

Cet article se veut avant tout une réaction à l'exposé proposé par Giacomo Delledonne dans le cadre du cycle de séminaires sur la société post-croissance consacré au débat juridique suscité pendant les « Trente glorieuses » par l'avènement de la croissance économique durable<sup>1</sup>. Les conclusions et les pistes de recherches ouvertes par le travail de G. Delledonne sur les cas italien et allemand, largement reprises et remaniées à l'occasion de la parution de ce numéro, me semblaient alors appeler une réponse disciplinaire. En effet, fidèle en cela à la politique de l'interdisciplinarité qui définit le Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques depuis de nombreuses années, c'est bien la reconstruction au sein d'un référentiel précisément *autre* des hypothèses formulées du « point de vue du juriste » par mon *alter ego* qui constitue un préalable à un véritable dialogue susceptible, sinon de générer de nouveaux paradigmes<sup>2</sup>, du moins de faire émerger des programmes de recherche (pour employer l'expression d'un autre épistémologue<sup>3</sup>) sur l'histoire de la croissance comme mode d'appréhension et de gouvernement des conduites humaines<sup>4</sup>.

Ce point de vue disciplinaire depuis lequel je me propose de reconstruire les cas exposés par G. Delledonne dans son article est celui d'une sociologie historique des savoirs juridiques<sup>5</sup>. L'objectif de cette reconstruction n'est pas de tordre le matériau ou les conclusions présentées dans un sens qui servirait un dessein propre à ce champ particulier, mais bien de cheminer avec un raisonnement dont on peut déjà dire qu'il offre, par la perspective historique qu'il adopte, faite de ruptures et de déplacements qui vont à l'encontre de toute lecture linéaire rétrospective, des prises faciles pour une approche disciplinaire qui se veut génétique<sup>6</sup>. Trois éléments de définition permettent de préciser le contenu de cette perspective et d'illustrer cette affinité.

En premier lieu, la sociologie historique appliquée à l'étude de la constitution et de la production des savoirs, juridiques en l'occurrence, peut se définir par les affinités qu'elle présente avec l'étude des

---

<sup>1</sup> G. DELLEDONNE, « La croissance économique dans l'ordre juridique : retour sur un débat des Trente Glorieuses », *RIEJ* [...]

<sup>2</sup> A. BAILLEUX, F. OST, « Six hypothèses à l'épreuve du paradigme croissanciel », *RIEJ*, 2016/2, p. 27-53.

<sup>3</sup> I. LAKATOS, « Falsification and the Methodology of Scientific Research », dans I. LAKATOS et A. MUSGRAVE, eds, *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, p. 91-195.

<sup>4</sup> Sur la terminologie de « gouvernement des conduites », employée de façon programmatique par Michel Foucault et sur ses affinités avec des programmes de recherche qui peuvent paraître éloignés comme celui de Norbert Elias sur la civilisation des mœurs, je me permets de renvoyer à C. HAROCHE « Le gouvernement des conduites. Éléments d'une anthropologie des mœurs XVIe-XVIIe siècles », in J. CHEVALLIER et al. *La Gouvernabilité*, Paris, Cahiers du CURAPP, Presses universitaires de France, 1996, p. 34-44.

<sup>5</sup> Pour un développement de ce terme je me permets de renvoyer au chapitre introductif de ma thèse de doctorat : C. MAJASTRE, *Des oppositions savantes à l'Europe ? Rapport au politique et pratiques d'intervention des juristes dans le débat allemand sur l'Union européenne de Maastricht à Lisbonne (1992-2011)*, Thèse de doctorat en Sciences politiques, Université Saint-Louis Bruxelles, 2018.

<sup>6</sup> J'utilise ici le terme de « génétique », qui renvoie à la genèse, au sens qu'en donne Norbert Elias (voir N. ELIAS, *La Société de cour*, Paris, Le club du Livre, 1975), de préférence à l'adjectif « généalogique » qui renvoie à l'approche définie par Michel Foucault (en particulier dans M. FOUCAULT, *L'Archéologie du savoir*, Paris, NRF, Gallimard, 1969).

processus d'émergence et la recherche des commencements, incarnés par les périodes de changement de paradigme ou de renversement dans les hiérarchies établies entre les disciplines et les domaines du savoir. En cela, la question de la double rupture, l'une implicite (celle induite par le retour à un cadre institutionnel démocratique après l'expérience d'un régime totalitaire), l'autre explicite (celle de l'arrivée de la croissance sous la forme d'un « miracle économique »), à laquelle renvoie le titre de l'article de G. Delledonne ne manque pas de devoir être interrogée sous l'angle de ses conséquences sur les conditions de possibilité d'un savoir juridique sur l'État dans les pays d'Europe de l'ouest après-guerre.

Un deuxième élément de définition est que cette approche ne considère pas les modes d'articulation internes à chaque champ du savoir comme ressortant d'un donné ou d'une autonomie qui serait une fois pour toute acquise. Dans la mesure où l'ambition motrice de ce séminaire est de faire œuvre d'histoire des sciences, en confrontant ce qu'Antoine Bailleux et François Ost nomment les paradigmes « croissanciel » et « écologique » dans différentes disciplines, cette approche vient interroger ce qui fait la spécificité de la science juridique comme champ du savoir constitué au regard de ces paradigmes<sup>7</sup>. A. Bailleux et F. Ost proposaient notamment en ouverture de ce séminaire l'hypothèse que le droit serait un domaine moins susceptible que d'autres de céder à l'imposition du paradigme croissanciel, du fait de la position « de surplomb » qu'il entend occuper comme ordonnateur de l'ordre social<sup>8</sup>. Cette hypothèse nous semble déjà soumise à une première épreuve empirique dans la généalogie des débats allemand et italien sur la croissance telle que propose de la restituer G. Delledonne. En effet, ce que pourrait y voir une sociologie historique des savoirs, c'est avant tout l'histoire de la *reproduction* de cette position de surplomb, à travers le développement de techniques d'interprétation constitutionnelle qui ne reconnaissent pas l'autonomie constitutive d'un processus d'accroissement économique qui se déroulerait en quelque sorte de façon naturelle et non-dirigée, ni n'accèdent à des revendications qui accorderaient à l'État le droit de soumettre ce processus à ses fins.

Enfin, cette reconstruction s'appuie sur un postulat méthodologique qu'on peut définir comme un « principe de symétrie »<sup>9</sup>. Ce principe consiste à postuler la réversibilité de la connaissance acquise sur l'un des deux paradigmes opposés sur l'autre : l'histoire de l'émergence du paradigme croissanciel peut ainsi se faire par le biais de l'émergence des contestations que lui oppose le paradigme écologique, et inversement. Il s'agit donc ici, pour retrouver les coordonnées d'un paradigme écologique qui ne cesse d'échapper aux polarités usuelles au sein desquelles sont pensées les mouvements politiques et intellectuels (conservatisme contre progressisme, droite contre gauche), de définir des points d'entrée qui ne se trouvent pas nécessairement au cœur de ces affrontements dont les enjeux sont en quelque sorte pré-étiquetés comme « écologiques ». Au contraire, le travail de recherche qu'on qualifierait volontiers d'archéologique sur l'émergence du paradigme écologique ne semble pouvoir se faire, comme l'illustre

---

<sup>7</sup> A. BAILLEUX et F. OST, « Six hypothèses... », *loc. cit.*

<sup>8</sup> *Ibidem*

<sup>9</sup> Voir C. LEMIEUX, « À quoi sert l'analyse des controverses ? », *Mil neuf cent*, 2017/1, p. 191-212.

l'article de G. Delledonne, qu'à travers la recherche (parfois tâtonnante) de médiations et de biais qui permettent de déceler les prémices d'une problématique *avant même* qu'elle ne soit formulée dans toutes ses conséquences.

On l'a dit, l'ambition de cet article se situe à un niveau programmatique. Partant de ces trois axes de reconstruction, il propose des éléments pour définir ce que pourrait être un programme de recherche sur l'histoire du paradigme croissancier et de ses contestations à l'intérieur du discours du droit. La première partie revient sur le problème de la sélection des cas et de leur comparabilité. Si les cas ouest-allemand et italien apparaissent les candidats idéaux pour une histoire comparée des savoirs juridiques en raison de la double rupture que constituent l'avènement de la croissance et la constitution d'un régime politique libéral dans ces deux pays, ils diffèrent en revanche certainement du point de vue des facteurs sociologiques de continuité dans la composition des élites professionnelles de la doctrine et de la magistrature. La seconde partie est consacrée au débat sur l'État social, qui constitue, tel est du moins l'argument de G. Delledonne, la matrice d'une confrontation entre le paradigme croissancier et le paradigme écologique. Il s'agit en effet là d'un argument original, qui interroge la capacité du paradigme écologique à inverser les polarités du débat politique. J'apporte quelques éléments tirés du cas allemand qui permettent de pousser un peu plus loin cet argument. Enfin, la troisième partie propose de mettre en parallèle ces propriétés du paradigme écologique avec les propriétés de dépolitisation des techniques d'interprétation constitutionnelle développées dans la doctrine allemande pour traiter des enjeux écologiques. La conclusion appelle à repolitiser l'histoire de ces techniques afin de contribuer à une histoire de l'écologie politique.

### *1. Entre miracle économique et post-autoritarisme : une histoire croisée du paradigme croissancier dans les pensées juridiques allemande et italienne*

Les deux cas de l'Allemagne de l'Ouest et de l'Italie sont pour ainsi dire des passages obligés pour étudier les évolutions du droit public européen dans une perspective comparée dans la période de l'après-guerre. Il suffit pour s'en convaincre de penser aux sommes récentes comme celle de Chris Thornhill sur le constitutionnalisme dans une perspective transnationale<sup>10</sup> ou l'ouvrage de Peter Lindseth *Power and Legitimacy*<sup>11</sup>, dont les analyses s'appuient largement sur les concordances existantes entre les jurisprudences constitutionnelles des deux pays. Sans entrer dans les nuances qui se font jour entre ces différentes études, on peut dire que la littérature sur les contextes post-autoritaires s'accorde principalement autour de la mise en évidence d'un processus d'apprentissage entraînant la mise en place et le développement de techniques institutionnelles visant à empêcher le retour d'un régime autoritaire

---

<sup>10</sup> C. J. THORNHILL, *A Sociology of Constitutions : Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

<sup>11</sup> P. L., LINDSETH, *Power and Legitimacy. Reconciling Europe and the Nation-State*, Oxford/Cambridge, Oxford University Press, 2010.

(garantie constitutionnelle des droits fondamentaux, création d'une juridiction constitutionnelle dotée de pouvoirs étendus de contrôle concret, etc.<sup>12</sup>).

À cette dimension bien explorée de l'expérience collective, G. Delledonne en ajoute une autre, tout aussi décisive mais moins évidente dans la littérature, celle du « miracle économique ». Comme il le souligne, le fait que l'expression se laisse traduire littéralement en allemand et en italien n'est pas anodin. Sans doute est-il difficile de concevoir aujourd'hui à quel point l'accroissement rapide du bien-être matériel a pu apparaître alors comme un phénomène tout à fait inattendu, par rapport aux conditions de privation extrême qui régnaient dans l'immédiat après-guerre<sup>13</sup>.

Au delà du simple étonnement, le terme de miracle traduit bien la façon dont l'accroissement économique *fait signe*, c'est-à-dire est susceptible d'être intégré à une économie symbolique qui définit la légitimité de l'ordre politique. À cet égard, ce sont les analyses de Michel Foucault qui sont toujours les plus à même de nous permettre de prendre la mesure de cette rupture. Foucault, en effet, propose de penser comment la croissance économique a pu servir de véhicule à ce qu'il nomme la « phobie d'État » et donner naissance à une nouvelle forme de gouvernamentalité<sup>14</sup>. Cette dernière se fonde, toujours selon Foucault, sur une rupture avec les formes antérieures d'articulation entre les pratiques économiques individuelles et l'État. Désormais, loin de corriger les conduites individuelles ou de limiter les effets indésirables de l'action économique libre, l'État, selon la théorie développée par les penseurs du cercle de Vienne comme Walter Eucken, doit produire les conditions de cette liberté économique. La rupture entraînée par cette nouvelle gouvernamentalité se produit au détriment d'une conception de la souveraineté comme attribut de l'État tirée de l'histoire. Si l'Allemagne de l'Ouest a été le terrain privilégié de la découverte de cette nouvelle gouvernamentalité, c'est précisément en raison de l'impossibilité de faire appel à l'histoire comme fondement de la souveraineté politique. Foucault pousse ainsi son analyse de la façon dont « la croissance économique produit de la souveraineté politique par l'institution »<sup>15</sup> jusqu'aux effets de cette rupture sur la temporalité du politique : « la rupture de l'histoire va donc pouvoir être acceptée comme rupture de mémoire, dans la mesure où va s'instaurer en Allemagne une nouvelle dimension de la temporalité qui ne sera plus celle de l'histoire, qui sera celle de la croissance économique »<sup>16</sup>.

En quoi ces analyses peuvent-elles nous aider à approfondir la comparaison classique entre l'Allemagne de l'Ouest et l'Italie d'une part, et d'autre part à faire l'histoire intellectuelle de l'émergence du paradigme croissancier ? En premier lieu, on pourrait dire que c'est en raison même de leur caractère massif et des nombreux points aveugles qu'elles comportent que ces analyses demandent à être renforcées

---

<sup>12</sup> Pour l'Allemagne voy. en particulier M. HAILBRONNER, *Traditions and transformations: the rise of German constitutionalism*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2015.

<sup>13</sup> Largement évoqué par les commentateurs allemands de l'époque, y compris par Ipsen dans son premier commentaire de la Loi fondamentale H.-P. IPSEN, *Über das Grundgesetz*, Hambourg, Universität Hamburg (Hamburger Universitätsreden 9), 1950.

<sup>14</sup> M. FOUCAULT et al., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France, 1978-1979* (éd. établie par Michel Senellart sous la dir. de François Ewald et Alessandro Fontana), Paris, Gallimard Seuil, 2004, p. 77.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 87.

et confrontées à des documents historiques. Si, de manière relativement inhabituelle pour lui, Foucault s'appuie en partie sur une analyse biographique des découvreurs de cette nouvelle gouvernamentalité, c'est pour mieux mettre en avant le caractère contingent de cette découverte, liée à des parcours d'exil et de rémigration (comme on désigne en Allemagne le mouvement de retour des intellectuels persécutés par le nazisme dans les années 1950). L'insistance de Foucault sur cette « histoire politique de l'exil »<sup>17</sup> l'amène cependant à passer sous silence les facteurs endogènes qui ont pu jouer pour établir des solutions de continuité entre l'organisation économique de guerre sous un régime autoritaire d'une part et la réorganisation de l'économie après-guerre. Or, ces facteurs apparaissent particulièrement importants à prendre en compte pour analyser les recompositions de certains domaines de savoir comme le droit public, mais aussi l'émergence d'organisations supranationales comme les Communautés européennes<sup>18</sup>. Parmi les protagonistes des débats constitutionnels allemands d'après-guerre dans la présentation qui en est faite par G. Delledonne, on trouve ainsi deux professeurs, Ipsen et Forsthoff, qui ont continué leur activité d'enseignement sous le régime nazi. Même si l'on laisse de côté la question de la réalité de leurs affinités idéologiques avec le régime, il n'en reste pas moins que cette présence interroge la portée et l'influence de ces acteurs dans les conceptions de l'ordre et du gouvernement en régime de croissance économique. Le parallélisme entre leurs trajectoires se manifeste d'ailleurs également par leur investissement et leur rôle central dans le développement du droit administratif, une spécialité réputée apolitique mais néanmoins essentielle à la planification économique telle qu'elle se pratique dans tous les États européens après-guerre. Autrement dit, pour les contextes allemand et italien, il serait nécessaire de superposer à cette généalogie de l'exil décrite par Foucault une généalogie des reconversions qui ont pu s'opérer dans les techniques de gouvernement de part et d'autre d'une rupture dont on peut penser qu'elle n'est ni aussi massive ni aussi profonde que le laisse penser la présentation qui en est faite.

C'est donc à ce niveau que le propos de G. Delledonne invite à repenser les termes d'une comparaison désormais classique entre l'Allemagne de l'Ouest et l'Italie. On peut à tout le moins pointer, pour le cas allemand, que cette surimposition devrait faire une place à une tendance qui, à l'opposé de la « phobie d'État décrite par Foucault, tente de réinventer l'État *en dépit de* l'expérience nazie et de la rupture de l'histoire allemande. Ici, c'est du moins l'hypothèse liminaire que l'on peut proposer, cette réinvention passe notamment par une spécialisation dans le domaine du droit administratif, dont le développement connaît une accélération remarquable depuis les années 1930. Dès lors, plusieurs points de passages s'ouvrent entre une sociologie historique des savoirs juridiques et une histoire intellectuelle du paradigme croissanciel. Peut-on parler d'une affinité entre une branche du droit possédant une histoire spécifique (le droit administratif) et la gouvernamentalité par la croissance économique ? Comment les débats constitutionnels permettent-ils d'éclairer les nouvelles formes de gouvernamentalité définies par le couplage de la légitimité politique à la croissance économique ?

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>18</sup> Voy. D. GOSEWINKEL, *Anti-liberal Europe: a neglected story of Europeanization*, New York u.a., Berghahn Books, 2015.

## 2. Le débat allemand autour de l'État social : comment repenser la gouvernementalité par le droit

Les débats sur la valeur et la portée de la garantie constitutionnelle de l'État social constituent, comme le montre bien G. Delledonne, une épreuve, au sens de la sociologie pragmatique<sup>19</sup>, pour l'articulation de ces nouvelles formes de gouvernementalité. D'un côté, en effet, cette garantie peut être interprétée comme un dépassement du régime de la modernité libérale, fondée sur la séparation entre une société auto-organisée autour de la mutualisation des risques<sup>20</sup> et l'État. De l'autre, comme le pointe G. Delledonne, cette garantie constitutionnelle révèle un nœud de légitimité où le gouvernement par la croissance se heurte aux apories de son expression constitutionnelle. Autrement dit, les débats sur l'État social ne se présentent pas sous la forme d'une confrontation entre deux logiques, *a fortiori* d'un affrontement entre un paradigme croissanciel et un paradigme écologique, mais bien plutôt d'un assemblage complexe au sein duquel se tissent des solutions de continuité provisoires.

Si l'on considère le cas de l'Allemagne de l'Ouest, il peut paraître de prime abord relativement simple de déterminer les positions qui s'affrontent autour de la garantie constitutionnelle de l'État social. La discussion des thèses présentées au congrès annuel des constitutionnalistes allemands en 1953, qui oppose Ernst Forsthoff à Wolfgang Abendroth, semble ainsi mettre en scène deux positions tranchées<sup>21</sup>. On y trouve d'un côté une critique qu'on pourrait qualifier à première vue de libérale, puisqu'elle voit dans l'État social une menace pour la séparation de la société et de l'État. Cette critique, dont on peut déjà retrouver les éléments sous la plume de Max Weber<sup>22</sup>, est portée par E. Forsthoff, représentant de cette généalogie « étatiste » évoquée plus haut. Les prises de position de W. Abendroth en faveur de cette garantie s'appuient quant à elles, comme le souligne très justement Jan-Werner Müller<sup>23</sup>, sur une conception illibérale du rôle de l'État comme incarnation des valeurs de la communauté. Or, dès qu'on l'examine de plus près, cette opposition se complexifie. En effet, peut-on employer l'adjectif de libéral pour qualifier une position, comme celle de Forsthoff, qui fait de l'État la source et le garant de tout droit ? Surtout, peut-on dire, à l'instar de la thèse esquissée par G. Delledonne, que la critique de l'État social soit ici informée par une prise de conscience du caractère limité de la croissance ?

Il est nécessaire de soulever deux points qui permettent de se garder d'une réponse trop brutalement affirmative à cette dernière question. Le premier point concerne la définition du cadre constitutionnel susceptible de soutenir la croissance. H.-P. Ipsen, dont il est largement question dans l'article de G. Delledonne, offre à cet égard une série de distinctions qui permettent de suivre le passage de la logique constitutionnelle de l'État social à celle de la croissance. Selon Ipsen, l'expansion des garanties du bien-

<sup>19</sup> D. MARTUCCELLI, « Les deux voies de la notion d'épreuve en sociologie », *Sociologie*, 2015/1, p. 43-60.

<sup>20</sup> F. EWALD, *Histoire de l'État providence les origines de la solidarité*, Paris, Librairie générale française, 1996.

<sup>21</sup> E. FORSTHOFF, et al., *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik. Berichte und Aussprache zu den Berichten in den Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStrL 12)*, Berlin, Boston, De Gruyter, 1973.

<sup>22</sup> Voy. J.P. MCCORMICK, *Weber, Habermas, and transformations of the European state : constitutional, social, and supranational democracy*, New York, Cambridge University Press, 2007.

<sup>23</sup> J.-W. MÜLLER, *Carl Schmitt, un esprit dangereux*, Paris, A. Colin, 2007, p. 113-115.

être matériel équivaldrait *in fine* à un mandat constitutionnel de l'État à fournir de la croissance, qui, à son tour permettrait de remplir cet objectif d'accroissement du bien-être matériel. Cependant, le choix des mots n'est pas innocent, le mandat dont il est question s'inscrit dans une perspective assurantielle : il s'agit de prévoir les risques – nullement certains mais statistiquement probables – d'une croissance nulle ou faible. En d'autres termes, Ipsen distingue le *Vorsorge* qui incombe à l'État, qui n'est rien de plus qu'une action de prudence dans laquelle l'État socialise les risques individuels liés à la liberté économique, de l'exigence d'un résultat positif en termes de redistribution active des chances qui relèverait d'une logique de *Fürsorge*, c'est-à-dire d'assistance. Chez Ipsen, croissance et État social apparaissent, au plan constitutionnel, à la fois liés par une relation de moyen à but et arrimés à une même logique de la prévoyance. Aussi cette théorisation du rôle de l'État apparaît-elle comme une continuation d'une conception libérale du rôle de l'État-providence.

Si la conception d'Ipsen semble maintenir le mandat de l'État social dans une logique de mutualisation des risques, c'est bien la critique qu'adressent Forsthoff et Arnold Gehlen qui fait apparaître la rupture que constitue la croissance dans la conception des modes de gouvernement des hommes et des choses. Comme on l'a déjà noté, cette critique, qui dessine une généalogie propre à la pensée politique allemande, peut être qualifiée de libérale uniquement dans le sens où elle adopte la défense de la séparation entre l'État et la société comme son leitmotiv. Loin de défendre le primat de la liberté individuelle, elle participe en effet d'une réflexion propre à l'univers intellectuel de la « révolution conservatrice »<sup>24</sup> sur l'état d'urgence et la guerre civile.

Comme le montrent les documents mobilisés par G. Delledonne, la question de la croissance et de l'État social est ainsi passée au prisme du *Ernstfall*, de l'épreuve de la limite de la gouvernabilité par le droit. Or cette fiction philosophique du *Ernstfall* remplit, dans les années d'après-guerre, une double fonction qui relève à la fois de la justification et de l'herméneutique constitutionnelle. C'est surtout à la première de ces fonctions que l'on propose de s'intéresser ici, tant elle est souvent occultée par la deuxième. Cette fonction de justification apparaît par exemple clairement dans une série d'écrits de Forsthoff, mais aussi dans ceux des élèves de la génération de juristes qui n'ont pas été actifs sous le nazisme comme Roman Schnur<sup>25</sup>. L'invocation de cet état dans lequel aucune instance étatique n'est en mesure de s'affirmer comme possédant le droit à décider de l'état d'exception (on peut ici rappeler la formule de Carl Schmitt selon lequel « est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle<sup>26</sup> ») y sert à justifier la fonction « méta-légale » du juriste. Selon la formule de Forsthoff, cet état est celui qui « met le juriste dans la

---

<sup>24</sup> La revendication de ce label par ces acteurs à des fins de réhabilitation apparaît très clairement chez Armin Mohler (A. MOHLER, Armin, *Die Konservative Revolution in Deutschland 1918-1932 ein Handbuch*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972). Pour une analyse historique plus distanciée, on renverra à F. GÜNTHER, « Ordnen, gestalten, bewahren. Radikales Ordnungsdenken von deutschen Rechtsintellektuellen der Rechtswissenschaft 1920 bis 1960 », *Vierteljahrshäfte für Zeitgeschichte*, 2011/3, p. 353-383.

<sup>25</sup> R. SCHNUR, « Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jahrhunderts », in *Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2<sup>e</sup> éd. 1989 (1959), p.179-219.

<sup>26</sup> C. Schmitt, *Théologie politique*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Gallimard, 1988, p. 16.

nécessité de prendre parti pour l'ordre »<sup>27</sup>. Autrement dit, dans cet état qui se situe en deçà du politique, un ordre, n'importe quel ordre, vaut mieux que la prolongation indéfinie du chaos. La réflexion sur l'état d'urgence, commencée sous Weimar, se présente ainsi dans les années 1950 comme l'antithèse des solutions proposées par un Gustav Radbruch<sup>28</sup> et reprises dans une certaine mesure par la Cour constitutionnelle<sup>29</sup>. Ces solutions consistaient en particulier à distinguer d'un côté la conformité des actes commis par les serviteurs de l'État (c'est-à-dire les juges et les fonctionnaires) sous le nazisme et, de l'autre, leur validité juridique au regard d'une justice « supralégale »<sup>30</sup>. Si la première ne devait pas être mise en question, le fait que ces actes aient méconnu l'existence d'une norme supérieure, même si elle ne possédait aucune traduction dans le droit positif, permettaient de les condamner comme tels rétroactivement. À l'inverse, le thème de l'état d'urgence et celui qui lui est lié du « juriste dans la guerre civil » a été utilisé pour justifier la participation active de certains juristes – au premier rang desquels E. Forsthoff et C. Schmitt – à l'ordre nazi.

L'examen de ce débat permet plusieurs observations. En premier lieu, si on peut s'interroger sur la sincérité des réflexions de Forsthoff et consorts (dans quelle mesure, en effet, le fait de prophétiser le *Ernstfall* ne revient-il pas à souhaiter qu'il advienne et que l'État ouest-allemand échoue ?<sup>31</sup>), cela doit surtout nous conduire à relativiser l'originalité de la prise en compte du caractère limité des ressources naturelles par ces juristes. Certes, Forsthoff fait flèche de tout bois pour attaquer la République fédérale : il utilise ainsi l'exemple de l'absence de protection de la qualité de l'air et de l'eau pour mettre en exergue une véritable « inversion du principe démocratique », en observant que l'intérêt du plus grand nombre est, dans ce cas précis, incapable de s'imposer face aux intérêts sectoriels des représentants de l'industrie<sup>32</sup>. Mais il ne semble nullement convaincu de la nécessité de l'arrêt de la croissance. Au contraire, on peut même selon lui envisager raisonnablement l'hypothèse que la science économique soit désormais en capacité d'éviter indéfiniment les crises<sup>33</sup>. On le voit, l'arrêt de la croissance est ici au mieux une construction heuristique, dans une analyse qui s'attache surtout à mettre en avant les changements induits par les progrès apportés par la technique et la planification économique. .

Il apparaît en tout état de cause difficile de voir dans ces critiques de l'État social les signes annonciateurs de l'émergence d'un « paradigme écologique ». Cette émergence, pour ce qui concerne le cas allemand, devrait davantage être située en aval, du côté en particulier d'un des élèves les plus prolifiques de Schmitt

<sup>27</sup> E. FORSTHOFF, « Der Staatsrechtler im Bürgerkrieg. Carl Schmitt zum 70. Geburtstag. », *Christ und Welt*, 17 juillet 1958, n° 29.

<sup>28</sup> Voy. G. RADBRUCH, « Injustice légale et droit supralégal », *Archives de philosophie du droit*, 1994, p. 305-319, précédé d'une introduction de Michael Walz.

<sup>29</sup> Notamment dans son arrêt sur la réintégration des fonctionnaires (BVerfGE 3, 58 - Beamtenverhältnisse).

<sup>30</sup> G. RADBRUCH, *Ibidem*.

<sup>31</sup> C'est en tous cas ce que laisse à penser la correspondance entre Schmitt et Forsthoff. Dans une lettre adressée par Forsthoff à Schmitt, il prédit ainsi que la République fédérale « a toutes les chances de mourir de la loyauté à la Constitution » (Cité dans R. MEHRING, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, Munich, C. H. Beck, 2009, p. 515).

<sup>32</sup> E. FORSTHOFF, *Die Bundesrepublik Deutschland. Umriss einer Realanalyse*, in *id. Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*, 2e éd., Stuttgart, Kohlhammer, 1976, p. 13.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

et Forsthoff, Ernst-Wolfgang Böckenförde<sup>34</sup>. L'originalité de Böckenförde, ce qui le distingue de la critique « libérale » de l'État social dont il reprend certains éléments, se trouve dans le rôle qu'il accorde au développement des convictions privées et de la liberté individuelle comme conditions de possibilité d'un ordre étatique stable. Il offre en 1972, c'est-à-dire la même année que celle de la publication du rapport du Club de Rome sur les limites de la croissance, ce qui constitue une contribution pionnière sur la question de l'État social et de la croissance<sup>35</sup>. Dans celle-ci, Böckenförde démontre notamment, à l'encontre de Forsthoff, que l'activité redistributive de l'État est compatible au plan théorique avec la séparation entre la société civile et l'État. En revanche, il voit dans « l'identification croissante de l'État et de l'économie [...] la plus grande menace, voire un dépassement partiel »<sup>36</sup> de cette séparation. Pour notre propos, il est particulièrement intéressant de noter que la critique de Böckenförde de l'intervention étatique dans le processus économique vise particulièrement la médiatisation de l'État aux fins d'assurer « l'expansion économique [et] l'accroissement continu du produit social »<sup>37</sup>. Dans la discussion conclusive, il oppose ainsi le « primat de l'économique » au « primat du politique » qu'il appelle de ses vœux<sup>38</sup>. La restauration de ce primat du politique doit ainsi passer selon Böckenförde par une opposition de la « qualité de vie » à « l'accroissement [quantitatif] illimité des standards de vie »<sup>39</sup>.

Enfin, comme l'illustre la contribution de Böckenförde, la prise en compte du paradigme écologique par le droit semble toujours avoir lieu sous la forme d'une inversion des polarités entre conservatisme et progressisme. C'est une telle inversion que G. Delledonne met en évidence à travers l'exemple de Norberto Bobbio, qui pose le dilemme suivant : comment peut-on vouloir l'extension des droits sociaux sans vouloir, de ce fait même, la croissance ? De la même manière, pourrait-on dire, comment être écologiste sans être conservateur ? Si de tels dilemmes sont aussi anciens que l'écologie politique, on voit qu'ils donnent lieu dans les débats constitutionnels, que ce soit chez Forsthoff ou Böckenförde, à des solutions « de troisième voie »<sup>40</sup> entre libéralisme et conservatisme. Comment, dès lors, retrouver le sens des transformations des cadres de pensée qu'appelle la prise en compte du paradigme écologique ? Comment retrouver, à travers cette histoire intellectuelle, les coordonnées de l'écologie politique ?

### *3. Redramatiser les tensions entre paradigmes ou politiser l'histoire des « techniques » ? Pistes conclusives pour une histoire intellectuelle du paradigme écologique*

Dans cette dernière partie, il est donc question de tracer des pistes pour retracer, à partir de l'étude du discours constitutionnel, l'émergence d'un paradigme écologique. Ces pistes seront indiquées en trois

<sup>34</sup> Pour une présentation sommaire mais complète de la trajectoire biographique de Böckenförde, voy. S. LEGRAND, « Le "paradoxe" de Böckenförde, fortune d'une formule », *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 2014/1, p. 125-136.

<sup>35</sup> E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die verfassungsrechtliche Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*, Opladen, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Westdeutscher Verlag, 1972.

<sup>36</sup> *Ibidem.*, p. 40.

<sup>37</sup> *Ibidem.*

<sup>38</sup> *Ibidem.*, p. 53.

<sup>39</sup> *Ibidem.*

<sup>40</sup> Sur l'ambiguïté structurale qui définit ces solutions de troisième voie, voy. P. BOURDIEU, *L'ontologie politique de Martin Heidegger*, Paris, Éditions de Minuit, 1988, p. 39.

temps. Premièrement, on fait l'hypothèse que la propriété d'inversion des coordonnées politiques (entre progressisme et conservatisme, par exemple), ne relève pas d'une caractéristique essentielle du paradigme écologique, même si l'écologie politique a pu historiquement constituer un terrain favorable à des définitions de troisième voie. Bien davantage, elle relèverait dans les cas qui nous intéressent de la reproduction d'une « position de surplomb » du discours juridique, autrement dit de sa capacité à se constituer comme un discours au-delà des oppositions politiques. Deuxièmement, on verra dans quelle mesure cette reproduction passe par le développement de techniques d'interprétation constitutionnelle. Dès lors, retracer l'émergence du paradigme écologique demanderait, tout autant que de « redramatiser les tensions »<sup>41</sup> entre les paradigmes, de faire une histoire politique de ces techniques d'interprétation constitutionnelle.

Concernant le premier point, comme le rappelle Serge Audier dans l'introduction à son histoire intellectuelle de l'écologie politique<sup>42</sup>, la prise de conscience du caractère limité des ressources naturelles et de la nécessité de donner un autre horizon d'émancipation aux mouvements progressistes que l'accroissement indéfini de la production industrielle a lieu très tôt parmi les penseurs de gauche. Si la thèse d'une origine conservatrice de l'écologie politique revient régulièrement avec autant de vigueur, c'est en raison, selon Audier, d'une confusion savamment entretenue par la pensée conservatrice entre un romantisme qui prône l'attachement au terroir et le souci de l'environnement. Ainsi, il serait faux de voir dans l'émergence du paradigme écologique une révolution copernicienne qui rendrait caduques les oppositions constituées dans le champ politique entre une gauche émancipatrice et une droite conservatrice. L'histoire intellectuelle de l'écologie politique en Allemagne, si elle présente de nombreux exemples de synthèses entre les préoccupations environnementales et un conservatisme radical (dont on retrouve des avatars y compris chez certains constitutionnalistes<sup>43</sup>), n'en démontre pas moins le caractère *in fine* irréconciliable des préoccupations portées par une écologie conservatrice avec les visées émancipatrices dont se réclame la gauche écologiste.

*A contrario*, dans l'histoire du droit constitutionnel, la généalogie du paradigme écologique passe essentiellement par des tentatives de définition de « troisième voie » entre le fascisme et le libéralisme. Dans une certaine mesure, cette troisième voie est définie comme un apolitisme : Forsthoff, qui se fait le chantre de l'âge de la « désidéologisation » et prophétise le règne des experts<sup>44</sup> en représenterait le versant ironique et désenchanté. On peut, de façon plus restreinte, faire l'hypothèse que c'est cette équidistance par rapport aux pôles opposés de la pensée politique qui définit la manière dont le droit saisit le paradigme écologique. Dès lors, il y aurait à faire, du point de vue d'une sociologie historique des

---

<sup>41</sup> A. BAILLEUX et F. OST, « Six hypothèses... », *loc. cit.*, p. 27.

<sup>42</sup> S. AUDIER, *La société écologique et ses ennemis pour une histoire alternative de l'émancipation*, Paris, la Découverte, 2017, p. 7.

<sup>43</sup> Une illustration dans le débat sur l'inclusion de la protection de l'environnement dans le texte constitutionnel est fournie par D. MURSWIEK, « Umweltschutz als nationale Aufgabe. Neue Wege in der Öko-Debatte », *Criticon*, 1987/100-101, p. 79-81.

<sup>44</sup> Voy. e.a. E. FORSTHOFF, *Die Bundesrepublik Deutschland. Umriss einer Realanalyse*, *loc. cit. supra* note 32.

savoirs juridiques, l'histoire de la construction de cette « position de surplomb » qu'occupe le discours constitutionnel par rapport à l'affrontement entre paradigme croissancier et paradigme écologique.

Une telle histoire devrait à l'évidence porter en premier lieu sur les techniques d'interprétation constitutionnelle, afin d'en proposer une lecture politique. En effet, c'est à travers le développement de ces techniques que les professionnels de l'interprétation constitutionnelle parviennent à maintenir et à reproduire la distance qui sépare leur expertise des enjeux directement politiques. Dans le discours constitutionnel allemand, la doctrine des « missions de l'État » constitue à cet égard un moyen de concilier les objectifs contradictoires énoncés par le texte constitutionnel<sup>45</sup>. Selon cette doctrine, ces différents buts peuvent être hiérarchisés et ordonnés en différents niveaux. Ipsen fournit une illustration de cette méthode d'interprétation téléologique en montrant que le but de la croissance n'est selon lui qu'un but dérivé de celui de l'État social et qu'il lui est donc logiquement inférieur. Cet exemple montre bien les obstacles qui se dressent pour situer la généalogie du paradigme croissancier – mais cela est valable pour son opposé, le paradigme écologique – dans la pensée constitutionnelle. Ceux-ci n'y apparaissent que sous une forme dérivée, préservant le texte constitutionnel de toute interprétation littérale qui en ferait une déclaration en faveur de l'un ou l'autre de ces paradigmes.

En guise de conclusion, les études de cas proposées par G. Delledonne posent à mon sens les jalons de ce que pourrait être une histoire politique des techniques d'interprétation constitutionnelle. Celle-ci est rendue possible à partir du moment où l'on envisage lesdites techniques non comme des outils « neutres », mais comme servant la reproduction d'une « position surplombante » du discours constitutionnel qui, par là, évacue les tensions entre les paradigmes écologique et croissancier. Dès lors, une telle histoire peut s'efforcer, au-delà de la « dramatisation » des conflits de paradigmes à laquelle appellent Bailleux et Ost, de ressaisir les techniques d'interprétation comme participant d'une véritable politique du droit.

---

<sup>45</sup> Pour une discussion extensive de cette doctrine, voy. H.-C. LINK et al., *Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz (VVDStrL 48)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990.