en eux des fonctionnaires. Ce rapprochement est facilité par le fait que la notion même de *fonctionnaire* n'est pas définie et ne le sera pas avant le XX<sup>e</sup> siècle.

Pour autant, les doctrines séculières et religieuses – pour des raisons parfois divergentes –, la jurisprudence et certaines normes séculières se sont majoritairement refusées à cette conclusion.

Cette clarification intervient principalement à partir de la Monarchie de Juillet, notamment lorsqu'il s'est agi de placer le clergé sous la protection de l'art. 75 de la Constitution de l'An VIII. Cet article 75, vestige précieux d'une constitution éteinte, prévoit que les poursuites juridictionnelles engagées contre les fonctionnaires doivent être autorisées par le Conseil d'État. Cour de cassation et Conseil d'État ont estimé l'une et l'autre que les ministres cultuels n'entraient pas dans le champ de cet article.

Néanmoins, les ministres du culte sont encore appréhendés dans certains textes législatifs de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle comme bénéficiant de protections particulières propres aux fonctionnaires. Et quelques jurisprudences administratives laissent croire à la possibilité d'une fonctionnarisation partielle des ministres du culte.

Qu'ils aient été ou non juridiquement des fonctionnaires, il n'en demeure pas moins que les ministres du culte du XIX<sup>e</sup> siècle français ont été placés, institutionnellement ou formellement, sous la dépendance du pouvoir politique. En ce sens sécularisation et pluralisme religieux n'ont pas significativement, loin s'en faut, ignoré le *fait religieux*. Ceci ne sera qu'une invention tardive de 1905 où la République a voulu ne *reconnaître et ni ne salarier aucun culte*. Ce que nous enseigne le XIX<sup>e</sup> siècle est que la puissance publique, parce qu'elle n'a pas méconnu les religions, a su tirer de leur droit les moyens de leur incorporation dans l'État. Plus encore, et au risque du mépris des traditions religieuses, le droit séculier a puisé dans le droit public canonique les traits principaux du régime des cultes reconnus.

Si l'ultramontanisme requérait que la puissance publique dépende de l'autorité spirituelle, le gallicanisme de l'ancien droit ainsi que le protestantisme de la période moderne envisageaient davantage un pouvoir politique au service de la foi mais qui ne lui serait pas pour autant soumis.

Cette conception politique de la religion constitue l'un des principes de la « sécularisation » contemporaine, celle qui, tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, va marquer un tournant supplémentaire en voulant s'affranchir du religieux voire, en France, à l'ignorer. Mais cette ignorance française est cependant tardive : elle est celle de la L. 1905, laquelle déclare que *la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte*.

Au contraire, l'œuvre révolutionnaire, à ses débuts en tout cas, accorde à la religion une place fondamentale. Le culte catholique est considéré comme l'un des fondements de la société, tout du moins comme un facteur d'unité. Aussi la *Constitution civile du clergé* adoptée en 1790, et signée par le roi, entend-elle établir une nouvelle union de la nation et de l'Église. Mais il n'est alors pas question de détacher le corps social de la religion. En revanche, il ne s'agit plus, comme auparavant, d'établir un dialogue entre cultes et puissance publique, comme l'avait été encore le Concordat de Bologne. Désormais cette puissance publique impose unilatéralement au culte catholique une organisation institutionnelle et de gouvernement.

Ce trait de conduite politique, aux racines et aux tentations déjà anciennes, est l'une des marques d'appréhension de la religion dans la France post-révolutionnaire : à savoir la soumission juridique d'une religion au gouvernement politique en écartant, en substance, toute conférence avec les autorités culturelles.

Dès la fin de l'Ancien Régime, mais surtout après 1789, la reconnaissance la liberté de culte amène davantage à parler de *fait religieux*. Dans ce contexte de pluralité religieuse, le pouvoir politique n'a plus en effet à préserver une vérité dogmatique et encore moins à y adhérer ; par voie de conséquence, les différentes religions sont appréhendées comme équivalentes les unes aux autres au regard du droit. Le droit séculier abandonne progressivement tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle l'attachement à une valeur religieuse qui se réduit pour lui désormais à un *fait*. À cet égard, en 1830, la suppression du crime de *sacrilège* du droit pénal français est assez probante.

Que la question religieuse au XIX<sup>e</sup> s. soit devenue un *fait*, ne signifie pas que le droit étatique s'en soit désintéressé. La masse des affaires religieuses dans la législation, la jurisprudence ou dans les doctrines juridiques témoigne de l'importance de cette pluralité. La norme séculière en cette matière a dû tenir compte de plusieurs choses : de l'histoire religieuse de la France d'abord, mais aussi des conséquences de cette liberté religieuse, de l'influence sociale de la vie religieuse, en somme de l'ordre public.

Les gouvernements français successifs ont alors élaboré une certaine *neutralité* politique à l'égard des religions qui n'est pas une ignorance du *fait religieux*. Le pouvoir politique s'appuie sur le religieux pour gouverner.

Dans cette construction, comme par un jeu de vases communicants, les droits internes des religions fournissent au droit séculier les éléments de cet édifice juridique où ne se joue pas seulement une question de pratique religieuse, mais bien d'ordre public.

Je souhaiterais montrer l'enjeu de cet apport en m'appuyant sur quelques traits saillants du droit séculier des religions : d'une part, comment ces différents cultes ont-ils été reconnus ; quelle forme et quelle méthode ont servi à leur intégration dans l'État ? D'autre part, dans la mesure où le régime des cultes donne une place prépondérante au

contrôle de l'État sur les ministres des cultes, et étant donné que ces cultes forment un service public, ne peut-on parler de fonctionnarisation du clergé au XIX<sup>e</sup> siècle ?

#### I. A.

La Révolution avait reconnu la place fondamentale de la religion dans la construction de la société. D'abord au bénéfice du catholicisme, elle avait ensuite cherché à le remplacer par une religion athée sans y réussir. La République consulaire, par une série de décrets, en avait d'ailleurs progressivement consommé la disparition. En même temps, Bonaparte s'est rapproché de Rome et l'élection d'un nouveau pape en 1800 conduit le premier consul à envisager le rétablissement de la religion catholique.

Des négociations diplomatiques entre la France et le Saint-Siège, qui ont duré presque un an, aboutissent à la signature d'une convention qui fixe le cadre juridique du culte catholique. Mais en réalité, il faut attendre 1802 pour que le catholicisme soit pleinement restauré en France : la loi du 18 germinal an X (8 avril 1802) s'ouvre donc par le texte du Concordat de juillet 1801 auquel Bonaparte adjoint les fameux *articles organiques*. Ces 77 articles règlent *unilatéralement* cette fois, et dans les détails, l'organisation de l'Église catholique en France.

Bonaparte retrouve dans l'ordonnancement monarchique de l'Église romaine une structure hiérarchisée et d'obéissance en accord avec son esprit militaire. Dès lors, les articles organiques du culte catholique vont pouvoir soumettre le clergé français au contrôle étroit de l'autorité publique en se servant de ces structures ecclésiales. Par ailleurs, ces articles organiques rétablissent le gallicanisme d'Ancien Régime auquel ils se réfèrent explicitement, comme c'est notamment le cas pour les professeurs des séminaires qui devront souscrire la célèbre *Déclaration des 4 articles* de 1682 et qui l'enseigneront (a. 24).

Dans cette même « veine », la législation et les actes pontificaux ainsi que les conciles généraux étrangers ne peuvent être publiés en France sans le consentement du gouvernement (a.1 et 3) et le Conseil d'État, comme autrefois les juridictions royales, connaît seul des conflits qui s'élèvent au sein du clergé ou entre les ecclésiastiques et les citoyens (a. 6) [appel comme d'abus ; recours pour abus].

À cela s'ajoute la règle disposant que les évêques sont nommés par le chef de l'État (a. 18), les curés par les évêques (a. 19) et tous prêtent serment de fidélité au Gouvernement entre les mains des autorités civiles.

Nous reviendrons sur ce serment, retenons pour l'instant cette idée d'une dépendance des autorités cléricales au pouvoir politique : à la fois dans leur formation, dans leur désignation et dans l'exercice de leurs fonctions.

Cet ordonnancement inspiré de l'ecclésiologie romaine fournit au Premier consul un modèle applicable aux autres cultes reconnus.

#### B.

Toujours dans cette même loi d'avril 1802, et immédiatement à la suite du Concordat et des articles organiques catholiques, le gouvernement inscrit ainsi les

dispositions relatives aux deux cultes protestants : les protestants réformés (calvinistes) et ceux de la confession d'Augsbourg (luthériens).

Pour se cantonner aux réformés, on distingue schématiquement différentes autorités : au premier échelon, les églises, puis les consistoires et enfin les synodes. Consistaires et synodes ont ici pour fonction de veiller au maintien de la discipline, à l'administration des biens, aux questions liturgiques et doctrinales. Au sein de cette hiérarchie, les pasteurs ont une place spécifique, en ce sens que chacun d'entre eux est membre de droit dans les consistaires et les synodes locaux et le gouvernement surveille leur désignation.

Cette configuration institutionnelle culturelle est néanmoins artificielle, car elle est réalisée au mépris des traditions de ces religions : par la hiérarchie et l'obéissance aux autorités intermédiaires établie dans la loi de 1802, l'ordonnancement protestant ressemble très fortement à celui des catholiques. Cependant, le protestantisme ne connaît pas un tel agencement reposant, de cette façon, sur la hiérarchie et sur le dogme.

En soi, on remarquera que l'aménagement des cultes protestants en une sorte de hiérarchie n'est pas nouveau au regard de l'histoire, et particulièrement chez les luthériens. Mais, d'une part, cette idée d'une hiérarchie comme autorité qui s'impose est jugée suspecte quand elle n'est pas tout bonnement rejetée par la Réforme.

D'autre part, cette hiérarchie, selon l'ecclésiologie protestante, procède de la désignation des fidèles eux-mêmes. Or, les articles organiques établissent non seulement une structure pyramidale d'autorités quasi parfaite, mais ils définissent encore *implicitement* une autorité pastorale en son sein. Dès lors, le clergé protestant est, en quelque sorte, *institué civilement* ou *légalement*, ce que la Réforme avait dénoncé dans l'Église catholique !

En outre, dans le régime presbytérien synodal, pasteurs et laïcs sont en principe en nombre égal et leur choix ne dépend pas de leurs ressources financières à l'inverse de ce que prévoient les articles organiques. Par conséquent, les modalités de composition des consistaires et synodes apparaissent bien plus motivés par une volonté de contrôle du gouvernement, que par un souci évangélique ou simplement culturel.

Quant au culte juif, il est reconnu et réglementé pour la première fois par un décret de 1808. La Révolution n'avait initialement réservé qu'un accueil mitigé à ceux qu'elle voyait encore comme des étrangers et Portalis considère encore en 1802 que « les juifs forment moins une religion qu'un peuple ».

Après la réunion consultative d'un Grand Sanhédrin, que Napoléon avait voulu comparable à celui de l'antique Jérusalem, l'empereur envisage le judaïsme impérial calqué, là aussi, sur les grandes lignes du concordat catholique, avec une structure hiérarchisée qui, jusqu'alors, demeurait ignorée du judaïsme français. Il s'agit pour Napoléon, encore une fois, de permettre au gouvernement de contrôler ce culte juif.

Le décret de 1808 rassemble ainsi les communautés juives autour de synagogues particulières placées sous l'autorité de synagogues consistoriales que l'on pourrait rapprocher des évêchés. Ces synagogues consistoriales dépendent elles-mêmes du consistoire central installé à Paris. En l'espèce, consistaires locaux et central ont en charge de surveiller respectivement les communautés et les synagogues consistoriales quant à la discipline religieuse, l'administration des biens et la doctrine.

Ces législations, issues de la même « souche », ne sont modifiées qu'aux marges par les régimes politiques successifs jusqu'à la loi de 1905 dite de séparation, à l'exception des départements de l'Alsace et de Moselle qui les conservent aujourd'hui. À titre d'exemple de ces adaptations, on trouve la rétribution des rabbins sur les fonds publics à partir de la Monarchie de Juillet.

Cette reconnaissance d'un pluralisme religieux au XIX<sup>e</sup> siècle se réalise donc par l'encadrement des institutions religieuses. Plus encore, dans cet édifice de hiérarchie d'autorités, ce sont les ministres du culte qui sont l'objet d'un contrôle étroit, tant et si bien qu'on a pu les présenter comme *fonctionnaires* de l'État.

## II. A.

Employer le terme *fonctionnarisation* des ministres du culte est audacieux. Pour deux raisons principales : la première, est qu'il n'existe pas de définition exacte du fonctionnaire au XIX<sup>e</sup> s. et, à proprement parler, pas avant 1946. Le terme même de fonctionnaire n'est d'ailleurs pas le seul : les lois et la doctrine utilisent souvent le terme générique d'*agents de l'administration* pour désigner une même réalité. La seconde raison tient aux divergences doctrinales du XIX<sup>e</sup> s. quant à l'assimilation des ministres cultuels aux fonctionnaires et au sein desquels on essaiera de faire ressortir des éléments de discernements.

Définir le *fonctionnaire* au XIX<sup>e</sup> s. relève d'une étude d'ensemble qui reste sans doute à faire. Mais malgré les diverses désignations exprimant une même réalité, on peut aborder l'institution par différents aspects : par ses attributions, par ses prérogatives, par son obéissance, sa rémunération, ou bien encore la protection dont il jouit du fait de sa fonction. Les doctrines combinent diversement ces critères que la jurisprudence consacre en certaines occasions. Pour la doctrine, en règle générale, une mission de service public associée à des prérogatives de puissance publique (Vivien) confère la qualité de fonctionnaire à celui qui les exerce (Block, *Dictionnaire de l'administration*).

Au regard de ces critères, les ministres des cultes se rapprochent sensiblement des fonctionnaires ou agents publics : quelques points fondamentaux en témoignent.

D'abord les ministres cultuels remplissent une mission de service public. C'est là un acquis de la Révolution encore présent dans la Constitution civile du clergé en 1790. Déjà Siéyès, dans son opuscule sur le Tiers état, dénonçait l'idée d'ordre social pour le clergé et l'évoquait comme une *profession chargée d'un service public*. Même discours chez Mirabeau. Cette conception triomphe dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> : Alexandre VIVIEN, conseiller d'État et ministre des cultes, estime en ce sens que les cultes reconnus sont *attachés au service public* et dès lors, Vivien tient les ministres du culte pour des fonctionnaires publics puisque ces fonctionnaires sont « les dispensateurs ou les instruments de la force sociale » et peut-être les premiers d'entre eux.

Ensuite, et parce qu'ils remplissent une mission de service public, les ministres cultuels sont rémunérés sur des fonds publics. Le principe de rétribution du clergé sur

les fonds publics inventée par la Constitution civile du clergé est repris par les articles organiques est étendu à tous les cultes reconnus. Pour les rabbins, nous l'avons évoqué précédemment, cette mesure n'apparaît qu'un peu plus tardivement.

Par ailleurs, chaque ministre du culte prête serment selon la formulation conclue entre la France et le Saint Siège. Par cet engagement, les hommes de foi sont contraints à une obéissance au pouvoir politique et concomitamment une administration des cultes est créée et placée sous la direction d'un ministre des cultes (1804) qui exerce une tutelle administrative sur les cultes. Ainsi, nulle désignation ou révocation d'un ministre du culte ne peut avoir lieu sans l'assentiment du gouvernement ou chef d'État.

Enfin les ministres du culte disposent de prérogatives de puissance publique et participent à l'autorité publique. C'est ce que l'on constate relativement à l'administration du temporel ecclésiastique ou de la police des lieux de culte p. ex.

## B.

Pourtant, ni la puissance publique, ni la majorité des doctrines n'ont jamais voulu considérer que les ministres du culte étaient des fonctionnaires.

Macarel estime ainsi *qu'on ne peut pas dire avec une parfaite exactitude que ... les ministres des cultes... soient les agents auxiliaires de la puissance royale. En ce qui concerne l'exercice du saint ministère, leur mission est d'un autre ordre.* On ferait le même constat chez beaucoup d'autres auteurs : Cabantous, par exemple, professeur de droit public à Aix au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle et qui consacre ses *Répétitions de droit administratif* aux agents publics, n'aborde qu'incidemment les ministres du culte sans leur consacrer une section particulière. Vers la fin du siècle, le *Dictionnaire de l'administration française* de Maurice Block en arrive aux mêmes conclusions.

Mais Macarel précise *qu'il est toutefois à observer ... qu'ils se mêlent ... à l'administration du temporel... et que sous ce rapport ils sont délégués de la puissance royale et nécessairement soumis à l'exercice de son contrôle.*

Selon lui, il faudrait donc distinguer les ministres du culte qui sont tout à la fois des agents publics et officiers religieux. En tant qu'acteur liturgique et pastoral, le ministre du culte n'est pas soumis à l'administration gouvernementale et ne peut être qualifié de fonctionnaire. En revanche, comme agent public, il obéit aux directives du ministère des cultes.

Quant à l'opinion des religions elles-mêmes, il est à noter pour l'Église catholique que le clergé n'est pas un fonctionnaire public. La dimension sacerdotale, le sacrement de l'ordination reçu par le prêtre font de lui une personne *choisie par l'Église* pour accomplir une mission pastorale et eschatologique. À ce titre il relèverait d'un *droit divin*.

Hors du cadre romain, les autres cultes font valoir l'élection, par la communauté ou par l'institution, du pasteur et du rabbin. Mais, en aucun cas, la puissance publique ne peut seule créer ou imposer à une communauté un ministre du culte.

La jurisprudence s'est assez tôt rangée à ces conceptions. Un arrêt du Tribunal de cassation de 1793 a ainsi exclu le clergé catholique du titre de fonctionnaire au motif

qu'il ne possède plus, depuis la laïcisation de l'état civil, de parcelle de l'autorité publique.

Cette solution, sur d'autres fondements, a été régulièrement réaffirmée depuis les années 1830 par la Cour de cassation qui a toujours refusé aux ecclésiastiques la protection juridictionnelle du fameux article 75 de la Constitution de l'An VIII offerte aux fonctionnaires.

Quant au Conseil d'État, c'est par un arrêt de principe de 1845 (*Dame Wolf c. Isidor*) qu'il parvient à cette même conclusion. Pour autant, dans une décision de 1855, il précise que les ministres du culte ne sont pas des fonctionnaires *au sens de la loi du 28 frimaire An VIII*. Formulation ambiguë qui laisse croire qu'ils peuvent revêtir cette qualité sur d'autres fondements.

D'ailleurs, les ministres du culte ne sont pas des citoyens ou des agents ordinaires et, ici et là dans la jurisprudence, ils bénéficient de droits juridictionnels particuliers. Le Conseil d'État réaffirme ainsi en 1883 que le clergé peut être assimilé à un fonctionnaire public au regard d'une loi particulière [celle de 1872 sur le cumul des rémunérations].

Dans le même sens, la loi du 29 juillet 1881 intègre les ministres du culte parmi les personnes publiques protégées contre le délit de diffamation.

Par conséquent, malgré une *communis opinio* qui se forge au XIX<sup>e</sup> siècle, l'ambiguïté du statut juridique des ministres cultuels demeure, tant au regard d'un fonctionnaire mal défini, qu'en considération de droits spécifiques attachés à leur fonction publique.

Le régime juridique des cultes reconnus au XIX<sup>e</sup> s. montre ainsi comment le pouvoir politique a su récupérer un ordonnancement religieux et s'en servir pour l'adapter à d'autres cultes et, en faisant du ministre cultuel l'agent-clé et la condition de cette reconnaissance, le droit séculier l'a rapproché du fonctionnaire public. La religion est ainsi rendu participante de l'administration et du gouvernement des citoyens.