NOUVELLE REVUE
THÉOLOGIQUE

49 N° 1 1922

De la Notion du Privilège (1)

Albert VAN HOVE

p. 5 - 18

https://www.nrt.be/en/articles/de-la-notion-du-privilege-1-3085

Tous droits réservés. © Nouvelle revue théologique 2024

De la Notion du Privilège

INTERPRÉTATION DU CANON 63, § 1 DU CODE DE DROIT CANONIQUE

Le Code de droit canonique ne définit pas le privilège : d'après l'ancien droit et la doctrine communément reçue, c'est une *Lex privata aliquid speciale concedens* (1). Cette définition est empruntée à un passage du *Liber Etymologiarum* de S. Isidore de Séville (2) ; elle a été reprise dans le Décret de Gratien (3) et dans une Décrétale du pape Innocent III, insérée dans le *Corpus iuris canonici* (4).

La législation actuelle distingue, à raison de leur mode d'acquisition, cinq espèces de privilèges : 1. les privilèges *in Codice contenta*, établis par une loi générale de l'Église (can. 71) ; 2. ceux qui sont accordés par une loi particulière (can. 72, § 4) ; 3. ceux que l'autorité compétente attribue, par un acte spécial, à des particuliers, personnes physiques ou morales (can. 4, 72, § 2 et 3) ; 4. ceux qui sont basés sur la

(1) Privata lex aliquid speciale concedens (SUAREZ, *Tractatus de legibus*, Antverpiae, 1613, L. VIII, cap. 1, n. 3). Lex privata contra vel praeter ius aliquid concedens (REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, Antverpiae 1755, L. V, tit. 33, n. 3) ; Lex privata speciale aliquod beneficium aut favorem contra vel praeter ius concedens (SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, Romae 1845, L. V, tit. 33, n° 2) ; Lex privata specialem favorem contra vel praeter ius commune concedens (WERNZ, *Ius Decretalium*, 3e édit., Prati, 1913, I, n. 158, II.). — (2) *Liber Etymologiarum*, L. V, cap. 18. (MIGNE, *Patrologie latine*, t. LXXXII, col. 202.) — (3) Canon 3, Distinction III. — (4) Cap. 28, X, de verborum significatione, V, 40.

coutume (can. 63) ; 5. ceux enfin qui sont acquis par prescription (can. 63). Observons que les trois premières catégories peuvent s'obtenir par concession directe ou par communication. Rien n'empêche d'ailleurs que la communication s'étende également aux privilèges acquis par coutume ou prescription.

Nous voudrions donner un bref aperçu historique de l'évolution de la doctrine et de la législation sur le privilège ; en déterminer la notion générale ; examiner si cette notion convient à ses différentes espèces ; dire, pour chacune d'elles, en quelle mesure le titre *de privilegiis* (L. I, tit. V) doit s'appliquer ; indiquer enfin ce qui distingue la dispense du privilège *contra ius*.

§ 1. APERÇU HISTORIQUE

I. La notion la plus ancienne du privilège, que nous rencontrions dans le droit Romain, est celle du *privilège individuel*, une loi portée pour un ou plusieurs individus ; c'est la signification étymologique du mot. La loi des XII Tables disait : « *Privilegia ne irroganto* », et Cicéron faisait remarquer : « *Maiores nostri in privatos homines leges ferri noluerunt ; id est enim privilegium. Quo quid est iniustius? quum legis haec vis sit : scitum et iussum in omnes* (1). » Un acte de cette nature n'était pas toujours une faveur, il était souvent une mesure d'exception, au sens péjoratif du mot (2). En se basant sur la nature de la loi, Cicéron conclut à l'injustice des privilèges, Aulu-Gelle leur dénie le caractère d'une loi (3). Mais tous deux n'entendent le terme que de mesures individuelles.

(1) CICÉRON, *De legibus*, L. III, chap. 44. — (2) ID., *Paradoxon*, IV, 32 : « Sed quid ego communes leges profero, quibus omnibus es exul. Familiarissimus tuus de te privilegium tulit, ut si in opertum Bonae Deae accessisses, exulares. » — (3) « Lex, inquit [Ateius Capito], est generale iussum populi aut plebis, rogante magistratu. Ea definitio si probe facta est, neque de imperio Cn. Pompeii, neque de reditu M. Ciceronis, neque de caede P. Clodii quaestio neque alia id genus populi plebisve iussa leges vocari possunt. Non sunt enim generalia iussa, neque de universis civibus,

Le Code théodosien connaît aussi cette institution, qu'il désigne sous le nom de *privilegium* mais avec le qualificatif *privatum* (1) ; la législation de Justinien l'appelle *personalis constitutio*, et la fait rentrer dans la catégorie des lois (2).

II. A côté des privilèges individuels ou privés, les écrits des jurisconsultes romains, notamment Julien et Paul, et les collections officielles du *Corpus iuris civilis*, signalent des *privilèges communs*, qu'ils appellent *privilegia* (3) ou *Ius singulare* (4), des exceptions à la règle générale du droit, établies par le droit lui-même. « *Ius singulare*, dit Paul, *est quod contra tenorem rationis (iuris) propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est* (5). » Une législation de ce genre est nécessairement portée pour une catégorie spéciale de personnes, mais cette condition ne suffit pas : il faut qu'elle s'écarte de la *Ratio iuris*, de la logique du droit, des principes du droit, de la règle ordinaire, pour un motif spécial d'utilité ou de nécessité. Le *ius singulare* est donc une dérogation au droit commun, à la règle à laquelle la classe privilégiée serait soumise si, pour des raisons spéciales d'utilité ou de nécessité, elle n'y était soustraite ; ce n'est pas du tout l'ensemble des dispositions réclamées par

sed de singulis concepta : quocirca privilegia potius vocari debent, quia veteres priva dixerunt, quae nos singula dicimus. » (*Noctium Atticarum*, Liber X, 20.) — (1) L. 4, de itinere muniendo, Code théodosien, XV, 3. — (2) L. 6, de iure naturali et gentium et civili, Institutes, I, 2 : « Quodcumque igitur imperator per epistulam constituit vel cognoscens decrevit vel edicto praecepit, legem esse constat : haec sunt quae constitutiones appellantur. Plane ex his quaedam sunt personales, quae nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult ; nam quod alicui ob merita indulsit, vel si cui poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. Aliae autem, cum generales sunt, omnes procul dubio tenent. » Cfr ULPIEN, L. 1, de constitutionibus principum, *Digeste*, I, 4. — (3) L. 40, D. 26, 7 ; L. 15, D. 28, 6 ; L. 24, §§ 2 et 3 et L. 32, D. 42, 5. — (4) L. 16, D. I, 3 ; L. 15, D. 12, 1 ; L. 23, § 3, D. 40, 5 ; L. 44, § 3, D. 41, 3. — (5) L. 16, de legibus senatusque consultis et longa consuetudine, *Digeste*, I, 3. Cfr *Ibidem*, L. 11, 14 et 15 ; L. 141, de diversis regulis iuris antiqui, *Digeste*, 50, 17.

les rapports de droit particuliers à certaines catégories de personnes, par exemple les personnes constituées en autorité (1).

Le mot *privilegium* a donc pris déjà un sens plus étendu. La loi n'est plus *privata*, individuelle, au sens étymologique du mot, mais seulement d'une manière relative, c'est-à-dire en tant qu'elle s'écarte du droit commun.

III. S. Isidore de Séville forme le trait d'union entre le droit romain et la doctrine des canonistes, spécialement de Gratien. Le cinquième Livre de ses *Origines* ou *Etymologies* contient des définitions de termes juridiques empruntées à différentes sources. Mais la définition du privilège, que S. Isidore emprunta très vraisemblablement à Cicéron, ne s'applique qu'au privilège individuel, le seul que Cicéron mentionne : « *Privilegia sunt leges privatorum, quasi privatae leges. Num privilegium inde dictum est, quod in privato feratur* (2). » Gratien reprit cette définition, qui s'adapte fort mal au *ius singulare* des Romains, au privilège *in Codice contento* ou *per legem concesso* des canonistes, mais elle prévalut dans la science canonique, qui l'appliqua à celui-ci et aux autres espèces qui seront établies plus tard.

IV. Gratien considère le privilège comme une espèce, une sous-division de la loi : aux *regulae generales*, il oppose les *privatae leges*; celles-ci accordent aux particuliers, *singulis*, une faveur, qui est contraire à la loi générale ou qui va au delà : « *Neque enim privilegia aliquibus concederentur, si praeter generalem legem nulli aliquid speciale indul-*

(1) C'est la doctrine proposée par SAVIGNY, *Traité de droit romain*, I, § 16, pp. 58-63. Traduction GUENOUX, Paris, 1840. — Faisons observer que plusieurs canonistes modernes ont étendu la notion du *ius singulare* à toute législation spéciale à une catégorie de personnes et en on fait, par conséquent, une division du droit commun. Telle n'était pas la notion du droit romain. (2) *Liber Originum sive Etymologiarum*, L. V, cap. 18; *Décret de Gratien*, Canon 8, D. III. — Cfr le texte cité de CICERON, *De legibus*, L. III, ch. 44.

generetur (1). » Toutefois Gratien confond le privilège et la dispense (2). Sa doctrine est aussi celle des plus anciens commentateurs du droit canonique. Cependant, comme nous le dirons plus loin, Innocent IV reconnaît le caractère de privilège aux dispositions *secundum ius*; d'autres ne l'admettent que pour les dispositions *contra ius*, et désignent sous le terme *beneficium* les concessions *secundum ius* (3).

Le Décret de Gratien ne connaît pas la distinction des privilèges individuels et généraux ou communs; mais celle-ci se trouve dans Rufin, Bernard de Pavie, Bernard de Parme et dans l'Hostiensis (4). Ces commentateurs ont préludé à la distinction classique des auteurs postérieurs, qui distinguent les privilèges particuliers et ceux qui sont *intra Corpus iuris clausa*, reconnus par le droit général.

Gratien reconnaît au Souverain Pontife le droit d'accorder des privilèges; les décrétistes, en majorité, ont ajouté que cette prérogative n'est pas, dans une certaine mesure, exclusive du droit des Évêques (5).

Mais quelle efficacité attribuait-on à la *coutume?* Le Décret de Gratien signale plusieurs prérogatives acquises *prisca* ou *longa consuetudine* (6) et les décrétistes admettaient la *consuetudo praeter ius*. Logiquement, il aurait fallu conclure que la coutume pouvait assurer un privilège tout au moins *praeter ius*. Mais tant de précision ne se retrouve pas encore dans la doctrine, et les auteurs avaient surtout en vue les pré-

(1) Dictum Gratiani post c. 16, Causa XXV, Q. 1. — Toute la Causa XXV est consacrée à la théorie du privilège et de la dispense. — (2) M. A. Stiegler, *Dispensation, Dispensationswesen und Dispensationsrecht im Kirchenrecht*, I, Mainz, 1901, p. 361-369; D. Lindner, *Die Lehre vom Privileg nach Gratian und den Glossatoren des Corpus Iuris canonici*, Regensburg, 1917, p. 23. — (3) Cfr Lindner, *Die Lehre vom Privileg*, p. 19 et 21. — (4) Lindner, *Die Lehre vom Privileg*, p. 35, 37, 39 et 40. — (5) Lindner, *Die Lehre vom Privileg*, p. 48, 50, 52, 55, 56, etc. — (6) Can. 8, Causa IX, Quaestione 3; can. 5, Causa XVI, Quaestione 3.

rogatives contraires au droit. Rien d'étonnant, dès lors, que la *Summa Monacensis* et Huguccio rejettent le privilège coutumier : *Potest ecclesia (particulari consuetudine) se obligare sed non privilegiis honorare.* Par contre, Bernard de Parme ou de Botone et la Glose ordinaire du Décret admettent comme source de privilèges la coutume surtout si elle est immémoriale (1). Les Décrétales de Grégoire IX tranchent la question.

V. Les décrétales des papes contenues dans le *Corpus iuris canonici* ne fournissent pas de nouveaux renseignements sur la *définition* du privilège : Innocent III reprend celle de Gratien, dans un texte demeuré classique : « *Cum privilegium sit privata lex... nec esset privata, nisi aliquid specialiter indulgeret* (2). » Mais les Décrétales de Grégoire IX reconnaîtront un nouveau moyen de l'acquérir : la coutume même *contra ius*, si elle est *legitime praescripta*, et elles attribueront à la prescription tout au moins l'efficacité d'assurer des prérogatives analogues.

D'après la doctrine la plus généralement reçue, une coutume *praeter* ou *contra ius*, si elle accorde une faveur et s'écarte de la *ratio iuris*, n'est autre chose qu'un privilège. Or, si la coutume *praeter ius* était reconnue déjà antérieurement, celle qui est *contra ius* ne fut admise définitivement que par des décrétales d'Innocent III (3) et de Grégoire IX (4), à la condition qu'elle soit *legitime praescripta*. En admettant qu'une coutume raisonnable et légitimement prescrite déroge au droit général, Grégoire IX a reconnu, à côté des sources

(1) Lindner, *Die Lehre vom Privileg*, p. 49, 57 et 61. — (2) c. 25, X, de verborum significatione, V, 40. — (3) c. 8, X, de consuetudine, I, 4; c. 4, X, de postulatione praelatorum, I, 5; c. 4, X, de arbitris, I, 43; c. 3, X, de causa possessionis et proprietatis, II, 12; c. 25, X, de verborum significatione, V, 40. — (4) c. 11, X, de consuetudine, I, 4; c. 50, X, de electione et electi potestate, I, 6. Cfr Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, I, Breslau, 1899, pp. 81-82.

déjà existantes, la loi et l'acte particulier du législateur, une nouvelle source de privilèges : la coutume (1).

En même temps, les Souverains Pontifes avaient déterminé l'effet de la prescription dans les privilèges. Alexandre III et Innocent III déclarent que ceux-ci peuvent se perdre par la prescription : le non usage ou l'usage contraire pendant un temps déterminé implique une renonciation tacite (2). De plus, d'après Innocent III (3), Honorius III (4) et Grégoire IX (4), la prescription — appelée parfois moins exactement coutume — permet d'acquérir les prérogatives que le droit ou les privilèges confèrent; son efficacité est telle *qu'elle peut déroger à la loi*. Les papes ne déclarent pas formellement que la prescription est une source des privilèges, ils disent que prescription et privilège peuvent

(1) Gratien, on le sait, admettait la coutume *praeter ius*, mais non la coutume *contra ius*, tout au moins s'il s'agissait de déroger à une loi déjà reçue par l'usage. Cfr. c. 5, D. I; c. 4, D. XI et Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, I, pp. 78-80. Alexandre III condamne toute coutume contraire au droit (c. 4, X, de officio archidiaconi, I, 23; c. 2, X, de probationibus, II, 19; c. 8, X, de sententia et re iudicata, II, 27; c, 3, X, de donationibus, III, 24). Le pape Lucius III parle d'une manière plus hésitante (c. 8, X, de iudiciis, II, 1 : c. 3, X, de fideiussoribus, III, 22). Innocent III et Grégoire IX ont fixé la doctrine. — (2) c. 6, (Alexandre III), c. 15, (Innocent III), X, de privilegiis et excessibus privilegiatorum, V, 33. — Les auteurs ne sont pas d'accord sur la portée de la première décrétale : permet-elle de renoncer à un privilège, purement et simplement, ou s'agit-il d'une prescription? Le pape Alexandre III, tout en affirmant le principe que chacun peut renoncer à son droit, parle en même temps d'un non usage du privilège pendant 30 ans, ce qui semble indiquer une prescription. Cfr R. Köstler, *Consuetudo legitime praescripta. Ein Beitrag zur Lehre vom Gewohnheitsrecht und vom Privileg*, dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Kanonistische Abteilung*, VIII, Weimar, 1918, p. 174. — (3) c. 13, X, de iudiciis, II, 1; c. 2, X, de capellis monachorum, III, 37. On discute la portée du c. 3, X, de causa possessionis et proprietatis, II, 12; cfr R. Köstler, *Consuetudo legitime praescripta*, *l. c.*, p. 177. — (4) c. 10, X, de officio archidiaconi, I, 23. — (4) c. 30, X, de electione et electi potestate, I, 6 ; c. 11, X, de consuetudine, I. 4.

produire les mêmes effets juridiques. Mais la doctrine presque unanime des auteurs a rangé la prescription parmi les moyens d'acquérir un véritable privilège, doctrine que le Code de droit canonique semble reprendre dans le canon 63 § 1. Vers la fin du XVIIIe siècle et pendant le XIXe siècle, quelques auteurs ont vivement combattu cette théorie, comme nous allons le dire.

VI. Pour terminer cet aperçu historique, nous devons signaler trois controverses de date relativement récente. La première a trait au privilège acquis par prescription. Celui-ci, dit-on, ne peut être considéré comme un véritable privilège, bien qu'il accorde les mêmes prérogatives. Tout privilège, en effet, suppose l'existence d'un droit particulier nouveau et spécial, objectif ou normatif, une règle du droit. Or, la prescription ne peut créer une règle de droit, elle n'accorde qu'un droit subjectif, basé sur le principe de droit commun, que la prescription attribue des prérogatives semblables à celles que le privilège accorde. Cette doctrine proposée au XVIIIe siècle par Schmier, Pichler et Zech (1), a été soutenue par des canonistes de renom du XIXe siècle (2).

Une controverse semblable s'est élevée au sujet des privilèges *in Codice contenta*, et de ceux qui sont acquis par la coutume. Ce ne sont pas, dit-on, des privilèges, ou ils ne le sont qu'au sens large du mot : « *potius vim privilegii obtinent* ». C'est la doctrine proposée à la fin du XVIIIe siècle, pour les privilèges *intra Corpus iuris clausa*, par Zallinger (3),

(1) F. Schmier, *Iurisprudentia canonico civilis*, Salisburgi, 1716, L. I. tractatus I, de iure legali, cap. 8, n. 216 (alibi cap. 9, n. 82). V. Pichler, *Ius canonicum*, Augustae Vindelicorum, 1758, L. V, tit. 33, n. 10. Zech, *Praecognita iuris canonici*, Ingolstadii, 1756, n. 351. — (2) Schulte, *Das katholische Kirchenrecht*, Giessen, 1860. I, p. 153-155. P. Hinschius, *System des katholischen Kirchenrechts*, Berlin, 1883. III, p. 810. Scherer, *Handbuch des Kirchenrechtes*, Gratz, 1886, I, pp. 134-135 et 166. — (3) J. A. Zallinger, *Institutiones iuris ecclesiastici*, Augustae Vindelicorum, 1798, L. V, tit. 33, § 282 et 305.

induise par Schulte, Hinschius, Scherer, Aichner et par le cardinal d'Annibale (1) et appliquée par Schmier, Pichler, Schulte et Aichner aux privilèges acquis par la coutume (2).

§ 2. NOTION GÉNÉRALE DU PRIVILÈGE

Les auteurs sont d'accord sur la définition générale du privilège. Analysons la définition la plus explicite, celle de Schmalzgrueber : « *Lex privata speciale aliquod beneficium aut favorem contra vel praeter ius concedens* (3). »

I. Le privilège est essentiellement la concession d'une *faveur*. Le droit canonique n'appelle pas de ce nom un acte de l'autorité imposant une charge à son bénéficiaire, établissant une mesure d'exception contre lui : à ce point de vue, il s'écarte du droit Romain. D'après Gratien et le pape Innocent III, le privilège « INDULGET *quid speciale*, » ce qui ne peut s'entendre que d'une faveur. C'est la doctrine traditionnelle des commentateurs, que le Code de droit canonique vient confirmer, en statuant d'abord que nul n'est tenu d'user d'un privilège établi « *in sui duntaxat favorem* » (can. 69); ensuite que celui-ci doit toujours s'interpréter de telle manière « *ut privilegio aucti aliquam ex* INDULGENTIA *concedentis videantur gratiam consecuti* » (can. 68). Ce n'est pas à dire, toutefois, que cette faveur ne puisse imposer des charges à d'autres que le privilégié : il y a des privilèges *aliis onerosa* (can. 76); voire même, à l'égard du bénéficiaire lui-même, ils peuvent n'être pas à titre absolument gratuit, il y a des *privilegia mixta* : c'est ainsi que le privilège *conventionale* peut imposer des obligations réciproques, que le

(1) F. SCHULTE, *Das katholische Kirchenrecht*, I, p. 22 et 141. P. HINSCHIUS, *System des katholischen Kirchenrechts*, III, p. 805 et ss.; SCHERER, *Handbuch des Kirchenrechtes*, I, p. 2, 11 et 165. AICHNER, *Compendium Iuris ecclesiastici*, 9e édit. Brixiae, 1909, p. 744. CARD. D'ANNIBALE, *Summula theologiae moralis*, 5e édit., Romae, 1908, I, n. 217 et 161. — (2) Voir ces auteurs, ll. cc., ci-dessus, note 1 et p. 12, note 1. —

(3) H. REIFFENSTUEL, *Ius ecclesiasticum universum*, L. V, tit. 33, n. 2.

droit de patronage sur les bénéfices ecclésiastiques entraîne des charges (can. 1448).

II. La faveur accordée doit être *praeter vel contra ius commune*. L'acte est contraire au droit commun, lorsqu'il abroge, dans un cas déterminé, une disposition de la loi à laquelle le privilégié devrait se conformer, s'il n'en était exempt de par un titre spécial. Tel serait le cas d'un établissement ecclésiastique soumis en vertu de la loi commune à la juridiction de l'Évêque, qu'un privilège exempterait de cette autorité. La concession *praeter* ou *ultra ius* ne va à l'encontre d'aucune loi, mais accorde des droits que le législateur s'est réservés, ou que la loi commune n'accorde que dans des conditions que le privilégié ne remplit pas, sans toutefois les réserver, au sens strict du mot, à des catégories spéciales de personnes. Telle est la faculté d'ériger des Chemins de croix, de donner certaines bénédictions, de poser certains actes juridiques. Le droit ne défend pas de poser ces actes, il veut au contraire qu'ils soient posés, mais ils ne peuvent l'être soit par tous les inférieurs indifféremment, soit par une catégorie déterminée, sans une concession spéciale du législateur.

Comme nous l'avons déjà dit, des auteurs réservaient jadis le terme privilège aux concessions contraires au droit : tels sont Damasus, Goffredus de Trano, Bernard de Parme, l'Hostiensis, Jean Andreae (1) ; ils appelaient *beneficium* les concessions *praeter ius*. Mais cette manière de parler n'a pas prévalu, et le Code de droit canonique, suivant en cela la doctrine communément reçue, distingue les privilèges *contra et praeter ius* (can. 66, § 1).

La doctrine la plus généralement admise ne connaît pas de privilèges *secundum ius*. La question a été soulevée à propos de la Décrétale *Sicut Romana* (2), où il est question d'une

(1) Cfr LINDNER, *Die Lehre vom Privileg*, p. 20-22 ; SCHULTE, *Das katholische Kirchenrecht*, I, p. 143, note 12. — (2) C. 1, X, de rescriptis, I, 3. On ne peut tirer aucun argument en faveur de cette doctrine du c. 7,

concession générale conforme au droit commun. Innocent IV, dans son commentaire sur les Décrétales de Grégoire IX, contre l'avis général de ses contemporains, y voit un privilège, parce que « *plus solet timeri, quod specialiter iniungitur quam quod generaliter impetratur* (1). » D'après Schmalzgrueber, des concessions de ce genre, les *privilegia declarativa*, ne sont pas des privilèges proprement dits : elles contiennent une faveur spéciale : « *quia dantur ad maiorem securitatem, tollendamque dubitationem et scrupulos*(2). » Mais elles n'accordent aucun droit spécial, ce qui est essentiel. Nous ne pouvons donc pas ranger ces concessions parmi les privilèges, et spécialement leur appliquer le canon 68, qui veut que tout privilège accorde au bénéficiaire une grâce spéciale.

Toutefois, il faudrait voir un privilège véritable dans une concession *secundum ius*, si elle est faite à un titre nouveau, complètement indépendant du droit commun, titre qui conserverait sa valeur même si le droit commun était modifié en cette matière : il s'agirait alors de la constitution d'un droit spécial en faveur du privilégié, à raison du titre même sur sur lequel ce droit s'appuie, et conséquemment d'un privilège *praeter ius* (3).

III. La doctrine canonique définit enfin le privilège *lex privata*. C'est l'élément de la définition qui présente le plus d'obscurité.

Etymologiquement, le terme *lex privata* ou *privilegium* désigne une loi portée pour des particuliers, non pour la communauté ; Cicéron l'entendait ainsi. Mais le terme *lex* ne convient pas à une mesure prise pour des individus : on l'a donc appliqué à une mesure particulière, prise par le législa-

X, de procuratoribus, I, 38 ; cfr Schmalzgrueber, *Ius ecclesiasticum universum*, L. V, tit. 33, n. 10. — (1) Lindner, *Die Lehre vom Privileg*, p. 19. — (2) Schmalzgrueber, *Ius ecclesiasticum universum*, L. V, tit. 33, n. 10. — (3) Schulte, *Das katholische Kirchenrecht*, I, p. 142.

teur et contenant une règle spéciale de droit objectif. Quant au mot *privata*, il doit se prendre dans son sens absolu, par opposition à la règle commune. Le mot *privilegium* désigne donc premièrement et étymologiquement le *privilegium privatum*, une concession faite par un acte spécial du législateur *contra* ou *praeter ius commune* en faveur de particuliers. Cette concession est donc un privilège au sens *propre* du mot, puisque la définition lui convient adéquatement; mais il l'est aussi au sens *strict*, parce qu'aucun élément étranger à la définition ne vient s'y ajouter : juridiquement, il n'est que privilège. Il en sera autrement pour les autres espèces.

A l'exemple des juristes romains, les canonistes ont étendu la signification du mot, en l'appliquant à des mesures prises en faveur de catégories déterminées de personnes, considérées comme une partie de la communauté. Ici la *lex* est une loi, au sens propre du mot, mais le terme *privata* ne s'entend plus que dans un sens relatif, par rapport à l'ensemble de la communauté, dont les privilégiés constituent une partie. Le *ius singulare* ou privilège commun est donc privilège au sens *propre* du mot, puisqu'il répond à la définition : il établit un droit objectif spécial pour une catégorie de personnes ; mais il ne l'est qu'au sens *large* : un nouvel élément est venu s'ajouter, étranger au privilège au sens strict : cette faveur est en même temps une loi au sens propre du mot. Tel est le caractère des privilèges *intra Corpus iuris* ou *in Codice contenta*, et de ceux qui sont accordés par une loi particulière.

A la loi il faut assimiler la coutume. Si donc celle-ci réunit les autres conditions du privilège, elle constitue un *ius singulare*. Au même titre que la loi, certaines coutumes sont donc un privilège au sens *propre*, mais *large* du mot : elles sont en même temps privilège et coutume.

Enfin, la doctrine canonique a étendu la notion de privilège à certains droits acquis en vertu de la prescription. La prérogative qui en résulte est bien *privata*, et cela au sens

strict et absolu du mot : c'est un droit reconnu à des indivi-dus. Mais on n'y retrouve pas, croyons-nous, la notion de *lex*, celle d'un droit objectif nouveau, la prescription ne pouvant créer une nouvelle règle de droit. La difficulté semble avoir échappé à la plupart des canonistes ; elle est cependant bien réelle, comme nous espérons l'établir au § 5. Les auteurs, en général, ont supposé l'existence d'un droit objectif nouveau dans tout privilège, plutôt qu'ils ne l'ont déclaré expressément. Il n'en demeure pas moins vrai que la prescription ne peut être un privilège qu'*analogiquement*, puisque la définition ne lui convient que d'une manière analogique. Nous dirons que rien n'empêche d'interpréter ainsi le canon 63, § 1 du Code (1).

IV. Toutes les espèces de privilèges, dont parle le canon 63, § 1, le sont donc *au sens propre* du mot, si l'on excepte ceux qui sont acquis par prescription : ceux-ci ne le sont que dans *un sens analogique*. Mais seul le privilège individuel concédé par un acte particulier du législateur l'est *au sens strict* du mot : les autres ne le sont que dans *un sens large*, et conséquemment, *in odiosis*, on ne les comprendra pas sous cette dénomination ; par contre, ils seront régis par les

(1) Suivant la discipline actuelle, pour s'appliquer à toutes les espèces de privilèges, les mots *lex* et *privata* doivent se prendre dans des sens très différents. Un privilège *in Codice contentum* ou accordé par une loi particulière est une loi au sens propre du mot. Une coutume peut difficilement s'appeler loi, au sens ordinaire, bien qu'elle produise les mêmes effets. Un acte particulier du législateur n'est une loi que dans un sens impropre. Il n'y a aucune règle de droit nouvelle dans la prescription. — Le terme *privata* s'applique dans son sens propre aux privilèges accordés par un acte spécial du législateur et à ceux qui sont acquis par la prescription ; il prend un sens relatif, dans le privilège accordé par la loi générale ou particulière, celle-ci étant par définition un *praeceptum commune*, et dans le privilège coutumier, la coutume ne pouvant être introduite que par une communauté « *quae legis recipiendae saltem capax est* » (can. 26). Il reste toujours vrai, cependant, que le privilège introduit par la loi ou la coutume est privé en ce sens qu'il est porté pour une classe particulière de personnes. **Cfr Suarez, *Tractatus de legibus*, L. VIII, cap. I, n. 8.**

dispositions concernant la loi, la coutume, la prescription, tout en jouissant des prérogatives favorables du privilège, autant que leur caractère propre le permet.

(*à suivre.*)

A. Van Hove,

professeur à l'Université de Louvain.