



NOUVELLE REVUE

THÉOLOGIQUE

49 N° 3 1922

De la Notion du Privilège (3)

Albert VAN HOVE

p. 126 - 141

<https://www.nrt.be/it/articoli/de-la-notion-du-privilege-3-3087>

Tous droits réservés. © Nouvelle revue théologique 2024

De la Notion du Privilège

(Suite et fin.)

§ 4. — LES PRIVILÈGES ACQUIS PAR LA COUTUME OU ACCORDÉS PAR UNE LOI PARTICULIÈRE

A. *Les privilèges acquis par la coutume.*

I. Un privilège peut s'acquérir par une coutume universelle ou particulière. Le Code le reconnaît formellement (can. 63, § 1). Toute coutume en matière favorable, qui va contre le droit commun ou au delà, est un privilège, un *ius singulare*. En effet, en vertu du consentement du législateur, la coutume établit un droit objectif nouveau, au même titre qu'une loi; elle établit un *ius singulare*, s'il y a une dérogation à la *ratio iuris*. Schmier et Pichler le contestent : « *Propriissime* !

tamen non videntur esse privilegia, quae non proveniunt a principe actualiter concedente vel communicante ius aliquod singulare... Consuetudo et praescriptio... potius habent vim privilegii(1). » Il semble toutefois que tous les éléments essentiels du privilège, notamment la *lex privata*, peuvent se retrouver dans la coutume. Il n'y a pas lieu de s'écarter, pensons-nous, de l'usage traditionnel. Schulte(2) et, après lui, Aichner(3) rejettent le privilège coutumier, parce qu'ils n'admettent pas le *privilegium commune*, mais seulement le *privilegium privatum*. Nous avons déjà dit pourquoi nous ne pouvons pas nous rallier à leur manière de voir.

II. L'application aux privilèges coutumiers du titre V du L. I^{er} du Code ne va pas sans de nombreuses restrictions : celles-ci proviennent soit de la nature même de la coutume, soit du fait que la coutume peut déroger à la loi. Les canons 67 et 68 sur l'interprétation des privilèges sont sans application, puisque la coutume détermine elle-même quelles prérogatives sont acquises. Quant à l'usage et à la perte de la faveur, on appliquera, en règle générale, ce que nous avons dit du privilège *in Codice contento*, puisque « *consuetudo... vim legis obtinet* » (can. 25). On peut donc bien, dans un cas particulier, ne pas se prévaloir d'une coutume, on ne pourra jamais renoncer à la prérogative qu'elle consacre. Toutefois l'ignorance d'une coutume particulière pourra être plus facilement admise que celle d'une loi générale.

III. La révocation du privilège acquis par la coutume est réglée par le canon 30 et nullement par le canon 71 (et 60). La coutume, en effet, est plus forte que le privilège. Conséquemment, une loi générale, portée par le Saint-Siège, ne déroge pas aux coutumes particulières, sauf dérogation

(1) PICHLER, *Ius canonicum*, L. V, titulo 33, n. 11. Cf. SCHMIEB, *Iurisprudentia canonico civilis*, L. I, tractatus I, de iure legali, c. 8, n. 216. —

(2) SCHULTE, *Das katholische Kirchenrecht*, I, p. 154-155. — (3) AICHNER, *Compendium iuris ecclesiastici*, § 211. p. 745, note 7.

expresse; une loi particulière, émanée de la même autorité, ne laisse subsister que les coutumes particulières centenaires ou immémoriales; une loi portée par l'Ordinaire révoque, pensons-nous, toutes les coutumes contraires, basées sur le consentement de ce dernier⁽¹⁾. Une coutume nouvelle révoque la coutume antérieure contraire. D'autre part, une clause révocatoire expresse de la coutume ne révoque pas le privilège coutumier, parce que, *in odiosis*, le mot coutume doit se prendre dans son sens strict; à son tour, la clause révocatoire des privilèges ne révoque pas la coutume, parce que la coutume est plus forte que le privilège⁽²⁾.

Des principes différents s'appliquent à la révocation, en vertu du canon 5, des privilèges coutumiers contraires au Code. L'Ordinaire doit abroger ceux qui sont acquis par la coutume centenaire ou immémoriale, s'il estime que cela peut se faire prudemment; tous les autres sont abolis par le Code lui-même. Il faut remarquer que le Code révoque à la fois les privilèges (can. 4) et les coutumes (can. 5). Et s'il est vrai que, *in odiosis*, le terme *coutume* ne comprend pas les privilèges coutumiers, il semble d'autre part que le Code ne maintient que les privilèges accordés par un indult spécial du Saint-Siège, et les *iura quæsitæ*, les privilèges acquis par prescription (can. 4).

B. Les privilèges accordés par une loi spéciale.

I. La doctrine ne parle pas de ces privilèges; rien n'empêche, toutefois, qu'une loi particulière les établisse, rien ne s'oppose à ce qu'une loi contienne une législation de

(1) S'il fallait appliquer le canon 71 (et 60), une loi générale ou particulière du Saint-Siège ne révoquerait pas les coutumes contraires approuvées par le Saint-Siège, mais seulement celles qui sont basées sur le consentement de l'Ordinaire; une loi portée par l'Ordinaire ne révoquerait aucun privilège coutumier approuvé par celui-ci. — (2) Cfr SUAREZ, *Tractatus de legibus*, L. VIII, cap. 7, n. 15; WERNZ, *Jus Decretalium* I, n. 160, II, c.

faveur qui s'écarte de la *ratio iuris*, pour un pays, ou pour une classe déterminée de personnes dans un territoire déterminé, conséquemment un privilège. D'ailleurs le canon 72, § 4 mentionne les privilèges accordés par la loi, et ils sont distincts de ceux qui sont contenus *in Codice*, dont parle le canon 71. On aura remarqué la manière différente dont le Code s'exprime aux canons 71 et 72 § 4. On peut citer comme exemple la législation spéciale sur le mariage portée pour l'Allemagne et la Hongrie, après le Décret *Ne temere*. Nous croyons cependant que ces privilèges sont plutôt rares. A cette catégorie de faveurs, il faudra appliquer les principes que nous avons exposés en parlant des privilèges qui sont contenus *in Codice*, en tenant compte cependant qu'ils sont accordés par une loi particulière. Ce dernier caractère peut avoir son importance pour leur interprétation et leur révocation.

II. En ce qui concerne l'*interprétation*, il faut appliquer, non les canons 68 et 50, mais le canon 19. Celui-ci demande l'interprétation stricte des lois « *quae exceptionem a lege continent* », et conséquemment des privilèges *contra ius commune* établis par une loi particulière. Il en est de même des lois « *quae liberum iurium exercitium coarctant* », et par conséquent des privilèges contraires au *ius aliis quaesitum*. Au contraire, les faveurs accordées *praeter ius commune* admettent une interprétation large (1).

III. Pour ce qui regarde la *révocation*, le Code lui-même n'a abrogé que les lois particulières, qui sont contraires à ses

(1) En vertu des canons 68 et 50, il faudrait interpréter strictement les privilèges : 1^o *quae iura aliis quaesita laedunt* — cette disposition concorde avec celle du canon 19, sur le *liberum iurium exercitium* — ; 2^o *quae adversantur legi in commodum privatorum* — cette disposition ne peut s'appliquer à une loi, qui par définition est *ad bonum commune* — ; 3^o *quae ad lites referuntur aut impetrata fuerunt ad beneficii ecclesiastici associationem* — ces dispositions ne s'appliqueront au privilège accordé par la loi, que si cette dernière est *contra ius commune*.

dispositions (1) ; il a maintenu les autres, et à plus forte raison on pourra se prévaloir des lois particulières qui contiennent des faveurs, lorsque les dispositions du Code maintiennent formellement les privilèges contraires.

Quant aux révocations postérieures au Code, il faut appliquer le canon 22 : sauf mention expresse, une loi générale ne déroge pas à une loi particulière ; une loi particulière déroge à une loi particulière contraire (2).

Enfin une clause générale dérogatoire aux privilèges, insérée dans un indult, ne déroge pas à ceux qui ont été accordés par une loi particulière, parce que la loi est plus forte que le privilège.

§ 5. — LE PRIVILEGIUM PRIVATUM

Le privilège individuel ou privé est une faveur accordée *contra* ou *praeter ius commune* à une ou plusieurs personnes physiques ou morales. D'après le Code (can. 63, § 1) et la doctrine commune des auteurs, il s'acquiert de deux manières : par concession de l'autorité et par prescription. La première espèce ne soulève aucune difficulté spéciale et le titre V du Livre I^{er} du Code lui est applicable, sauf les dispositions portées nommément pour d'autres catégories de privilèges. Une concession de ce genre est un privilège au sens primitif et étroit du mot. Quant à la seconde espèce, nous voudrions

(1) Cfr la réponse du cardinal Gasparri, du 30 mars 1918 : le Code a abrogé la législation spéciale sur le mariage en Allemagne et en Hongrie, après le décret *Ne temere*, parce qu'elle est contraire aux canons 1094 et ss. du Code. Réponse du même genre du 3 janvier 1918 : les lois spéciales sur le jeûne sont abrogées, lorsqu'elles sont contraires au canon 1252. Cfr *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 1919, t. 99, p. 61 et 63. On ne pourrait invoquer ici le canon 4, comme nous l'avons fait observer déjà, mais il faut appliquer le canon 6, n. 1. — (2) En vertu des canons 71 et 60, sur les privilèges, la loi du Supérieur révoquerait tous les privilèges-lois établis par les législateurs inférieurs, mais ne révoquerait aucune loi-privilège portée par le législateur lui-même. Cette théorie est absolument insoutenable.

examiner deux questions : 1. Peut-on appeler ces faveurs des privilèges au sens propre et leur appliquer la définition traditionnelle de ceux-ci ? 2. Dans quelle mesure les dispositions du Code leur sont-elles applicables ?

A. *Le privilège acquis par prescription
et la définition traditionnelle du privilège.*

I. Écartons tout d'abord une objection tirée du texte même du Code : le canon 63, § 1 déclare formellement que le privilège s'acquiert par prescription, qu'il est donc un privilège au sens propre du mot. La réponse à l'objection permettra de mieux établir l'état de la question.

Sans doute, le texte du Code est formel : la prescription donne un privilège. Mais comment faut-il interpréter ce dernier mot ? Nulle part le Code ne définit le privilège une *lex privata specialis quid concedens*. Rien dès lors ne s'oppose à ce que nous entendions le terme dans différents sens appropriés à la nature des choses. Privilèges accordés par la loi, acquis par la coutume, octroyés par un acte particulier du Supérieur ne peuvent être mis complètement sur le même pied, d'après la doctrine communément reçue et les principes juridiques. Il n'en va pas autrement du privilège acquis par prescription, mais ici la différence est plus marquée.

La différence capitale entre ce privilège et les autres est que la prescription n'établit aucun droit objectif nouveau, aucune règle nouvelle du droit, tout en produisant les mêmes effets ; par conséquent on ne peut appeler cette faveur une *lex privata*. Cet élément de la définition traditionnelle ne lui convient pas.

II. Suarez, s'inspirant d'ailleurs de la doctrine communément reçue, le dit clairement : la prescription ne peut établir un droit objectif nouveau : « *Praescriptio stricte sumpta non introducit ius legale seu disponens, tanquam lex, sed confert ius dominii aut aliud simile ius utendi vel fruendi re corpo-*

rali, ut domo, veste, aut incorporali, ut iurisdictione aut suffragio (1). » La prescription accorde une faculté morale inviolable, un droit subjectif; elle n'établit pas une nouvelle règle de droit. Ce droit subjectif partienlier, qui peut produire les mêmes effets qu'un privilège, est acquis en vertu du principe de droit commun : la prescription est un moyen légitime d'acquérir des droits subjectifs, ceux-ci fussent-ils contraires aux règles du droit.

Il n'en est pas de même de la coutume. Sans doute, celle-ci aussi est basée sur un principe de droit commun : le *consensus saltem legalis* du législateur. Mais ce principe de droit commun n'est pas le fondement du droit de la personne qui jouit d'un privilège en vertu de la coutume, c'est la coutume elle-même, le droit spécial objectif nouveau créé et obligatoire en vertu du consentement du législateur. Tout droit subjectif est basé sur une règle objective de droit : dans le privilège coutumier, c'est la coutume elle-même, droit spécial objectif; dans la prescription, c'est le droit commun, le principe de la légitimité de la prescription. Or le droit commun ne peut être une *lex privata*.

Nous sommes donc en droit de conclure que les termes *lex privata* ne peuvent s'appliquer qu'analogiquement au privilège acquis par prescription.

III. On nous objectera, non sans un semblant de raison, que la doctrine canonique traditionnelle n'exige pas dans le privilège la création d'un droit nouveau; qu'elle interprète autrement les termes : *lex privata*.

La généralité des auteurs, il est vrai, ne mentionnent pas formellement la nécessité d'une règle nouvelle de droit mais, par leur interprétation des termes *lex privata*, implicitement ils l'affirment. Tel Suarez : le privilège est une loi, dit-il,

(1) SUAREZ, *Tractatus de legibus*, Liber VII, cap. 1, n. 11-12. Cfr BRUE, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, pp. 186-187.

mais dans un sens impropre dès que lui manque la perpétuité, essentielle à toute loi. Nous en concluons : si le privilège est une loi, il établit un droit objectif nouveau : « *Secundo supponendum est non omne privilegium esse legem proprie et in rigore sumptam, quia de ratione legis est, ut sit perpetua, ut supra dictum est; non autem omne privilegium est perpetuum... Et ideo in communi explicatur privilegium per rationem legis, applicandam scilicet et intelligendam cum dicta moderatione et proportionem respectu privilegiorum quae ad tempus tantum conceduntur* » (1). Ailleurs, lorsqu'il expose la différence entre le privilège et la dispense, il écrit : « *Solum ergo illa dispensatio poterit privilegium appellari, quae per modum legis privatae conceditur ad operandum ordinarie et stabiliter contra aliquod ius commune, utendo privato iure per talem concessionem CONSTITUTO* (2). » Il semble bien qu'il s'agit ici d'une nouvelle règle de droit. D'autre part, il est vrai, lorsque Suarez établit que la coutume et la prescription peuvent donner naissance à un véritable privilège, il semble avoir perdu de vue la théorie sur l'effet de la prescription, qu'il a exposée dans le texte que nous avons cité, et la définition qu'il a donnée de la *lex privata* (3).

D'après d'autres auteurs, le privilège est une loi, parce que les membres de la communauté ne peuvent empêcher l'usage du privilège. « *Dicitur lex, scilicet per analogiam et improprie : quia dum durat, aliis necessitatem imponit, ne privilegiato usum eius impediunt* (4). » Cette interprétation suppose encore l'existence d'un droit objectif spécial. En effet, c'est le privilège lui-même qui est le titre et la source de l'obligation, bien que ce titre ne soit pas nécessairement une loi, au sens strict du mot. Si la source de l'obligation se trouvait

(1) *Id.*, *Ibid.*, L. VIII, cap. 1, n. 2. — (2) *Id.* *Ibid.*, L. VIII, cap. 2, n. 10. — (3) *Id.* *Ibid.*, L. VIII, cap. 7. — (4) SCHMALZGUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, L. V, titulo 33, n. 3.

hors du privilège, dans une loi commune de l'Église, il serait inutile de parler de *lex* dans la définition, car il est de l'essence de tout droit subjectif de devoir être respecté.

Le Père Wernz ne s'est donc pas écarté de la tradition canonique, lorsqu'il écrit : « *Lex dicitur privilegium, quoniam est norma quaedam OBJECTIVA, secundum quam quis ex concessione superioris obtinet facultatem ordinarie et stabiliter operandi contra vel praeter ius commune*(1). »

III. Nous croyons donc pouvoir conclure avec plusieurs auteurs(2), que la définition traditionnelle du privilège ne convient pas à la prescription. Cette définition est d'ailleurs antérieure, historiquement, à l'évolution du droit concernant cette institution. Elle a été donnée à une époque où l'on ne songeait pas à attribuer à la prescription l'efficacité de déroger à la loi. Chez les Romains, cette efficacité était entièrement inconnue. Le droit canonique a étendu l'effet de la prescription, mais il n'en a pas modifié la nature : la prescription, qu'il s'agisse de droit de propriété, de servitudes ou de privilèges, est un moyen légitime d'acquérir des droits subjectifs. Mais, parce que la prescription accorde, en

(1) F. X. WERNZ, *Ius Decretalium*, I, n. 158, II, coll. n. 160, II, c. — Le Père LAURENTIUS soutient formellement que la prescription crée une nouvelle règle de droit (*Anwendbarkeit der Lehre von den Privilegien*, dans *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 1901, t. LXXXI, p. 285). — Nous avons vu pas voir quels arguments ces auteurs invoquent en faveur de leur thèse. C'est bien inutilement qu'ils invoquent les raisons alléguées par SUAREZ, *Tractatus de legibus*, L. VIII, cap. 7. Suarez établit, il est vrai, que la prescription donne lieu à un droit véritable, mais non que celui-ci est un droit objectif nouveau. — (2) SCHULTE, *Das katholische Kirchenrecht*, I, p. 153-155. P. HINSCHIUS, *System des katholischen Kirchenrechts*, III, p. 810. SCHEFFER, *Handbuch des Kirchenrechtes*, I, p. 134-135 et 166. — Schmier et Pichler n'invoquent pas la même raison, l'absence de droit objectif nouveau, mais la nécessité d'une concession par le Supérieur; nous avons dit que cette intervention actuelle n'est pas requise et que la coutume, notamment, peut-être une source de privilèges. Voir ci-dessus, p. 127, note 1.

droit canonique, des prérogatives semblables à celles du privilège strictement dit, le Code de droit canonique a pu dire exactement, mais dans un sens analogique, qu'elle est une source de privilèges.

B. *La prescription et les dispositions du Code
sur les privilèges.*

Puisque les faveurs acquises par prescription sont, d'après le Code, des privilèges, il faut leur appliquer, par analogie, les dispositions du titre V. Mais il y a des exceptions très nombreuses, qui résultent, soit de dispositions du Code, soit de la nature même des choses. Voici quelques applications :

I. Le Code déclare, au canon 1509, que certains droits ne peuvent faire l'objet de la prescription. Le principe « *Acquisibilia privilegio sunt acquisibilia consuetudine (praescriptione)* » n'est donc pas absolument vrai : comme sous l'ancien droit, il y a des restrictions. Toutefois, même dans les cas exceptés, la possession centenaire ou immémoriale introduit une présomption, *iuris tantum, concessi privilegii*, jusqu'à preuve du contraire (can. 63, § 2).

II. Comme nous l'avons dit pour la coutume, c'est la prescription elle-même qui détermine l'étendue ou la portée du privilège. Il ne s'agit pas ici d'interpréter un texte, de rechercher la volonté du législateur, il s'agit d'établir quels droits sont acquis. C'est à celui qui invoque une prérogative spéciale de la prouver.

III. *L'usage et la perte* des privilèges, droits acquis, sont réglés par les canons 69, 72, §§ 2-4 et 74-76. Mais ne pourrait-on pas soutenir que le canon 72, § 1, n'est pas toujours applicable? Ce canon n'interdit pas de renoncer à un privilège, mais il déclare que cette renonciation est inefficace tant qu'elle n'a pas été acceptée par le Supérieur compétent. Il n'appartient pas à un particulier de modifier une loi, une coutume, un acte du prince, de supprimer une règle du droit.

Or, dans les droits acquis, il n'y a pas de règle de droit à laquelle il faille déroger : que l'on renonce ou pas au droit acquis, la règle demeure : la prescription est un moyen légitime d'acquérir des droits. Le Supérieur ne doit donc pas accepter une renonciation à un droit acquis, à moins que des dispositions particulières n'interdisent celle-ci, comme c'est le cas, si la renonciation est *in praeiudicium Ecclesiae*. Il est vrai que cette renonciation sera inefficace, si elle n'est pas acceptée par les intéressés. Un *ius quaesitum aliis non onerosum* ne pourra donc pas se perdre par une renonciation qui n'est pas agréée par le Supérieur légitime, et dans ce cas le canon 72, § 1 s'appliquera : si au contraire il est *aliis onerosum*, la seule acceptation par les personnes grevées entraînera la perte du privilège.

IV. En ce qui concerne enfin la *révocation* du privilège, on ne perdra pas de vue, ici aussi, qu'il n'y a aucune règle de droit à révoquer. Toute dérogation et révocation revient à une dérogation au droit acquis ou à sa révocation. Or, il est de principe que la loi (can. 10) ou un acte particulier du législateur (can. 46) ne dérogent pas aux droits acquis, en l'absence de clause dérogatoire expresse.

En conséquence, les privilèges acquis par prescription ne sont pas abrogés *par le Code lui-même*, non pas en vertu du principe que celui-ci ne déroge pas aux privilèges, mais parce qu'il ne déroge pas aux droits acquis (can. 4). Faisons remarquer encore une fois ici, que le Code ne maintient, en fait de privilèges, que ceux qui sont accordés par un acte spécial du Saint-Siège, qu'on ne pourrait donc étendre cette disposition aux privilèges acquis par prescription⁽¹⁾. Quant aux dérogations ou révocations par des *lois subséquentes* ou

(1) Le canon 613 § 1, déterminant les privilèges des religieux ne stipule rien au sujet des droits acquis, c'est-à-dire des privilèges acquis par prescription. Il faut interpréter le canon 613 §. 1 d'après le canon 4. Enfin *in offensis*, les droits acquis ne sont pas compris dans le terme privilège.

par des *actes particuliers*, la clause dérogoratoire aux privilèges n'atteint pas ceux qui sont acquis par prescription : ceux-ci ne sont privilège que *in favorabilibus*. Nous ne pouvons pas nous étendre ici sur la notion complexe des droits acquis, en vue de déterminer l'effet d'une clause qui y déroge. Il nous suffit d'avoir établi le principe général : pour qu'il y ait dérogation à un privilège acquis par prescription, il faut qu'il y ait dérogation au droit acquis lui-même.

§ 6. — LE PRIVILÈGE « CONTRA IUS » ET LA DISPENSE

Nous parlons ici de la différence entre le privilège *contra ius* et la dispense, parce que, à notre avis, celle-ci ne peut être déterminée exactement, que si l'on tient compte de la notion du privilège, *lex privata* : elle résulte, en effet, de la comparaison de la notion de dispense avec la notion du privilège, considéré comme règle spéciale de droit objectif.

I. Comme nous l'avons déjà dit, Gratien ne distinguait pas la dispense et le privilège. Il suivait en cela une doctrine déjà ancienne à son époque, qui n'était pas encore complètement abandonnée au temps de Suarez : « *Dicunt alii, dispensationem esse quoddam privilegium, solumque differre a privilegio in communi tanquam species a genere, a privilegio autem quod est contra ius, non differre* » (1). Cette opinion est entièrement abandonnée, comme aussi celle qui place la différence dans le fait que le privilège s'accorde sans cause, la dispense pour une cause raisonnable (2). Il est établi aujourd'hui que ni l'un ni l'autre ne s'accordent sans

(1) SUAREZ, *Tractatus de legibus*, L. VIII. cap. 2, n. 10. — (2) SUAREZ, l. c. — On attribue souvent cette doctrine, à SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, Lugduni, 1637, Pars III, Lib. VIII. Disputatio 1, n. 1 et, à de IUSTIS, *De dispensationibus matrimonialibus*, Lucae, 1691, Lib. I, cap. 1, n. 20. Sanchez ne parle que du privilège *praeter ius*, nullement du privilège *contra ius*; de IUSTIS semble admettre cette doctrine, toutefois il renvoie à Sanchez.

un motif légitime, et que le privilège *contra ius* demande, *caeteris paribus*, une cause plus grave que la simple dispense.

II. D'après la doctrine communément reçue aujourd'hui, c'est la permanence, la plus grande stabilité, qui distingue les deux espèces de faveurs. La doctrine de Suarez a été presque unanimement adoptée : « *Solum illa dispensatio poterit privilegium appellari, quae per modum legis privatae conceditur ad operandum ORDINARIE et STABILITER contra aliquod ius commune, utendo privato iure per talem concessionem constituto, et tale privilegium dici potest quasi PERMANENS dispensatio* » (1). Une dispense pour un acte déterminé ne peut être un privilège, « *quia non est lex privata : non enim per modum legis stabilitur, cum nullo modo ius PERMANENS constituat* » (2). Si l'on excepte un petit nombre d'auteurs (3), on retrouve la même théorie chez les canonistes et les moralistes. Pour ne citer que quelques exemples, Pirhing, Reiffenstuel et Schmalzgrueber reprennent la doctrine de Suarez (4), et parmi les contemporains, il en est de même de Philipps, Ballerini-Palmieri, Bouquillon, Wernz, d'Annibale (5) et d'autres.

Nous ne voulons pas contester une solution si communément admise : la permanence ou la stabilité est un caractère propre

(1) SUAREZ, *Tractatus de legibus*, L. VIII, cap. 2, n. 10. — (2) SUAREZ l. c. — (3) SCHULTE, *Das katholische Kirchenrecht*, I, p. 141 ; P. HINSCHLUS, *System des katholischen Kirchenrechts*, III, pp. 789-792 ; BRANDHÜBER VON ETSCHFELD, *Dispensation und Dispensationsrecht*, Leipzig, 1888, pp. 9-11 ; A. VERMEERSCH et I. CREUSEN, *Epitome Iuris canonici*, I, Mechliniae, 1921, n. 136 ; GENICOT, *Instit. theol. mor.* ed. 7 seqq. I, Bruxellis, 1911 seqq. n. 144, 145. — (4) PIRHING, *Ius canonicum*, Dilingae, 1720, L. V, titulo 33, n. 5 ; REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, L. I, titulo 3, n. 30 ; SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, L. V, titulo 33, n. 5. — (5) PHILIPPS, *Kirchenrecht*, Regensburg, 1854, t. V, p. 105 ; BALLERINI-PALMIERI, *Opus theologicum morale*, I, Prati, 1889, Tractatus III, n. 268 ; BOUQUILLON, *Theologia moralis fundamentalis*, De lege ecclesiastica, Brugis, 1890, n. 163 ; WERNZ, *Ius Decretalium*, I, n. 119 ; D'ANNIBALE, *Summula theologiae moralis*, I, n. 280.

du privilège, et elle fait généralement défaut dans la dispense. Mais nous voudrions en rechercher la cause et préciser ainsi la différence.

III. La règle traditionnelle, on ne fera pas difficulté de le reconnaître, est fort *imprécise*. D'après quel principe décidera-t-on que la stabilité et la permanence est suffisante, si on n'a d'autre règle que la durée? De plus, ce qui de l'avis de tous est une dispense, peut présenter plus de stabilité qu'un privilège : d'une part, celui-ci peut être accordé *ad tempus*, et il vient à cesser, lorsque, par suite des circonstances, *iudicio Superioris*, il devient nuisible (can. 77); d'autre part, une dispense peut être accordée pour une cause perpétuelle de sa nature, telle une dispense dans l'abstinence à raison d'une maladie incurable; elle peut même être accordée valablement sans cause par le législateur lui-même et par conséquent être perpétuelle : il n'est pas illicite d'user de pareille dispense accordée sciemment. « *Cum sint privilegia etiam temporanea, écrit le P. Maroto, et e converso nonnullae dispensationes habeant characterem permanentem, immo et perpetuum, aliquando erit difficile statuere an concessa fuerit dispensatio, an privilegium contra ius, et forsan indifferenter appellabitur uno vel alio nomine*(1). »

Et cependant il importe de trancher la question : si l'acte dont parle le P. Maroto est une dispense, en vertu du canon 86, il perd son effet, *certa et totali cessatione causae motivae*; s'il est un privilège, il conservera son efficacité. Il faut donc déterminer s'il est l'un ou l'autre. Si un prêtre *caecutiens* obtient un privilège pour la célébration de la messe, il conservera ses prérogatives même si son infirmité vient à cesser; il les perdra, s'il n'a obtenu qu'une dispense.

IV. S'il nous est permis de dire notre avis, la différence entre la dispense et le privilège *contra ius* ressort de leur

(1) **FR. MAROTO**, *Institutiones iuris canonici*, I, Matriti, 1919, n. 292, B.

définition même. D'après le Code, la dispense est *legis in casu speciali relaxatio* (can. 80). Son effet est purement négatif : la loi subsiste *in actu primo*, même pour le dispensé, et elle l'obligerait *in actu secundo*, si l'autorité compétente ne le déliait de son obligation. Il en est autrement du privilège. Celui-ci est une *lex privata*, il crée une règle de droit nouvelle, qui est substituée au droit commun. Ce droit objectif nouveau existe, même si le privilège est simplement négatif, c'est-à-dire s'il se borne à exempter quelqu'un de la loi, sans lui accorder une prérogative positive. Voilà la différence fondamentale. Or, une règle de droit objectif présente un caractère de stabilité plus grande que la dispense et cette stabilité, consacrée par les canons 70 et 86, est l'effet de l'existence d'un droit nouveau.

V. Cette doctrine ne s'éloigne pas si fort de la doctrine traditionnelle. En effet, Suarez et beaucoup d'auteurs insistent sur le fait que le privilège est donné *per modum legis privatae* et y voient la raison de sa permanence. Nous l'avons déjà fait remarquer, plusieurs auteurs, lorsqu'ils définissent le privilège supposent l'existence d'un droit objectif nouveau; cette même supposition se retrouve, d'une manière vague, il est vrai, lorsqu'ils déterminent le sens des termes : *lex privata*.

VI. On nous objectera peut-être que le privilège acquis par prescription ne crée pas une règle de droit nouvelle, que par conséquent, pour ce privilège tout au moins, la règle est sans application. Nous répondons d'abord que jamais une dispense⁽¹⁾ ne peut s'acquérir par prescription : en effet, la dispense suppose que la loi est obligatoire, *hic et nunc*, même pour le dispensé, à moins que le législateur ne vienne enlever l'obligation. Or, l'effet de la prescription est précisément de supprimer *in actu secundo* l'obligation elle-même de la loi,

(1) Il s'agit de la dispense elle-même, nullement du pouvoir de dispenser : celui-ci peut évidemment s'acquérir par prescription.

de supprimer la nécessité d'une dispense. Nous répondons ensuite que la prescription produit le même effet que le privilège proprement dit. Il n'y a de différence que dans le droit objectif sur lequel la prérogative est basée : dans les autres privilèges, c'est une *lex privata*, dans le privilège acquis par prescription, c'est le principe de droit commun : la prescription est un moyen d'acquérir des prérogatives semblables à celles du privilège.

A. VAN HOVE,

professeur à l'Université de Louvain.