

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	71 (1952)
Artikel:	La notion de justice sociale et son influence sur le droit suisse
Autor:	Du Pasquier, Claude
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-895731

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 29.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Claude du Pasquier

LA NOTION DE JUSTICE SOCIALE
ET SON INFLUENCE SUR LE DROIT SUISSE

La justice sociale, die soziale Gerechtigkeit, la giustizia sociale! Elle s'épanche dans la prose des journaux. Les discussions politiques s'en abreuvent. Mais qu'est-ce exactement? En quoi se distingue-t-elle de la justice tout court? Quelle est la portée de cette épithète: «sociale»? — On n'en a, en général, que des lueurs assez vagues, qu'estompent souvent les brumes de l'idéologie.

Je voudrais essayer d'éclaircir cette notion, non pas en philosophie pure, mais par une confrontation entre elle et les secteurs du droit suisse qui lui sont apparentés. Il vaut la peine de tenter cet effort pour pouvoir penser notre droit avec plus de précision et de rigueur.*

Dans son sens classique et étymologique, le mot «social» est tout simplement l'adjectif qui correspond au substantif «société», ce dernier terme s'appliquant soit à *la* société en général, soit à *une* société, c'est-à-dire un groupement organisé. Ainsi lorsqu'on parle de «rapports sociaux», celà ne signifie pas autre chose que «rapports de société». De même, l'art. 74 CC, par exemple, appelle «but social» le but que poursuit une association. Si on se limite à ce sens-là, «justice sociale» est une tautologie, car la justice concerne toujours les relations interhumaines, elle suppose toujours la présence simultanée de deux êtres au moins; elle est donc sociale par essence.

Dans le langage contemporain toutefois, on emploie souvent le mot «social» dans un sens plus particulier, par exemple lorsqu'on parle des œuvres sociales, de la politique sociale, de la

* Retenu loin de toute bibliothèque par des circonstances personnelles, M. Du Pasquier n'a pas pu élaborer comme il l'aurait souhaité une étude solidement documentée. Il a dû se borner à des considérations générales fondées sur des faits classés dans sa mémoire, sur des notes destinées à ses cours et sur les quelques textes de législation ou de doctrine dont il a pu disposer. Il s'en excuse auprès du lecteur (*Note de la Rédaction*).

législation sociale. On pense alors à un but d'aide ou de protection en faveur des personnes dont la situation économique, la santé, l'éducation, etc., sont compromises. Telle est aussi la portée de l'expression «la justice sociale»: il s'agit de la justice qui s'intéresse spécialement au sort des humbles et des «travailleurs»¹. C'est pourquoi l'Organisation internationale du travail a intitulé sa publication jubilaire: «Trente ans de justice sociale».

Ceci, bien entendu, n'est qu'une première approximation. Pour creuser davantage, il faut, avant tout, rappeler ce qu'on entend par «la justice»; sinon, toute notre étude serait bâtie en l'air.

I. BASES THÉORIQUES

1. La justice

Elle représente une idée inséparable de toute conscience morale et de toute société. Elle constitue un idéal présent dans tous les esprits. Aux yeux de chacun, elle doit présider tant à l'élaboration qu'à l'application des lois. A part quelques sceptiques désabusés qui n'ont pas l'audience de la foule, personne n'ose prétendre que ce soit un mot vide de sens, une outre dans laquelle chacun verse le vin qui lui plaît.

S'il est vrai que l'homme de la rue, qui «ressent» la justice et l'injustice, se trouverait fort embarrassé de devoir en préciser la substance, en revanche, des penseurs innombrables se sont efforcés de ramener la justice, sinon à une idée unique, du moins à quelques critères fondamentaux qu'ils ont entrepris d'harmoniser. Cet immense apport doctrinal a fini par constituer une tradition qui s'est fortement implantée dans notre civilisation. Sans doute discute-t-on toujours entre ceux qui placent la justice sur le socle de l'absolu et ceux qui la ramènent au relatif, c'est-à-dire aux conceptions variables d'une collectivité. Mais n'est-il pas frap-

¹ Certains philosophes et théologiens entendent par justice sociale ce que ST-TOMAS D'AQUIN appelait justice légale, soit cette branche de la justice qui, réglant les relations des individus et de l'Etat, s'ordonne au bien commun. Je ne m'occuperai pas ici de cette acception.

pant de voir un juriste comme Duguit, qui se réclame du positivisme philosophique et du sociologisme, reprendre, au sujet de la justice, les idées d'un Aristote ou d'un St-Thomas d'Aquin?

C'est cette tradition qu'il me faut résumer brièvement. Elle remonte à Aristote et s'exprime dans l'ouvrage, désormais classique et traduit en plusieurs langues, de GIORGIO DEL VECCHIO, «La Giustizia», dont la quatrième édition italienne révisée (1951) présente une véritable encyclopédie de la théorie de justice. En Suisse, on la retrouve, avec des nuances diverses, chez EUGÈNE HUBER², HANS NEF³ et le théologien EMILE BRUNNER⁴.

La justice réside évidemment dans une correcte application du droit positif, sans acception de personnes; c'est la justice formelle, qui, dans les sociétés modernes, équivaut à la légalité. Mais on comprend aussi et surtout la justice dans un sens plus large (sens matériel), comme un ensemble de normes régulatrices devant lesquelles le législateur doit s'incliner et qui fournissent un critère pour apprécier la législation. Que sont donc ces normes?

Il est généralement admis qu'elles concernent les devoirs réciproques dans la vie sociale, qu'elles entendent modeler les relations entre plusieurs sujets en assurant à chacun le respect de ses droits (*cuique suum*) et en obligeant chacun à exécuter ses engagements. Mais ceci n'est encore qu'un cadre. La clé de la notion de justice est fournie par le principe d'égalité: égalité des hommes entre eux, égalité des contractants autonomes, égalité des prestations dans les échanges d'objets et de services, égalité du dommage causé sans droit et de la réparation.

Toutefois la justice n'exige pas un alignement rigoureux de chacun sur autrui: elle fait aussi la part du mérite, ainsi que celle des ressources et des charges. A chacun selon ses efforts, selon son travail. Chacun aussi est responsable de ses défaillances et en supporte les conséquences. Ici ce n'est plus l'égalité qui règne, mais la proportion. Il y a donc des domaines où la justice veut

² Recht und Rechtsverwirklichung, 1920.

³ Gleichheit und Gerechtigkeit, 1941.

⁴ Gerechtigkeit, 1943.

l'inégalité, mais une inégalité déterminée par une mesure constante. A délits inégaux, par exemple, peines inégales proportionnées à la culpabilité.

Ces deux principes — égalité et proportion — sont, selon la doctrine classique, la base des deux aspects de la justice: la justice commutative (*ausgleichende Gerechtigkeit*) et la justice distributive (*austeilende Gerechtigkeit*)⁵. La difficulté, dans le raisonnement qui doit conduire aux solutions concrètes, est de déterminer laquelle des deux doit l'emporter. Pour le droit positif, c'est le législateur qui en décide: il proclame l'égalité devant la loi, celle des électeurs, celle des héritiers de même rang, celle des membres d'une société coopérative. Mais il institue aussi la proportionnalité de la sanction pénale, voire civile, comme aussi celle de l'impôt ou de la représentation des partis, — sans parler des facteurs qui servent à calculer les subventions fédérales. *De lege ferenda*, le choix est parfois délicat; à cette croisée des chemins, la notion de justice ne place pas elle-même les flèches de direction. Il faut alors se décider par des considérations qui lui sont extérieures, inspirées par la conception subjective que l'on se fait de l'homme et du monde⁶; ainsi le choix sera influencé par la mesure dans laquelle on incline soit vers l'individualisme, soit vers le socialisme. Si on fonde l'égalité essentielle des hommes sur leur égalité devant Dieu, dont ils sont les créatures, on reconnaîtra une présomption d'égalité; en d'autres termes, on assignera à l'égalité la position primaire, à la proportionnalité la position secondaire; on ne renoncera au principe d'égalité que s'il y a des motifs déterminants en faveur de la proportionnalité⁷.

En définitive, quelle est la part du rationnel et quelle est celle de l'irrationnel dans la justice? — Le point de départ — la valeur de l'homme — ne se démontre pas: elle est d'essence intuitive ou, si l'on veut, métaphysique, voire religieuse. Mais ensuite les exigences de la justice se construisent selon quelques normes

⁵ LALANDE, Vocabulaire de la philosophie, au mot «commutative».

⁶ NEF, op. cit. § 12.

⁷ ROBERT BRINER, Zur Funktion der Gleichheit in der menschlichen Gerechtigkeit, diss. Zurich 1948, p. 31s.

fondamentales⁸, mettant en œuvre le concept d'égalité et celui d'une proportionnalité réglée par une échelle constante. La justice ne peut donc se passer de la logique⁹ et on ne saurait admettre avec WALTER BURCKHARDT qu'elle se ramène à un jugement irrationnel. Il ne faut pas se dissimuler toutefois que, à l'intérieur de la notion même de justice, plusieurs critères de mesure entrent parfois en concours et qu'il faut alors, par une appréciation subjective, soit opter pour l'un d'eux, soit les combiner en une solution intermédiaire et équilibrée: ceci explique que ces solutions soient souvent sujettes à discussion suivant qu'on place l'accent sur l'un ou l'autre des critères. En matière d'actes illicites, par exemple, l'auteur est tenu de réparer le dommage; la juste mesure de la solution est donc l'importance du dommage; cependant la gravité de la faute doit être prise en considération (CO 43): alors l'ampleur du dommage n'est plus que partiellement celle de la réparation. De même, la justice exige la fidélité au contrat; mais si, par suite de circonstances imprévues et imprévisibles, la prestation de l'une des parties est devenue beaucoup plus onéreuse et ne balance plus celle de l'autre partie, le maintien intégral du contrat peut faire figure d'injustice: c'est le problème de l'imprévision.

2. L'équité

La notion d'équité, elle aussi, si fluctuante qu'elle puisse paraître, fait l'objet d'une doctrine devenue classique. Laissant de côté l'étymologie latine (*aequitas*) qui ramènerait à l'égalité, on considère généralement l'équité, dans le sillage d'Aristote, comme un assouplissement de la justice par une adaptation au cas particulier. Là où la justice, avec ses principes abstraits et son armature logique, conduit à une solution rigide qui heurte les sentiments humains du juge, l'équité le libère de cet impératif inexorable pour lui permettre d'adoucir l'issue du procès. Le législateur suisse, on le sait, a réservé une marge considérable à l'équité du juge (comp. CC art. 4).

8 DEL VECCHIO, op. cit., XI.

9 EUGÈNE HUBER, op. cit. p. 56s.

«Tenir compte des circonstances», c'est vite dit. Mais dans quel sens et dans quelle mesure? Quelles circonstances l'équité prend-elle en considération et desquelles se détourne-t-elle? — Dresser un tableau exhaustif est impossible, vu la variété et la complexité des cas. D'une manière générale, l'équité pourra s'abreuver aux mêmes sources que la justice (idée d'égalité, différenciation morale, etc.), mais en individualisant son examen, c'est-à-dire en considérant *dans son ensemble* le sort de chacune des parties, l'importance respective des intérêts en cause, envisageant ainsi des circonstances particulières auxquelles la stricte justice ne reconnaît pas de portée.

Parmi ces circonstances, il en est une qui joue un rôle très important et très fréquent: c'est la situation économique des parties. Ainsi lorsqu'une personne incapable de discernement a causé un dommage, en stricte justice elle ne peut être condamnée à le réparer puisqu'elle n'a pas commis de faute; cependant l'équité peut «l'exiger», sans doute lorsque l'auteur du dommage est dans l'aisance (CO 54). D'autre part, si une faute légère a causé à autrui un préjudice dont la réparation «exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement réduire les dommages-intérêts» (CO 44/2); c'est l'inverse du cas précédent. Cette tendance à adapter le montant d'une astiction pécuniaire aux ressources soit de l'une, soit de l'autre des parties, apparaît fréquemment: elle est tout à fait naturelle en droit de famille où, en cas de divorce, la pension alimentaire attribuée à l'un des conjoints ou aux enfants se modèle sur «les facultés» du débiteur (CC 152 et 156/2); l'art. 246 CC exprime la même idée en obligeant la femme séparée de biens à contribuer «dans une mesure équitable» aux charges du mariage. Mais voici une terminologie qui nous rapproche de notre sujet: lorsqu'une action en paternité est accueillie, «le juge alloue à l'enfant une pension alimentaire qu'il règle en considération de la *position sociale* du père et de la mère», ce qui doit «représenter une contribution *équitable*» (CC 319). Lorsqu'un contrat d'entretien viager a été conclu, le créancier vit dans le ménage du débiteur; celui-ci lui doit les prestations que la valeur des biens reçus et

la *condition sociale* antérieure du créancier permettent *équitablement* d'exiger (CO 524).

D'autre part, il arrive aussi que la loi, au lieu de s'en remettre au juge pour déterminer la solution d'équité, la fixe elle-même, intervenant en faveur du débiteur dont la situation est difficile: en cas de lésion par la conclusion d'un contrat, le fait que «la gêne» de la partie lésée a été exploitée confère à celle-ci le droit de résilier (CO 21); l'employeur ne peut pas compenser sa créance contre l'employé avec le salaire indispensable à l'entretien de ce dernier et de sa famille (CO 125/2 et 340). Et je ne mentionne que pour mémoire les différents freins apportés par la LP aux rigueurs de la poursuite¹⁰.

3. La justice sociale

Admettons maintenant que le législateur, sans viser expressément l'impécuniosité d'une partie, prenne en considération certaines situations où il présume que l'une des parties se trouve dans une position économique serrée, peut-être aussi dans une position subordonnée: il estime qu'alors l'équilibre des parties, basé sur l'autonomie de la volonté et développé selon les règles de la justice, est rompu dans la réalité quotidienne; il veut protéger la partie la plus faible, non pas simplement par une faculté laissée au juge d'adoucir la stricte justice selon les circonstances de l'espèce, mais par une règle juridique émise d'autorité. Ou encore il intervient d'office par des mesures favorables à une catégorie de sujets de droit dont la «position sociale» est précaire. Se détournant de la justice abstraite parce qu'elle conduit à un résultat qui heurte son sens de l'équité, il tient compte des circonstances réelles qui accompagnent généralement la situation juridique envisagée. L'assouplissement équitable de la justice rationnelle ne se fait plus selon les individualités des justiciables, mais selon le milieu social auquel appartiennent — généralement, je le répète — les sujets de droit que la loi couvre de son aile: salariés, chômeurs, locataires,

¹⁰ EUGÈNE HUBER indique précisément le privilège du «strict nécessaire» à l'égard de l'exécution forcée comme exemple d'équité (op. cit. p. 59).

paysans de la montagne, malades besogneux, familles nombreuses, etc.

Comme c'est, le plus souvent, aux gagne-petit que profitent ces interventions, des sentiments imprégnés de charité font irruption dans l'abstraction de la justice traditionnelle. C'est le fruit de ce croisement qu'on appelle la justice sociale¹¹.

II. PROSPECTION DU DROIT POSITIF

Dans notre recherche, deux méthodes s'offrent et s'opposent. Nous pourrions, en pure doctrine, poser une définition de la justice sociale, puis parcourir nos lois afin d'en suivre les traces. Mais nous pouvons aussi, partant des notations approximatives qui précèdent, dresser un tableau sommaire des domaines juridiques où se manifeste cette idée, afin de vérifier dans la positivité sa signification et sa portée. Cette dernière méthode — appelons-la inductive, si l'on veut — me paraît plus féconde, parce que plus proche des réalités. Je l'adopte, tout en spécifiant qu'il ne saurait s'agir ici d'un relevé complet, mais seulement d'une exploration.

Il ne sera peut-être pas toujours possible de discerner du premier coup d'œil si c'est bien la justice sociale qui a inspiré telle ou telle disposition ou institution légale. Souvent nous serons en présence de cas-limites et il faudra alors examiner si elle y joue vraiment un rôle. Cette discrimination me paraît constituer un des buts les plus intéressants de notre investigation.

1. Le domaine contractuel

A. Limitation de la liberté des conventions. Les règles de droit strict (CO 19) émises par le législateur se fondent sur les raisons les plus variées. Il en est un certain nombre qui conduisent en sens unique, si l'on peut dire, parce qu'elles protègent un seul

¹¹ Dans le même sens, DEL VECCHIO, op. cit. p. 40-41 et 123. Le philosophe AFRICAN SPIR, qui a vécu longtemps à Genève, est l'auteur d'un ouvrage intitulé «La Justice sociale», mais par là il entend la justice dans la société et n'établit pas de distinction entre la justice proprement dite et la justice sociale.

des contractants : il s'agit de situations où l'on peut craindre que la volonté de l'un ne domine la volonté de l'autre parce que celui-ci se trouve dans une position sociale inférieure. Le législateur se méfie de certaines clauses abusives que pourrait obtenir le contractant qui domine : il les interdit et les annule. Même, passant du négatif au positif, il impose d'office certaines obligations à la partie réputée la plus forte. Il entend ainsi établir entre les parties un équilibre qui serait compromis sans cette précaution. De semblables règles ne se trouvent pas seulement dans les lois dites sociales, mais déjà dans le CO ou dans une loi civile comme la loi sur le contrat d'assurance.

Ces situations se présentent tout d'abord dans les *rapports de service*. Les art. 100/2 et 101/3 CO permettent d'annuler certaines exonérations conventionnelles si elles ont été stipulées au bénéfice de l'employeur. La prohibition de concurrence acceptée par l'employé pour les temps qui suivront la fin du contrat de travail n'est valable que sous des conditions fort restrictives (CO 357). Dans le droit du travail, les dispositions de cette nature abondent, ne serait-ce que la limitation des heures de travail, l'interdiction de faire travailler des femmes et des jeunes gens dans les fabriques en dehors des prescriptions légales. L'ouvrier est également protégé contre les amendes excessives que pourrait prévoir le règlement de fabrique (loi fédérale sur le travail dans les fabriques = LTF art. 13).

La loi impose aussi aux employeurs des obligations déterminées et inéluctables ; il peut y être dérogé en faveur des employés, mais non pas à leur détriment. Ainsi elle fixe les époques de paie (CO 333, 334; LTF 25; LF sur le travail à domicile 8), les jours de repos (CO 341; LF sur le repos hebdomadaire), les mesures de protection et d'hygiène (CO 339; LTF 5).

Pour le travail à domicile, la loi va jusqu'à prévoir, faute d'entente contractuelle, la fixation d'office des salaires par le Conseil fédéral (art. 12).

Les délais de résiliation du contrat de travail sont en général symétriques, c'est-à-dire les mêmes pour chaque partie, selon le principe de justice. Le CO ne rompt cette égalité que s'il s'agit

d'un contrat de travail conclu pour la vie d'une partie ou pour plus de dix ans: seul l'employé peut résilier au bout de dix années (art. 351). Le droit du travail (LTF 21) proclame aussi l'égalité des délais de congé, mais ici, lorsque l'une des parties a résilié au mépris de la loi ou des conventions, le fabricant responsable est tenu de payer six jours de salaire, l'ouvrier responsable n'en doit que trois (LTF 26).

Entre bailleur et locataire ou fermier, le délai légal de résiliation pour non-paiement du loyer ou fermage ne peut être abrégé (CO 265/3, 293/3). Au cours de la deuxième guerre mondiale, la pénurie de logements a renversé l'équilibre qui régnait auparavant entre l'offre et la demande d'appartements; l'application du droit ordinaire eût placé les locataires sous la puissance des propriétaires. L'égalité du droit de donner congé a été remplacée par des prolongations forcées en faveur des locataires sous le régime des ACF de 1941, 1944 et 1946.

L'assuré, face aux *compagnies d'assurance*, fait souvent figure de pot de terre devant le pot de fer. Aussi les auteurs de la loi de 1908 sur le contrat d'assurance ont-ils multiplié les garanties qui déterminent impérativement un certain nombre de relations et ne permettent de les modifier qu'au seul profit du preneur d'assurance (LCA 98; Message du Conseil fédéral: FF 1904 I p. 275, 286/287, 309).

B. Droits spéciaux attribués à l'un des contractants. Le législateur a veillé aux intérêts particuliers d'une des parties dans certaines situations contractuelles et lui a conféré des droits adéquats. Ainsi il a attribué un droit direct contre l'assureur à l'employé sinistré lorsque l'employeur est assuré contre les suites de la responsabilité civile et que l'employé a contribué au moins pour la moitié au paiement des primes (CO 113).

Lorsqu'une société anonyme ou une société coopérative a créé un fonds de bienfaisance, les biens qui y sont affectés doivent être distraints des biens de la société et convertis en une fondation (CO 673/2 et 862/2). Ces dispositions peuvent être ramenées à une idée de justice sociale en ce sens qu'elles imposent à la société créatrice une distraction de biens pour garantir à son

personnel la réalisation du but social qu'elle a elle-même proposé. En revanche, l'alinéa 4 de ces deux mêmes articles, en prévoyant la restitution de leurs versements aux employés qui quittent l'entreprise, n'est qu'une mesure de justice pure et simple.

Et voici, dans un tout autre domaine, une intervention unilatérale du CO en faveur du fermier d'un bien rural: s'il est survenu un accident ou une calamité extraordinaire qui ait notablement diminué le rendement, le fermier peut exiger une réduction proportionnelle, ce qui est contraire à l'invariabilité du fermage fixé par le bail et met à la charge du bailleur une partie des risques de l'exploitation.

C. La question des contrats collectifs de travail. Le but de ces contrats est de mettre de l'ordre dans les rapports entre patrons et ouvriers, un ordre établi non par le législateur, mais par l'entente des groupements professionnels intéressés. Ils doivent «favoriser la paix du travail» (Const. féd. 34ter, litt. c).

Il se peut qu'ainsi ils tendent à la justice sociale, c'est-à-dire à des garanties en faveur des employés contre une pression des employeurs, mais ce n'en est pas une conséquence nécessaire. A nos yeux, le contrat collectif de travail est plutôt un instrument nouveau de la technique juridique, qui transporte sur le terrain collectif la notion des liens contractuels; les interlocuteurs ne sont plus un ouvrier isolé et un puissant employeur; les intérêts de l'ouvrier sont entre les mains d'un groupement qui représente une force. Les pourparlers se déroulent donc sur un pied d'égalité sans que la loi vienne au secours ni de l'un, ni de l'autre.

2. Responsabilité causale et théorie du risque

Si nous envisageons les accidents du travail et le régime légal antérieur à la LAMA, c'est-à-dire celui de la loi de 1881 sur la responsabilité civile des fabricants, nous n'hésiterons pas à fonder celle-ci sur la justice sociale. Les fabricants, dirons-nous, utilisent à leur profit un outillage et des procédés de fabrication qui multiplient les risques d'accidents du travail; il est donc juste que ce risque, qu'ils ont créé, soit à leur charge lorsqu'un

ouvrier en est victime sans sa faute. Au surplus, pour supporter le dommage résultant de l'accident fortuit, les chefs d'industrie ont les reins plus solides que leurs ouvriers; voilà pourquoi il faut faire peser sur les fabricants une responsabilité causale à l'égard des ouvriers de leurs usines, quand bien même la responsabilité des autres employeurs reste soumise au principe de la responsabilité pour faute. Ce raisonnement se tient.

Songeons maintenant à la responsabilité causale des chemins de fer. Elle se justifie également par la théorie du risque; elle est donc fondée en justice. Mais elle n'établit pas une discrimination au profit d'une catégorie sociale économiquement faible. Le voyageur millionnaire est exposé au même risque que le titulaire d'un abonnement d'ouvrier.

Et que dirons-nous de la responsabilité causale des détenteurs de véhicules à moteur? La théorie du risque reste convaincante. Mais considérerons-nous «les écrasés» comme une catégorie spéciale au profit de laquelle le législateur renchérit sur les règles ordinaires de la responsabilité délictuelle? On peut hésiter, car les drames de la route fauchent aveuglément leurs victimes dans tous les rangs de la société.

De ces trois sondages, nous pouvons conclure, je crois, que la théorie du risque s'inspire d'un principe de justice basé sur l'égalité, sur un équilibre entre les charges et les bénéfices du risque que l'on a instauré. La justice sociale n'est pas en cause. Si toutefois à ce fondement se superpose une intervention du législateur en faveur de victimes appartenant à un milieu social modeste, l'institution se colore de justice sociale. D'ailleurs, maintenant que l'assurance obligatoire contre les accidents organisée par la LAMA a remplacé la responsabilité civile des fabricants — transformation juridique d'une même idée motrice, — personne ne saurait contester ses liens étroits avec la justice sociale.

3. Les assurances sociales

Ici des distinctions s'imposent. Le caractère obligatoire d'une assurance est étranger à la justice. Sans doute, si on impose une assurance, c'est dans l'intérêt bien compris des couches de la

population les plus exposées au risque qu'il s'agit de couvrir; mais cette contrainte tend simplement à la prévoyance, que l'Etat pratique pour tout ou partie de ses administrés. Or prévoyance et justice sont deux notions différentes.

En revanche, si une assurance ne mesure pas les prestations de l'assureur selon les cotisations de l'assuré, mais établit une compensation au profit des moins fortunés, la justice dite sociale se substitue à la justice pure et simple. Notre assurance vieillesse et survivants est typique à cet égard: les assurés dont la cotisation annuelle moyenne est faible ont droit à une rente de vieillesse très supérieure à celle qu'ils devraient toucher selon des calculs actuariels normaux; ceux, au contraire, dont la cotisation annuelle moyenne est élevée voient leur rente limitée au plafond légal et reçoivent beaucoup moins que s'ils avaient versé des primes de même montant à une compagnie d'assurances privée. En matière d'assurances, la justice commutative veut l'équivalence économique de la prime et du risque dont dépend la prestation assurée, ceci selon la loi des grands nombres. En matière d'assurances sociales, on prend aux uns pour donner aux autres, afin d'équilibrer, non pas les prestations, mais les situations économiques des assurés; le Message du Conseil fédéral à l'appui de la LAVS invoquait la solidarité, avec raison sans doute; mais en poussant plus loin l'analyse, on constate que l'injustice mathématique devient la justice sociale.

Dans l'assurance-accidents obligatoire, il n'y a justice sociale que pour les accidents professionnels parce que les primes sont à la charge, non des assurés, mais des employeurs.

Pour l'assurance-chômage et l'assurance-maladie auprès des caisses reconnues, la justice sociale n'intervient que dans la mesure où l'Etat verse des subventions. Ce sont alors les deniers publics, issus des contributions de tous, qui permettent d'arrondir les indemnités versées par les caisses à leurs assurés, dont la masse appartient à des milieux peu aisés.

Et l'assurance militaire? On l'appelle assurance par tradition, mais techniquement le terme est inexact, puisque personne ne verse aucun prime. En réalité, il s'agit d'une respon-

sabilité causale de la Confédération, qui repose sur la théorie du risque, donc, comme nous l'avons vu, sur un principe de justice.

Quant au régime créé par ACF pendant la dernière guerre pour compenser les pertes de gain des militaires et qu'une loi va consolider, il a réparti sur les civils une partie des sacrifices faits par les mobilisés dans l'intérêt commun. C'est une œuvre d'égalisation et de justice. Sans doute, elle s'accomplit en faveur d'une catégorie de la population: les militaires appelés au service; mais on ne saurait dire que c'est une catégorie sociale, preuve en soit le slogan: «L'armée, c'est le peuple.»

4. Les charges de famille

Certes, des familles nombreuses se trouvent dans toutes les classes de la population, mais elles constituent un poids d'autant plus lourd que le budget familial est moins élastique. Aussi rattache-t-on souvent à la justice sociale les mesures prises en faveur de ceux qui ont des charges de famille. En effet, que les uns aient à entretenir et à élever de futurs membres de la société et que d'autres n'en aient cure, c'est une inégalité. Atténuer quelque peu cette inégalité semble pour la société un devoir de justice sociale.

Ainsi la loi d'assurance militaire et la récente loi sur l'assurance-chômage graduent les prestations de l'assuré selon les charges de famille: inégalité entre les assurés en faveur de l'égalité sur le plan social des obligations d'entretien.

De même, plusieurs cantons ont créé des caisses de compensation pour allocations familiales. Un arrêté fédéral du 20 juin 1947, renouvelé en 1949, institue aussi «des allocations de ménage et pour enfants» servies aux travailleurs agricoles et aux paysans de la montagne; les employeurs de l'agriculture alimentent le fonds en versant le 1% des salaires. L'art. 34 quinquies Const. féd. fait luire à l'horizon une généralisation de ce système.

A quoi s'ajoutent les dégrèvements fiscaux pour les familles nombreuses ou les veuves avec enfants.

5. L'assistance

Nos ancêtres auraient été bien étonnés si, au sujet de l'assistance fournie aux indigents, dès le Moyen âge, par leur commune d'origine, on leur avait parlé de justice sociale. Ce devoir de la communauté leur était imposé directement par leur convictions chrétiennes et l'Eglise les influençait dans ce sens. Il s'agissait purement et simplement de charité.

Maintenant que cette vertu s'est fragmentée en de nombreuses notions connexes (fraternité, solidarité, bienfaisance, humanité, entr'aide, etc.), il faut bien remonter à cette source commune et nous demander si la justice sociale n'en découle pas aussi.

En morale théorique, seule la justice — et non pas la charité — confère des droits. Dans notre pays, l'opinion courante pense de même. L'esprit moderne de revendication veut des attributions fermes et considère l'assistance comme un pis-aller. C'est pour parer à ce discrédit que l'art. 22 de la loi d'organisation militaire de 1907 déclare: les secours accordés aux familles des militaires en service ne doivent pas être considérés comme une assistance publique. De même, à l'égard du patronat, on répudie «le paternalisme», c'est-à-dire la sollicitude à bien plaisir.

Si donc il est vrai que le vocabulaire quotidien n'invoque guère la justice sociale à propos de l'assistance publique, il faut observer cependant que ces deux idées sont proches parentes. Parmi les droits de l'homme, on affirme souvent le droit au minimum vital: c'est précisément à le fournir que tend l'assistance publique. Bien que la technique juridique n'accorde pas aux indigents contre leur commune une action en fourniture de secours, les autorités compétentes ont cependant le devoir juridique de prêter l'assistance qu'exige la situation. L'idée s'est largement répandue d'une certaine responsabilité de la société à l'égard des victimes broyées par ses rouages; les chrétiens-sociaux parlent même du «péché social».

Ainsi donc l'assistance publique procède évidemment de la charité, mais on tend de plus en plus à lui substituer des règles légales dont les bénéficiaires sont des ayants-droit au lieu de

quémandeurs et dont on dit alors qu'elles reposent sur la justice sociale. Entre l'assistance proprement dite sous la forme classique et les assurances sociales nous trouvons donc, par une transition insensible, une série d'institutions destinées à parer aux duretés de la condition sociale. En voici quelques-unes.

La plus frappante peut-être est formulée par l'art. 330 CC: l'enfant trouvé est entretenu par la commune dans laquelle il est incorporé. D'autre part, notre législation n'a longtemps accordé des secours aux militaires blessés au service et aux proches des militaires tués que s'ils étaient dans le besoin; cette réglementation est aujourd'hui remplacée par l'assurance militaire. Les familles des soldats tombées dans le dénuement en raison du service militaire recevaient une aide que les allocations pour pertes de salaire et de gain sont en train de rendre superflues. L'assistance-chômage a précédé l'assurance-chômage. L'Etat a entrepris de grands travaux pour fournir du travail aux chômeurs, consacrant ainsi une application occasionnelle et partielle de ce qu'on a appelé «le droit au travail». Les rentes transitoires de vieillesse sont une assistance réglementée. Un arrêté fédéral du 17 octobre 1946 alloue des «prestations extraordinaires» aux Suisses de l'étranger tombés dans le dénuement sans leur faute par suite de la dernière guerre mondiale, prestations qui, dit l'art. 4, ne sont pas considérées comme une allocation d'assistance. Signalons aussi les bourses en faveur de jeunes gens doués qui n'ont pas les moyens financiers nécessaires à la poursuite de leurs études. Enfin il y a l'assistance judiciaire, sur laquelle nous reviendrons dans nos conclusions.

6. La santé publique

Personne ne conteste que la lutte contre les maladies n'appartienne à la mission de l'Etat, du moins sous l'aspect de l'hygiène publique. Ici la justice sociale n'est pas en cause. Toutefois on peut songer à l'évoquer lorsqu'il s'agit des hôpitaux, dispensaires, polycliniques, etc. C'est la charité privée qui a créé ces établissements. Plus tard, les pouvoirs publics en ont installé d'autres. Nous retombons alors dans le domaine de l'assistance

et nous pouvons renvoyer à ce que nous avons dit, soit à ce sujet, soit au sujet de l'assurance-maladie subventionnée.

7. Le poids du fisc

Nous venons de mentionner un certain nombre d'institutions qui recourent plus ou moins aux deniers publics pour allouer des subsides dont profitent essentiellement les «économiquement faibles». Il n'est pas indifférent à notre étude de considérer les principes suivant lesquels l'Etat pompe chez ses administrés les ressources qui lui sont nécessaires et dont il redistribue une partie.

La justice classique ne postule certainement pas l'égalité des contributions, mais bien la proportionnalité aux moyens financiers du contribuable. Est-ce de la justice sociale que procède l'impôt progressif? J'incline à le croire. Plus l'aisance du contribuable est large, moins un même taux d'impôt lui impose de sacrifices, car l'ampleur de ses ressources rend la saignée moins sensible. La justice sociale veut l'égalité des sacrifices et non celle des taux, d'où la progression, qui se place sur le plan des réalités économiques et non sur celui d'une répartition proportionnelle des charges.

Ce point de vue domine actuellement nos lois d'impôt direct. Il pénètre même dans le domaine des impôts indirects, puisque sont exonérés les objets de première nécessité et frappés lourdement les objets de luxe, ce que prescrivait déjà pour les douanes l'art. 29, litt. b et c, de la Constitution fédérale.

Si le principe n'est plus guère contesté, il n'en est pas de même des applications qui en ont été faites. En constatant le tribut qui est exigé des petites fortunes et le sort pénible imposé par le fisc aux personnes âgées qui doivent vivre de leurs économies, d'aucuns ont attiré l'attention sur ce qui pourrait bien être une «injustice sociale» en ce sens que la loi fait subir à une catégorie sociale au pécule étroit un poids relativement plus lourd qu'aux autres contribuables.

D'autre part, en accentuant à l'extrême la fiscalité progressive et les dégrèvements de base, on fait supporter par un petit nombre de contribuables l'essentiel des dépenses publiques. On

peut se demander si, lorsqu'elle dépasse certaines limites, la justice dite sociale ne fait pas à la justice pure et simple une violence contraire à l'équité même.

8. Solidarité et justice sociale

Dans notre «Wohlfahrtsstaat», la sollicitude de la Confédération est infinie. Le nouvel art. 31 bis Const. féd. lui assigne les directions les plus variées, dans lesquelles nos gouvernants s'étaient d'ailleurs déjà lancés sans attendre les textes de 1947. Lorsque la Confédération tend une main secourable à des branches économiques «menacées dans leur existence», lorsqu'elle protège la population paysanne ou «des régions dont l'économie est menacée», est-ce la justice sociale qui la guide?

En règle générale, non. Il se peut, sans doute, que son intervention doive sauvegarder une activité économique dont la disparition aurait pour effet un chômage massif. Mais ceci n'est qu'un aspect du but essentiel que le début du troisième alinéa de cet art. 31 bis énonce formellement: l'intérêt général. Il faut se garder de mettre la justice sociale «à toutes sauces», si on me permet cette expression familiale. C'est une notion qui correspond à un postulat moral bien caractérisé, mais qu'il ne faudrait pas dissoudre par une généralisation excessive.

Sans doute, les idées de justice sociale et de solidarité coïncident parfois, nous l'avons remarqué à propos de l'AVS, puis de l'assistance. Mais la solidarité couvre une étendue beaucoup plus vaste. Si donc diverses lois fédérales ont institué des concordats spéciaux particulièrement favorables aux hôteliers ou aux bodeurs insolvables, ce n'est pas en vertu de la justice sociale, mais tout simplement parce qu'on a trouvé légitime, au nom de la solidarité, d'arracher quelques plumes à leurs créanciers afin que ces débiteurs puissent maintenir une activité utile à l'économie nationale. Ceci est plus vrai encore lorsque les sacrifices sont faits non plus par des particuliers, mais par l'Etat: sinon il faudrait rattacher à la justice sociale les innombrables subventions que distribue la Confédération. Cependant il faut reconnaître qu'il y a certains cas-limites auxquels il semble bien que la justice

sociale participe, par exemple le concordat des agriculteurs endettés; je croyais pouvoir mentionner aussi les mesures prises par la Confédération pour soutenir les maîtres de ski et les guides de montagne, mais le récent message du Conseil fédéral sur cet objet me détrompe: on vise plutôt le développement du tourisme et les besoins de l'armée.^{11 bis}

Il ne faut pas davantage assimiler la justice sociale au concept de «protection», dont notre vocabulaire législatif et judiciaire fait un si large emploi. En principe, la loi «protège» chacun de nous; parmi les buts de la Confédération, l'art. 2 de la Constitution énonce: «protéger la liberté et les droits des confédérés». Plus spécialement, l'agriculture est protégée contre la concurrence étrangère, les organisations horlogères contre les dissidents. Le CO protège le locataire contre le bailleur, mais aussi le bailleur contre le locataire. La justice sociale n'apparaît que lorsqu'une protection particulière vise à compenser soit l'infériorité sociale de certains éléments de la population, soit les infortunes qui s'abattent sur des victimes mal défendues; c'est dans ce sens que l'art. 34 ter Const. féd. mentionne «la protection des employés et ouvriers» et les mesures en faveur des chômeurs.

III. COUP D'ŒIL HISTORIQUE

On dira que nous avons mis la charrue devant les bœufs en faisant précéder les considérations historiques par l'exposé dogmatique. Je conteste ce reproche. S'agissant d'une notion encore peu explorée, du moins sur le terrain de notre droit, il convenait d'en repérer d'abord les infiltrations législatives avant d'en considérer le processus dans le temps. C'est d'ailleurs à très larges traits que doit être tracé ce tableau. Nous ne nous occuperons que du droit fédéral et nous passerons sous silence les préfigurations cantonales.

^{11 bis} Feuille féd. 1951 III p. 1032 de l'éd. française.

1. Le déroulement des institutions

Le devoir incomtant à la commune de secourir son bourgeois en détresse remonte, nous l'avons vu, aux anciennes traditions helvétiques.

Celui de la Confédération à l'égard du militaire indigent blessé au service ou de la famille du militaire tué a été institué dès les premières années de notre Etat fédératif. Quant à l'assistance des familles tombant dans le besoin en raison du service militaire, elle a été imposée aux cantons par l'organisation militaire de 1874, puis reprise à son compte par la Confédération dès la loi de 1907. Dans ces deux domaines voisins, le déroulement historique prête à une curieuse observation. Tant que ces secours étaient réservés aux militaires indigents et à leurs familles, on était sur le terrain que l'on annexe aujourd'hui à la justice sociale. Mais avec le temps on s'aperçut qu'il y avait là une injustice: aussi, quoiqu'actuellement encore l'art. 18 Const. féd. énonce la clause de besoin, la loi fédérale du 28 juin 1901 introduisit-elle l'assurance pour *tous* les militaires. D'autre part, l'ACF du 20 décembre 1939, puis celui du 14 juin 1940 instaurèrent le régime des caisses de compensation pour pertes de salaire et de gain en en faisant bénéficier *tous* les militaires exerçant une activité lucrative. Ainsi fut restituée la justice «tout court».

C'est évidemment la protection ouvrière qui a donné lieu au plus large épanouissement de l'idée de justice sociale. En 1874, l'art. 34 Const. féd. la plaça dans la compétence de la Confédération: d'où la loi de 1877 sur le travail dans les fabriques, modifiée plus tard par les lois de 1881 et 1887 sur la responsabilité civile des fabricants. Ces deux dernières lois furent, sur la base de l'art. 34 bis Const. féd. accepté en 1890, remplacées par l'assurance-accidents obligatoire, introduite par la LAMA en 1911 en même temps que l'assurance-maladie. Quelques dispositions de la récente loi sur l'agriculture lui font écho en obligeant les employeurs agricoles à assurer leurs employés contre les accidents¹².

¹² A l'heure où j'écris, cette loi a été adoptée par les Chambres, mais un référendum semble s'élever contre elle.

Le CO de 1881 ne fit encore à la protection de la partie la plus faible qu'une part minime. Le plus grand nombre des dispositions que nous avons citées plus haut sous II, 1, datent du CO de 1911, voire même, pour les fonds de bienfaisance, de 1936. Les garanties données aux clients des compagnies d'assurance privées virent le jour avec la LCA de 1908.

Cette même année 1908 était accueilli l'art. 34 ter (ancienne version) Const. féd. qui attribuait à la Confédération la compétence législative en matière d'arts et métiers. Ce fut le point de départ de plusieurs lois dont les principales concernent l'emploi des jeunes gens et des femmes (1922), le repos hebdomadaire (1931) et le travail à domicile (1940).

En 1915, un article constitutionnel introduisit, à titre temporaire, l'impôt de guerre, déclaré progressif¹³. Le même principe fut admis pour le nouvel impôt de guerre en 1919¹⁴.

Les dernières années de la première guerre mondiale ont vu naître l'assistance-chômage, à qui succéda dès 1924 l'assurance-chômage, refondue en 1951.

Quant à l'AVS, le principe constitutionnel en fut admis en 1925; la loi actuelle fut mise sous toit en 1946 et acceptée par le peuple en 1947.

La protection spéciale des locataires a fleuri au cours de la deuxième guerre mondiale sur la base des pleins-pouvoirs.

Telle est, ramenée aux documents législatifs les plus importants, l'élosion successive des institutions juridiques animées par la justice sociale. Ce développement s'est produit sur deux plans: le droit privé (responsabilité civile des fabricants — CO — LCA — obligation d'assurer les employés agricoles contre les accidents) et le droit administratif (obligations des fabricants soumises à l'inspection du travail — assurances sociales — caisses publiques de compensation — impôts progressifs). Mais souvent le droit privé et le droit public se côtoient ou même s'entrelacent (contrat de travail et législation sur le travail — caisses d'assurance-maladie — caisses d'assurance-chômage — baux immobiliers et contrôle communal des logements).

¹³ ROLF vol. 31, p. 308.

¹⁴ ROLF vol. 35, p. 595.

Cette élaboration, qui débute en 1874, est l'œuvre de trois quarts de siècles. Elle procède par étapes prudentes avec les précautions qu'exige notre démocratie directe. On n'a pas vu chez nous de constructions d'ensemble érigées hâtivement, de coups de tête législatifs, comme la sécurité sociale en France en 1945 et le service national de la santé en Angleterre en 1948. Le législateur suisse, comme l'alpiniste avisé, ne lâche pas un pied que l'autre ne soit solidement posé; il n'édifie les assurances sociales que l'une après l'autre. Aussi n'avons-nous guère eu jusqu'ici de mécomptes sérieux. Nos lois, une fois en vigueur, sont d'ailleurs appliquées avec la méthode minutieuse que l'on pratique à Berne. On ne trouverait pas d'exemple semblable à celui de la loi française de 1910 sur les retraites ouvrières, qui ne fut que très partiellement appliquée, ou à la généralisation de l'assurance-vieillesse en France qui fut décrétée en 1946, qui entra en vigueur en 1947, mais fut suspendue au bout de quelques mois avec remboursement des cotisations déjà perçues.

Les seuls à-coups qui marquèrent le développement de la législation sociale furent des refus en votation populaire tels que, en 1894, le rejet de l'art. 34 ter Const. féd. sur les arts et métiers, celui de la loi Forrer en 1900 et celui de la loi Schulthess en 1931. En invitant ainsi ses mandataires à remettre en chantier leur ouvrage, le peuple a certainement contribué à l'amélioration des institutions en voie d'élaboration. — Il y eut, d'autre part, dans le domaine de l'impôt progressif fédéral, quelques secousses dues à des difficultés imprévues, en particulier le renouvellement en 1919 de l'impôt de guerre que le titre même du texte de 1915 avait déclaré «non renouvelable».

2. *Le déroulement des idées*

Sur la sécheresse des faits historiques que nous venons de résumer, il convient maintenant de greffer quelques notations sur l'évolution des conceptions régnantes quant aux devoirs du législateur en face du problème social. Mais, me dira-t-on, n'est-ce pas plutôt de sociologie qu'il faudrait s'occuper en montrant l'incidence des transformations sociales sur le droit? — Sans

doute. La croissance rapide de l'économie industrielle au détriment de l'économie agricole a modifié la structure sociale et engendré un prolétariat dont le législateur ne pouvait pas se désintéresser. Ce sont là des réalités si connues que je me garde d'y insister; je les considère comme acquises. Cependant, dans une nation démocratique, des faits ne déterminent des aménagements nouveaux dans le droit que par le travail des idées dans les esprits: c'est cette germination que nous ne pouvons passer sous silence.

Dans un ouvrage récent et solidement documenté, François Schaller¹⁵ a montré qu'au milieu du XIXe siècle encore, certains protagonistes d'un libéralisme intransigeant et doctrinaire — même en Suisse — condamnent le principe de l'assistance publique, estimant qu'il faut laisser libre cours à la sélection naturelle. Mais deux voix s'élèvent contre cette attitude de granit: celle du socialisme et celle du christianisme. L'un se fait le porte-parole des revendications ouvrières avec des nuances diverses: il insiste sur la situation inférieure du prolétaire en présence des forces économiques qui le dominent et réclame, pour le protéger, l'intervention de l'Etat. Le christianisme explique qu'il est vain de chercher à éléver vers l'Esprit les malheureux qui n'ont pas de quoi vivre. Du côté catholique, après quelques précurseurs, l'encyclique *Rerum novarum* (1891), suivie de quelques autres, appelle l'attention de l'Eglise et des pouvoirs publics sur les devoirs de l'Etat à l'égard de la classe ouvrière. Du côté protestant, un mouvement parallèle prend le nom de christianisme social; même en dehors de ses adhérents, on perçoit l'incompatibilité d'une civilisation qui se veut chrétienne avec certaines «injustices sociales»¹⁶. Ces divers courants, sans précisément se mêler, ont agi sur la mentalité moyenne; ce sont eux certainement qui ont répandu la notion de justice sociale et ont influencé dans ce sens — pour employer une expression

¹⁵ «De la charité privée aux droits économiques et sociaux du citoyen», 1950.

¹⁶ La doctrine sociale des auteurs protestants suisses est clairement exposée par CLAUDE MENTHA dans «Der schweizerische Protestantismus und das wirtschaftlich-soziale Problem», diss. Berne 1951.

chère au Tribunal fédéral — «la conscience juridique du peuple suisse». Et dès lors la législation sociale que s'est donnée la Suisse n'a pas été l'œuvre d'un parti, mais celle d'une démocratie sensible à l'idéalisme.

Certains feront remarquer que cette œuvre est loin de son achèvement, que la justice sociale a bien d'autres exigences encore, qu'elle postule en particulier une révision des rapports entre le capital et le travail, — le gros problème de notre époque. Il est bien entendu qu'une œuvre législative n'est jamais achevée, car d'autres circonstances ou d'autres conceptions viendront imposer des solutions nouvelles. Mais si je voulais examiner ici, *de lege ferenda*, les voies dans lesquelles devrait nous entraîner la justice sociale, je m'engagerais sur le terrain de la politique, que je me défends d'aborder.

IV. CONCLUSIONS

De notre analyse théorique et de notre exploration dans le champ juridique, il convient maintenant de rassembler les résultats.

Tandis que la justice se borne à considérer les individus dans un rapport déterminé dont elle isole les éléments essentiels pour les peser dans sa balance, l'équité ouvre les yeux sur des circonstances adjacentes dont ne s'occupait pas la justice et qui donnent à la solution rationnelle sa véritable résonnance à l'égard des personnes concrètes. La justice sociale va plus loin encore et, non pas dans le cas particulier, mais dans les règles de droit elles-mêmes, réforme les solutions de la justice en tenant compte de la position sociale, présumée difficile, d'une catégorie de sujets de droit; elle accorde à ceux-ci une protection qui tend à rétablir une égalité rompue par la structure économique de la société.

Je ne saurais mieux illustrer cette idée qu'en citant un fragment d'un arrêt du Tribunal fédéral où, sans doute, la justice sociale n'est pas mentionnée, mais où le point de vue qui l'oriente apparaît en pleine lumière. Un plaideur placé au bénéfice de l'assistance judiciaire pour un procès en Argovie, s'insur-

geait contre la disposition argovienne du code de procédure civile qui l'obligeait néanmoins à avancer les frais d'audition des témoins, d'expertise, etc. Il prétendait que cette obligation était contraire au principe de l'égalité devant la loi. Saisi du recours, le Tribunal fédéral le déclara bien fondé. Après avoir rappelé que, selon la jurisprudence, l'égalité devant la loi implique le droit d'obtenir la protection juridique de l'Etat pour faire valoir des prétentions de droit privé, l'arrêt ajoute:

«Cette exigence n'est pas satisfaite lorsque l'activité du juge ou l'accomplissement de certains actes de procédure est subordonné à l'avance des frais et que cette condition est imposée à des indigents. En pareil cas, l'égalité de traitement n'est qu'une apparence; en réalité, la protection juridique est ainsi refusée aux pauvres, empêchés de faire valoir leur prétention du moment qu'elle ne peut être accordée que sous une condition à laquelle ils sont d'emblée dans l'impossibilité de satisfaire. Les indigents sont donc mis dans une situation plus défavorable que les plaideurs aisés.»¹⁷

Ce n'était pas l'égalité abstraite qui était en cause, car aucune règle ni aucune autorité n'empêchait le plaideur d'agir en procédure; mais, en raison de l'indigence du recourant, il n'y avait pas égalité concrète et l'esprit de l'art. 4 Const. féd. — qui pose essentiellement un principe de justice — exigeait que l'égalité réelle fût rétablie par une assistance judiciaire complète et effective. Sans le dire, le Tribunal fédéral a rendu une sentence typique de justice sociale.

Autre illustration. On discute beaucoup en ce moment des honoraires des médecins pour soins donnés aux assurés des caisses-maladie. Que veut la logique de la justice? — Qu'à activité et frais égaux engagés par le médecin correspondent des honoraires égaux. Mais si un tarif adopté conventionnellement divise les assurés en plusieurs classes dont la plus modeste paie des cotisations minimes et se fait soigner pour des honoraires minimes que verse la caisse, tandis que les plus aisées doivent cotiser plus largement, en vue d'une rémunération médicale plus

¹⁷ ATF 57 I, p. 337; JT 1932, p. 374.

étoffée, — régime préconisé pas beaucoup, — alors on se conforme à la justice sociale; on tient compte, non de la valeur économique de la prestation du médecin, mais de l'ampleur du sacrifice que représente pour l'assuré le paiement de la cotisation, sacrifice mesuré selon sa situation financière; c'est le même principe que pour la progression de l'impôt. Plus simplement encore — et en dehors de toute assurance — le médecin ou l'avocat qui facture des honoraires en tenant compte des ressources du client s'inspire de la justice sociale, tandis que l'architecte qui les fixe en pour-cent du coût des travaux se règle sur la justice tout court.

Me permettra-t-on une comparaison tirée du sport? Normalement, au départ d'une course de vitesse, tous les concurrents sont rangés sur une même ligne et s'élancent au même instant: c'est bien ce qu'exige la justice. Mais il y a des courses où l'on tient compte des antécédents: en présence des champions qui ont déjà enlevé de nombreux prix, les autres vont se trouver en état d'infériorité. Alors, pour le départ, on place plus en arrière les «cracks», qui auront ainsi à parcourir une distance plus longue; les novices se trouvent favorisés. On crée une inégalité¹⁸ pour rétablir l'égalité. Ce *handicap* est l'image de la justice sociale.

Ayant ainsi déterminé ce qui, à notre avis, caractérise la justice sociale, il est nécessaire de délimiter la place qu'elle occupe dans l'ensemble des considérations dont tient compte le législateur.

Il ne faut pas identifier toute préoccupation sociale à la justice sociale. De nombreuses institutions destinées à relever le niveau de vie des économiquement faibles ont sans doute un but «social» parce qu'elles visent à l'utilité ou l'agrément de ceux que gêne l'étroitesse de leurs moyens: tels sont les habitations à bon marché, les ventes de denrées à prix réduits, les spectacles pour

¹⁸ C'est parce qu'il envisage cette inégalité que M. le prof. HANS HUBER attribue la politique sociale à la justice distributive (conférence faite à la Ligue du Gothard réunie à Macolin en novembre 1949, dans «Die Freiheit ist nicht umsonst», Zurich 1951, p. 54). Mais, à mon avis, c'est la justice égalisatrice (*ausgleichende*) qui est déterminante, l'égalité étant conçue selon un point de vue plus large.

«les loisirs», les cours d'instruction populaire, etc. Mais elles ne procèdent nullement de la justice sociale, car on ne peut parler de justice sociale que là où la conjoncture sociale a provoqué une rupture de l'égalité, un déséquilibre tel qu'un rétablissement paraisse commandé par l'équité.

Nous mettons ici le doigt sur le point névralgique, car il s'agit précisément de savoir selon quel critère on jugera que le droit doit opérer ce rétablissement. Il y a certainement, selon les conceptions qui règnent actuellement dans notre pays, des exigences vraiment impératives, telles que celles du minimum vital, l'assistance judiciaire, l'assurance obligatoire des accidents du travail, l'assurance-chômage, l'assurance vieillesse et survivants, peut-être aussi les allocations familiales. Mais, à mesure qu'on accentue l'égalisation, on se heurte à des objections croissantes et on aboutit finalement à l'absurde: peut-on égaliser le talent ou, du moins, répartir également les profits de talents inégaux? L'égalité se heurte d'ailleurs à la norme de justice qui veut que chacun soit rémunéré suivant la qualité et l'intensité de son travail. Quant à la «sécurité économique des citoyens» que prône l'art. 31 bis/1 Const. féd., la justice sociale cherche sans doute à l'établir pour compenser l'instabilité de diverses positions sociales; plusieurs institutions juridiques viennent à sa rencontre, mais elle constitue une notion toute relative: la sécurité absolue n'existe pas et on ne saurait demander à la législation de supprimer tous les imprévus, d'éliminer du Capitole la Roche Tarpéienne. En somme, aucun critère logique ne permet de déterminer jusqu'à quel point il faut pousser cette course à l'égalité et à la sécurité. Tout comme lorsqu'il s'agit, à l'intérieur de la notion de justice, de choisir entre égalité et proportionnalité, ce sont nos conceptions subjectives qui nous amènent à décider où et quand la justice pure et simple doit s'effacer devant la justice sociale.

D'ailleurs, ne l'oublions pas, la justice, — sociale ou non, — ne saurait prétendre à diriger seule le droit. Elle est une valeur, sans doute, mais elle se heurte souvent à d'autres valeurs également précieuses avec lesquelles elle peut se trouver en

conflit¹⁹: la liberté, d'abord, dont ce serait la négation que de vouloir le nivellement social²⁰, puis le principe de la responsabilité individuelle, l'idée de propriété, les intérêts collectifs tels que la défense de l'économie contre la concurrence étrangère ou l'équilibre financier de l'Etat. Ces valeurs peuvent et doivent être harmonisées. Notre éminent collègue, M. le professeur HANS HUBER, a mis en lumière une certaine antinomie entre Etat de droit et Etat social²¹; ce problème prête à de vastes controverses que je me garde d'aborder ici. Je me permets cependant d'exprimer une conviction moins tranchante. Notre Etat de droit, me semble-t-il, ne s'est pas renié en dépouillant une partie de l'individualisme qui régnait à l'époque de sa création. Sans cesser de vouer sa sollicitude aux droits de la personne, il peut envisager la protection de l'individu d'un point de vue moins abstrait et s'ouvrir ainsi à la justice sociale. Tout est question de dosage et d'équilibre²².

Nous devons être conscients à la fois des bienfaits de la justice sociale et des dangers que présentent ses tendances extrêmes, savoir un étatisme inquisiteur et un nivellement destructeur des élites. Mais il ne doit pas nous échapper que, comme la conception de la liberté²³, la conception de la justice dans l'opinion moyenne a déplacé son axe vers une optique plus réaliste et trouve légitime que la justice sociale infléchisse la justice comme

¹⁹ Dans le même sens: ADOLF JÖHR, Neue Schweizer Rundschau 1944, p. 151.

²⁰ Lors de sa session de Lausanne en décembre 1949, la Conférence européenne de la culture a adopté une déclaration dans laquelle je relève ce qui suit: «L'Europe ne se sauvera pas en choisissant entre la liberté individuelle et la justice sociale, car la liberté sans la justice n'est que désordre et la justice sans liberté aboutit fatallement au camp de concentration; l'Europe ne sauvera ses intérêts qu'en sauvant tout d'abord la dignité de l'homme.»

²¹ Revue de droit suisse, 1951.

²² Dans le discours qu'il a prononcé le 14 novembre 1951 à Lucerne à l'occasion d'un cours d'instruction civique, M. le conseiller fédéral MAX PETITPIERRE a déclaré très justement: «Justice sociale et sécurité sont devenues des notions complémentaires de la liberté et constituent avec elle les fondements d'une démocratie réelle.»

²³ Je me réfère à ce que j'ai écrit dans mon étude introductory à «La liberté du citoyen en droit suisse», publication collective des Facultés de droit, Zurich 1948.

le fait déjà l'équité. Dans la lutte des idées et des intérêts qui s'affrontent au sein de notre peuple et de nos autorités, on peut espérer que le bouillonnement des doctrines opposées se résoudra en un précipité affranchi de tout sectarisme. C'est en conciliant l'esprit qui l'anime depuis un siècle avec les appels d'une justice évoluée et avec les exigences de la vie nationale que le droit suisse poursuivra sa marche vers son destin.

