



HAL
open science

L'identité de l'Etat et le récit de l'ordre juridique

Martin Quesnel

► **To cite this version:**

Martin Quesnel. L'identité de l'Etat et le récit de l'ordre juridique. L'identité de l'État dans la globalisation. Pour une lecture politique et une approche sceptique des conséquences de la globalisation sur le phénomène étatique, Maxence Chambon; Pierre-Marie Raynal, Feb 2020, Cergy, France. pp.89-102. hal-03829817

HAL Id: hal-03829817

<https://hal.science/hal-03829817v1>

Submitted on 26 Oct 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'IDENTITÉ DE L'ÉTAT ET LE RÉCIT DE L'ORDRE JURIDIQUE

Il faut louer le courage ou l'audace des organisateurs, c'est selon, d'avoir choisi comme premier terme du sujet de ce beau colloque le mot *d'identité*. Courage ou audace, peut-être ne faut-il pas choisir - il y a manifestement un peu des deux - parce que l'identité n'est pas un terme juridique, contrairement aux autres termes du sujet. On pourrait tout de suite rétorquer que la globalisation n'est pas à proprement parler un terme juridique, mais la globalisation est en fait un mot « performatif » : elle saisit tout dès qu'on l'évoque, et elle est juridique comme elle est politique, économique, sociologique, artistique et bien d'autres choses encore. Et le droit s'est donc saisi depuis longtemps de la globalisation, même si notre tâche commune est précisément de constater que ce thème est loin d'être épuisé.

Mais l'identité, donc ? Elle n'est pas définie par le droit, et le plus souvent elle ne renvoie pas à un usage proprement juridique. Il faut du moins mettre à part l'identité dans le sens très restreint qui est attaché à l'état civil. On se réfère ainsi à l'identité d'une personne dans le code civil, et cette identité-là renvoie à l'identification des individus, et notamment à la création de la Carte nationale d'identité sur laquelle figure le nom de famille, les prénoms, la date et le lieu de naissance, le sexe, la taille, la nationalité, le domicile ou la résidence de l'intéressé¹. Mais dès que l'on quitte l'état civil d'un individu, l'identité se dérobe pour devenir une notion à peu près insaisissable. C'est dire à quel point la réflexion qui s'appuie principalement sur cette notion d'identité de l'État entendu comme ordre juridique (j'y reviendrai) est périlleuse.

Dans une belle formule qui sert de titre à un petit ouvrage sur la question, le philosophe Ali Benmakhlouf présente l'identité comme « une fable philosophique »². Il explique notamment dès les premières pages de son livre que l'identité est une idée qui flotte entre l'unité et la multiplicité³. Il y a plus de deux siècles, Hume a montré le caractère construit et médiat de l'identité : c'est toujours par une *attribution* que nous posons une identité⁴. Ces premières remarques, très générales, ne visent pas à inscrire cette réflexion dans une perspective résolument philosophique, ni même à indiquer que la notion d'identité sera examinée de manière autonome : il sera bien question de l'identité de l'État à travers son ordre juridique. Mais observons dès maintenant qu'il n'est pas possible d'évoquer l'identité sans s'arrêter sur les interrogations inhérentes à cette notion, qui dépassent de très loin le cadre du droit.

Y a-t-il seulement une « bonne méthode » pour se pencher sur la notion d'identité ? Soyons directs : non. Pour le sociologue américain Rogers Brubaker, le terme d'identité « est trop ambigu, trop écartelé entre son acception "dure" et son acception "faible", entre ses connotations essentialistes et ses nuances constructivistes, pour satisfaire aux exigences de l'analyse sociale »⁵. Pour le dire autrement, l'identité est presque impossible à approcher « scientifiquement ». Qu'à cela ne tienne, nous allons poursuivre sans filet.

1 Décret n°55-1397 du 22 octobre 1955 instituant la carte nationale d'identité.

2 Benmakhlouf (A.), *L'identité. Une fable philosophique*, PUF, philosophies, 2011, 180 p.

3 *Ibid.*, p. 23.

4 Hume (D.), *Traité de la nature humaine*, GF Flammarion, livre I, quatrième partie.

5 R. Brubaker et F. Junqua, « Au-delà de L'"identité" », Actes de la recherche en sciences sociales, sept. 2001, vol. 139, p. 66.

Si le mot « identité » nous fait remonter jusqu'aux grecs anciens, son usage contemporain se caractérise par un changement de fond : l'irruption du terme dans la sphère sociale. L'usage du mot identité dans l'espace public et son utilisation très fréquente dans le discours politique ont banalisé cette identité envisagée à l'échelle de groupes sociaux, mais il faut garder à l'esprit que c'est une acception très récente, qui a quelques dizaines d'années seulement. Il nous faut donc creuser l'apparition de cette nouvelle dimension de l'identité, pour mieux saisir ce que peut être l'identité d'un ordre juridique étatique.

A l'origine, l'identité est un mot qui renvoie à la racine latine *idem*, et qui désigne le fait pour deux ou plusieurs choses de n'être qu'une, d'être comprises sous une même idée. C'est l'unique sens que l'on trouve pour ce mot en français à la fin du XVIIIe siècle, dans le premier dictionnaire de l'Académie française. Une racine commune donne ainsi l'adjectif identique. De ce premier sens, on peut retenir une idée importante, qui est celle de la comparaison. L'identité est dès l'origine une notion associée à la comparaison.

C'est ainsi que l'on peut glisser sans trop de difficultés au seul sens juridique de l'identité, celui qui est lié aux caractéristiques de l'individu, et qui relève de la situation des personnes et de l'État civil. Les éléments de l'identification d'un individu sont ceux que l'on peut associer pour désigner une seule et même personne. La comparaison permet ici de *distinguer* une personne d'une autre.

Or, il est intéressant de constater que c'est précisément le droit qui va produire ce que l'on pourrait appeler la « révolution du sens » de l'identité. C'est par le droit que l'on passe, en quelque sorte, de l'adjectif identique au néologisme « identitaire », dont les médias se sont largement saisis. Mais n'allons pas trop vite : nous avons pour l'instant le sens premier du mot, et son sens juridique, qui apparaît au lendemain de la révolution, lorsque l'état civil devient une compétence confiée à des officiers agissant au nom de l'État⁶. Grâce au droit, la naissance, le mariage et la mort sont bien plusieurs choses ramenées à une seule : une personne physique. Il en va de même pour le nom, le lieu de naissance ou le domicile. Longtemps, l'identité ne désigne donc que deux choses : le caractère de ce qui est identique, et les caractéristiques associées à une personne physique, un individu.

Mais l'identité n'apparaît-elle pas dans de célèbres textes et discours avant le XXe siècle ? Si l'on cherche dans la fameuse conférence de Renan, « *Qu'est-ce qu'une nation* », la seule occurrence du mot identité que l'on trouve est rapprochée du mot « corps », au sens physiologique⁷, ce qui prouve que le terme ne se conçoit encore en 1882 que comme un élément rattaché à l'individu.

Comment va alors se produire le glissement sémantique qui aboutira à faire de l'identité un concept de plus en plus présent dans les sciences sociales ? Tout vient de cette tension évoquée *infra* entre l'unité et la multiplicité. A partir du moment où le droit désigne des individus en leur attribuant une identité, des caractères fixes et continus, un récit de cette identité peut se forger. A mesure que l'individu est désigné par son identité, il se regarde en elle et s'en saisit comme d'un attribut distinctif. C'est bien le droit qui a ouvert la « boîte de Pandore » de l'identité.

6 C'est le 20 septembre 1792 que l'Assemblée législative adopte le décret qui régleme nte l'état civil des citoyens. Sur ce point voir Noiri el (G.), « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses. Sciences sociales et histoire*, 1993, n° 13 pp. 3-28.

7 Renan (E.), *Qu'est-ce qu'une Nation ?*, Le mot et le reste, coll. « Attitudes », 2007, p. 24.

Ainsi est-on ramené à la particularité du *sujet* : identifier des objets est un acte univoque, mais l'identité d'un sujet, d'une personne, est un acte qui devient réflexif. Celui qui est identifié se regarde à travers cette identité, pour l'interroger et en éprouver les limites. Ainsi se noue la tension fondatrice : l'individu se distingue du groupe, et dans le même temps, il reçoit des attributs qu'il partage avec d'autres membres du groupe, à l'image de la nationalité.

C'est par ce mécanisme de *l'identification* que s'est développé un second sens de l'identité : celui de l'ipséité. Constitué avec la racine latine *ipse*, qui signifie « en personne » et désigne pour le sujet le fait d'être soi-même, l'ipséité est le fait d'être irréductiblement distinct de tout autre en tant que personne. Ainsi, en se frottant à sa signification juridique, l'identité n'est plus seulement le caractère de ce qui est identique, elle devient la marque de la singularité. A travers la comparaison, on fait donc émerger à la fois ce qui est le même et ce qui différencie des autres. Ainsi, le même mot désigne deux choses à la fois fort différentes et logiquement reliées⁸. L'unité et la multiplicité.

Cette évolution sémantique explique comment l'identité a pu progressivement investir le domaine social et le discours public, surtout à partir des années 1960, et d'abord aux États-Unis⁹. A partir du moment où l'identité renvoie à ce qui est propre à un individu, un simple glissement permet d'envisager l'identité d'un groupe social. Saisie par la sociologie puis par l'ensemble de la sphère politique, l'identité est aujourd'hui « servie à toutes les sauces », même les plus indigestes. Pour schématiser, on pourrait dire désormais que dès qu'il y a comparaison, on invoque tôt ou tard l'identité.

Nous sommes donc contraints d'avancer à tâtons, en prenant garde aux pièges de la notion d'identité, et pourtant il reste une difficulté importante : si on la retire de la sphère de l'individu, l'identité a-t-elle une existence empirique, ou n'est-elle qu'une construction, vouée à n'être toujours que relative ? Cela revient à se demander si l'identité peut renvoyer à une essence. Dans le cas de l'individu, on peut l'imaginer : le mouvement réflexif a essentialisé l'ipséité de l'individu en tant que sujet. Mais peut-il y avoir une identité de type collective qui soit connaissable, « essentialisable » ? Et bien non. Si l'on cherche des éléments profonds, constants ou fondateurs d'une identité, on ne trouve que du ressenti, du subjectif, bref, rien de scientifique. On pourrait presque s'arrêter là finalement, et dire pour vérité : une identité collective n'existe jamais comme une réalité, elle est le résultat d'une relation qui dépend de celui qui la tisse.

Mais nous sommes rattrapés par l'évocation de l'État, que nous assimilons donc ici et pour les besoins du raisonnement juridique à l'« ordre juridique » étatique. Comme tout juriste par nature méfiant de ce qui est trop fuyant, nous sommes plus familiers de la réalité matérielle. Nous avons par exemple bien du mal à composer avec la nation, terme peu définissable, et plus encore avec l'insaisissable identité nationale. Ainsi, lorsque les juristes évoquent l'identité, c'est le plus souvent pour l'associer à un objet familier, connaissable. Le Conseil constitutionnel a sorti de son chapeau l'identité constitutionnelle, et nous traitons à l'occasion de ce colloque de l'identité de l'État, c'est à dire donc de l'identité de l'ordre juridique étatique¹⁰, afin de raisonner d'abord sur le droit. L'État dont il est question dans

8 C'est à Paul Ricoeur que l'on doit la distinction entre l'identité *ipse* et l'identité *idem*, in *Soi-même comme un autre*, Points, Essais, 2015.

9 R. Brubaker et F. Junqua, « Au-delà de L'«identité» », *op. cit.*, p. 67.

10 Nous empruntons ici au raisonnement kelsénien une assimilation de l'État à l'ordre juridique étatique. C'est à dire que pour les besoins de la démonstration – et donc sans dimension d'adhésion idéologique

cette contribution est donc un État au sens restreint du terme, qui est son sens strictement juridique et normatif. N'a-t-on pas ainsi l'assurance de ne pas s'égarer dans la réflexion sur l'inexistant ? Rien de moins sûr. Parce que le grand mérite d'évoquer l'identité d'un ordre juridique comme celui de l'État, c'est d'interroger l'existence même du concept d'ordre juridique, sa réalité. Et nous ne sommes pas à l'abri de surprises en la matière : l'existence de l'ordre juridique étatique n'a rien d'évident.

Nous voilà donc à chasser un problème par un autre, en passant de l'impossible essence de l'identité à l'insaisissable ordre juridique étatique. Qu'est-ce qu'un ordre juridique ? Il faut commencer par dire que c'est une idée, au sens kantien du terme, c'est à dire quelque chose d'éloigné de la réalité matérielle et objective. Pour s'en convaincre il suffit de constater que l'on ne peut pas représenter l'ordre juridique, on ne peut même pas le quantifier, parce que par le jeu des renvois de certaines normes à d'autres normes, on ne connaît pas ses limites précises. Sans doute avons-nous même tenté d'expliquer comme enseignant, ou de comprendre comme étudiant un schéma avec plusieurs ordres juridiques, et nous sommes sûrement arrivés au même constat : il est à peu près impossible de trouver le bon sens des inclusions entre ordres juridiques. L'idée même de pluralité des ordres juridiques est un défi à l'entendement, et elle aboutit aux grands problèmes de la théorie du droit : validité des normes, positivisme et théories de l'interprétation.

Une idée donc. Mais l'on ne peut pas se contenter de dire que l'ordre juridique est une idée. Il est une *superposition*, historique autant que philosophique, de règles et de principes. Un ensemble qui s'est formé par empilement de « couches » de règles, et dont la taille ne cesse par définition de s'accroître. Pour conceptualiser une telle hétérogénéité, il est utile de se référer aux *bornes* de cet ordre juridique. C'est ici que la référence spécifique à l'ordre *étatique* nous offre un moyen de mieux saisir notre objet. Le sommet de l'ordre juridique étatique, que Kelsen a comparé dans une des images les plus célèbres de la didactique juridique à une pyramide, est la constitution de cet État. Un ordre juridique étatique est donc clos par le haut par la constitution dudit état. Mais est-ce suffisant pour dessiner un contour ? Pour lister un certain nombre d'éléments distinctifs ? Si l'on veut accoler identité et État au sens d'ordre juridique, il faut bien en effet pouvoir comparer un ordre juridique étatique avec d'autres ordres juridiques. Or, l'ordre juridique français, par exemple, qui est caractérisé par la position suprême de la Constitution en son sein, ainsi que nous l'expliquent en chœur le Conseil constitutionnel¹¹ et le Conseil d'État¹², contient des dispositions qui le lient à l'ordre juridique de l'Union européenne. Ainsi l'article 88-1 qui énonce que « la République participe à l'Union européenne ». Ne faut-il pas y voir la dilution de la frontière entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique de l'union européenne ? Dans deux affaires retentissantes du 16 avril 2010¹³, la Cour de cassation a opéré cette lecture de la « constitutionnalisation du droit de l'UE », s'opposant aux juges du Palais Royal. Si la dispute a été largement commentée, il faut reconnaître que la position de la Cour de

– nous envisageons l'État comme phénomène juridique, en le considérant ici comme un système de normes.

11 Décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, JORF n°0187 du 11 août 2017 texte n° 1.

12 CE, ass., 8 févr. 2007, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110, Lebon 55.

13 C. cass., 16 avril 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli* (deux arrêts), n° 10-40001 et n° 10-40002, avis M. Domingo, *RFDA*, 2010, p. 445.

cassation était parfaitement soutenable d'un point de vue juridique¹⁴. Le fait de renvoyer à un traité qui caractérise lui-même un autre ordre juridique peut en effet être considéré comme une inclusion pleine et entière.

Si cette question a pu susciter cette controverse, c'est bien que l'ordre juridique français comporte des caractéristiques qui le distinguent de l'ordre juridique de l'Union européenne. L'on voit mal l'intérêt, en effet, de s'écharper autour de ces aspects si les deux ordres juridiques s'avéraient parfaitement comparables sur le fond... Le fait que le Conseil constitutionnel évoque « l'identité constitutionnelle » lorsqu'il est question du frottement avec le droit de l'Union est symptomatique : cela démontre qu'il croit à une singularité nationale.

Tout cela nous rassure sur notre capacité à envisager l'identité d'un ordre juridique étatique, à questionner cette notion. Grâce à la notion d'ordre juridique, nous ne cherchons pas l'introuvable identité d'un État entendu comme figure à la fois juridique et politique, mais plutôt les éléments distinctifs d'un ordre juridique conçu comme délimité. Il ne reste plus finalement qu'à régler le problème de la définition de l'ordre juridique, ou plutôt de l'utilisation de cette notion. Et c'est une question qui rejoint celle des enjeux de la globalisation. Il faut en effet tenir compte d'un bouleversement conceptuel issu de la globalisation, que l'on pourrait appeler la « mise en concurrence » des ordres juridiques. Lorsque nous pensons l'ordre juridique étatique aujourd'hui, nous considérons en effet qu'il se distingue d'autres ordres juridiques existant. Pourtant, comme concept, l'ordre juridique vise moins à distinguer qu'à unir. Un ordre juridique vise avant tout l'inclusion : l'inclusion de normes dans un système, l'inclusion de sujets de droit autour d'un socle unificateur. C'est bien cette idée qui conduisait Kelsen à réfuter toute distinction entre l'État et son ordre juridique¹⁵. Il y a bien une pluralité, mais l'on peut s'en accommoder parce qu'elle repose sur un nombre limité de principes, ceux de la Constitution, qui ont fait l'objet d'une approbation par les représentants du peuple. Cet ordre juridique inclusif et unificateur, dont on attend précisément qu'il réalise une unité¹⁶, est cependant aujourd'hui un socle de principes et de valeurs parmi d'autres, un objet juridique continuellement confronté à d'autres, et dont l'efficacité est sans cesse éprouvée, mesurée, et finalement contestée.

Faut-il alors, au nom d'une certaine modernité, considérer que l'ordre juridique doit être pensé désormais comme le siège des éléments distinctifs d'une institution ? L'ordre juridique a-t-il été suffisamment « digéré » par la théorie du droit pour devenir une notion servant à désigner des ensembles concurrents dans un monde globalisé ? Pour tenter de répondre à ces questions, il faut avoir à l'esprit d'un côté les périls que représente la construction de l'identité (I), et de l'autre le mouvement indéniable par lequel la globalisation redéfinit l'ordre juridique étatique (II).

14 Il est possible de considérer que la reformulation des articles 88-1et 88-2 de la Constitution par la loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifie la portée de ces articles et constitutionnalise les traités européens qui ont été refondus par le traité de Lisbonne.

15 Pour Kelsen, l'État est ordre juridique, et sa particularité est que c'est un ordre relativement centralisé (*Théorie pure du droit*, p. 379).

16 Leben (C.), « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, 2001, p. 30.

I. Les écueils de la construction de l'identité

Ainsi que nous l'avons rappelé, l'identité est toujours une construction, une relation déterminée par celui qui la crée. Cela revient à observer que le contexte de l'évocation de l'identité est toujours déterminant, et que cette évocation n'est jamais neutre. L'identité de l'ordre juridique français appréhendée par les juristes est ainsi caractérisée par une forte dimension de droit comparé, qui tend à souligner les faiblesses supposées du système considéré (A). Plus délicat encore, la construction de l'identité d'un ensemble laisse derrière elle des artifices qui survivent aux efforts de déconstruction (B).

A. De la comparaison des ordres juridiques à leur mise en concurrence

Après avoir combattu l'idée selon laquelle l'identité d'un ordre juridique serait une donnée objective, il faut considérer la possibilité de construire une liste d'éléments distinctifs au sein d'un ordre juridique étatique grâce à la méthode comparative. Ainsi, entre deux ordres juridiques, on peut rechercher la présence ou l'absence d'éléments spécifiques, et l'on peut aussi comparer la lecture faite par les juges (et au plus niveau par le juge constitutionnel) de deux principes communs. C'est exactement ce qu'a fait en France le Conseil d'État dans l'arrêt *Arcelor* : il a confronté l'interprétation française du principe d'égalité à l'interprétation européenne (faite par la Cour de justice) de ce principe¹⁷. Si ce type de méthode comparative n'a pas conduit jusqu'ici les juges français à opposer à leurs homologues européens des spécificités proprement nationales, d'autres juges constitutionnels se sont prévalus de ce type de spécificité pour exiger le respect de la singularité de certains éléments de leur ordre juridique¹⁸. La confrontation peut d'ailleurs être le plus souvent évitée grâce à la présence de dispositions conciliantes dans les différents ordres juridiques en cause : participation à l'Union européenne d'un côté ; respect de l'identité nationale des États membres de l'autre.

En confrontant ainsi les ordres juridiques à la recherche de leurs différences, on offre à l'observateur attentif les outils pour porter un regard subjectif sur les effets de la présence ou de l'absence de telle norme dans un système. Le système n'est plus regardé dans sa seule cohérence interne, il est jugé depuis l'extérieur, et l'on étudie plus l'ordre juridique mais *un* ordre juridique. L'on s'étonne alors plus couramment de l'absence de tel principe, du sens attaché à tel autre, et l'on en vient aisément à se convaincre que le justiciable a une situation plus favorable dans tel système que dans tel autre.

Faut-il y voir un progrès ? Après tout, il n'est pas facile d'expliquer à un citoyen x qu'il est moins bien protégé en tant qu'individu que le citoyen y qui a pour seule différence notable de vivre à quelques dizaines de kilomètres de lui, mais de l'autre côté d'une frontière étatique. N'est-on pas en droit d'espérer un nivellement par le haut des

17 Arrêt *Arcelor* précité : « le principe d'égalité, dont l'application revêt à cet égard valeur constitutionnelle, constitue un principe général du droit communautaire ; qu'il ressort de l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes que la méconnaissance de ce principe peut notamment résulter de ce que des situations comparables sont traitées de manière différente, à moins qu'une telle différence de traitement soit objectivement justifiée ; que la portée du principe général du droit communautaire garanti, au regard du moyen invoqué, l'effectivité du respect du principe constitutionnel en cause ».

18 Voir l'arrêt de la Cour constitutionnelle tchèque du 31 janv. 2012, décision Pl. ÚS 5/12, *Pensions slovaques*. Traduction en anglais disponible sur le site de la Cour constitutionnelle tchèque : [http://www.usoud.cz/en/decisions/tx_ttnews\[tt_news\]=37&cHash=911a315c9c22ea1989d19a3a848724e2](http://www.usoud.cz/en/decisions/tx_ttnews[tt_news]=37&cHash=911a315c9c22ea1989d19a3a848724e2). Pour un commentaire de cette décision, voir Saulnier-Cassia (E.) et Burès (P.), « Divergences autour du principe d'égalité des citoyens nationaux et européens entre la Cour constitutionnelle tchèque et la CJUE », *RTD eur.* 2013, p. 164-167.

patrimoines juridiques des individus ? L'on voit bien l'argument de la globalisation pointer derrière ce raisonnement : comparer conduirait, grâce aux lumières de la raison, à améliorer le sort de ceux qui étaient comparativement moins bien lotis.

Mais que faire alors de la parole du sage Solon, reprise dans le discours de Bayeux du général de Gaulle ? Selon la sagesse antique, à la question « quelle est la meilleure constitution », la réponse doit être : « dites-moi d'abord pour quel peuple et à quelle époque ». Il faudrait donc se soucier du peuple auquel s'applique un système de normes. Ainsi, dans un État A, l'absence de tel principe de droit présent dans un État B ne serait pas nécessairement une omission mais pourrait résulter d'un choix imputable en dernier ressort au pouvoir constituant.

Mais même lorsque l'on accepte l'idée qu'un ordre juridique est nécessairement attaché, par le jeu de la légitimité qui le fonde, à un peuple en particulier, le fait de comparer cet ordre juridique à un autre et de noter ses singularités et ses manques procède d'une mise en concurrence que l'on peut qualifier d'irréversible. C'est précisément la globalisation qui rend cette mise en concurrence irréversible. L'habilitation dont bénéficient un nombre croissant de juges issus d'ordres juridiques supra-étatiques pour examiner l'applicabilité de dispositions issues d'ordres juridiques étatiques rend la méthode comparative de plus en plus banale. Les grandes entreprises internationales utilisent ainsi cette mise en concurrence pour choisir de s'établir au sein de l'État dont le système juridique leur semble le plus apte à préserver leurs intérêts. Nous sommes bel et bien face à une pratique comparative qui s'est installée aussi bien auprès des juges qu'auprès des justiciables. Et l'on voit bien qu'une fois la pratique installée, il n'est plus possible de plaider pour un retour à la considération d'un ordre juridique à travers sa seule rationalité interne, de l'envisager comme le résultat de la volonté des représentants d'un peuple complétée par les aspirations renouvelées de ce peuple au fil du temps.

On peut résumer le procédé décrit par les trois étapes suivantes : interrogation sur une hypothétique identité ; comparaison des ordres juridiques entre eux à la recherche des éléments permettant de singulariser ; mise en concurrence des objets au regard des observations faites.

B. La puissance évocatrice des artifices de l'identité

Les étapes que nous venons de décrire peuvent aisément conduire à exagérer la réalité des singularités supposées d'un ordre juridique, ou à surinterpréter les raisons de ces singularités. Cela vient du fait qu'en elle-même, la découverte d'éléments singuliers au sein d'un ordre juridique, qu'il s'agisse de normes en plus ou en moins, n'instruit pas sur une prétendue identité. Découvrir par exemple la présence d'un principe de laïcité au sein de l'ordre juridique français ne signifie pas en soi que l'ordre juridique français est caractérisé, identifié, par la laïcité. Pourquoi ? D'une part parce qu'il existe d'autres normes qui limitent la portée ou le champ d'application de la laïcité en France (on peut citer notamment l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales qui prévoit la possibilité d'accorder un bail emphytéotique administratif en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public)¹⁹ ; d'autre part parce que la laïcité est un principe dont la

19 Voir sur l'application de cet article et sur les tempéraments au principe de non-subventionnement public des cultes les cinq arrêts du Conseil d'État du 19 juillet 2011 (*Commune de Trélazé*, n°308544 ; *Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône et M. P.*, n°308817 ; *Communauté urbaine du Mans – Le Mans Métropole*, n°309161 ; *Commune de Montpellier*, n°313518 ; *Mme V.*, n°320796.

subtilité de l'interprétation empêche d'en faire une caractéristique saillante d'un ordre juridique. Et l'on peut encore ajouter que sans y être toujours un principe écrit, la laïcité trouve un écho dans d'autres États, à l'instar de la Turquie (où elle est même ici inscrite dans la Constitution), du Québec, voire de la Belgique où une loi séparant l'Église et l'État fut votée dès 1831²⁰. Donc même si l'on considère que la laïcité est un élément de l'identité de l'ordre juridique français, il ne peut donc être soutenu que c'est une singularité unique en son genre.

Cet exemple n'est bien sûr pas choisi par hasard, puisque ce principe de laïcité est celui qui revient le plus souvent pour illustrer l'hypothétique contenu de l'identité constitutionnelle de la France. Or, donner un contenu à l'identité supposée d'un ordre juridique étatique est un geste fort, parce qu'il opère une simplification que recherche consciemment ou pas tout juriste qui s'interroge sur un ordre juridique. Si l'on pouvait dire : « l'ordre juridique français, c'est avant tout la laïcité, l'indivisibilité de la République, et une conception exigeante de l'égalité », comme ce serait commode ! Les choses sont cependant nettement plus nuancées et contestables dans les faits. Or les énoncés simples et percutants font souvent mouche. C'est cela que l'on peut désigner comme « la puissance évocatrice des artifices de l'identité ». Celui qui fait état de ces artifices est sans doute souvent de bonne foi²¹ ; il n'en demeure pas moins un pourvoyeur de fausses évidences.

Il faut donc observer qu'il est plus difficile de déconstruire une identité attribuée à un objet quelconque, que de construire cette identité²². Ainsi que l'observe Ali Benmakhlouf, « la recherche de l'identité spécifique se fait au détriment des traits ressemblants et minimaux »²³. Il existe un réflexe courant qui consiste à rechercher une forme d'unité à l'intérieur d'un système donné en cherchant à faire apparaître des principes matriciels, des repères qui serviront à offrir au système sa grille d'analyse interne. C'est au nom de cette démarche que les observateurs d'un ordre juridique sont aisément portés vers la désignation des caractéristiques premières, des spécificités de cet ordre. La doctrine est ici en première ligne : elle travaille à donner à l'ordre juridique qu'elle considère « son unité [en] le plaçant sous l'empire de la rationalité »²⁴. Plus généralement, c'est le « besoin de prévisibilité », inhérent au droit, qui « impliquerait l'agencement des normes juridiques en un système intelligible et rigoureux, ne comportant ni équivoque ni contradiction »²⁵. Il faut en effet transformer un ensemble de normes issus d'époques et de procédés extrêmement divers en un tout cohérent et fonctionnel. Et pour régler les problèmes d'interprétation qui se posent en permanence, rien de tel qu'une liste de quelques éléments qui formeraient l'identité d'un ordre juridique.

On voit bien que la référence à l'identité n'est pas toujours ou pas seulement une démarche guidée par la subjectivité de celui qui s'y prête ; elle est aussi une recherche de

20 Cette séparation belge s'accompagne néanmoins d'une prise en charge par l'État des pensions et traitements des ministres du culte, ainsi que du financement public des écoles confessionnelles.

21 L'auteur de ces lignes confesse avoir cédé à cette simplification dans certains de ses écrits.

22 L'on songe ici à ce que Paul Amsselek nomme le principe de « l'asymétrie du bullshit », et qui renvoie au théorème de Brandolini, du nom de l'informaticien italien qui l'a formulé, lequel énonce : « la quantité d'énergie nécessaire pour réfuter une foutaise est d'un ordre de magnitude supérieur à celle qui l'a produite » (Amsselek (P.), *De l'art de raconter n'importe quoi en philosophie*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2019, p. 5.

23 *L'identité. Une fable philosophique*, op. cit., p. 46.

24 Chevallier (J.), « L'ordre juridique », in CURAPP, *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 11.

25 *Ibid.*, p. 12.

cohérence pour dépasser le foisonnement que représente tout ordre juridique. La puissance évocatrice attachée à toute référence à l'identité n'en demeure pas moins présente : l'identité est une aubaine pour celui qui cherche à se repérer dans le fourmillement d'un ordre juridique. L'artifice de l'identité a donc aussi une fonction de construction systémique. Il permet de se repérer à l'intérieur d'une pluralité de normes formellement placées au sommet de l'ordre juridique, comme l'illustre parfaitement l'emploi de la notion d'identité constitutionnelle de la France.

Un dernier élément utile à la compréhension du phénomène de construction d'une identité évocatrice et performative est la fonction de *cohésion*. Ainsi que l'a bien expliqué J. Chevallier, la cohésion est fondamentale dans un système organisé, et elle conduit à la fois à une différenciation avec l'extérieur, et à la recherche de l'existence d'une identité commune aux divers éléments constitutifs : « l'ordre juridique (...) est le produit d'une scission au sein de la réalité sociale : il passe par le tracé d'une séparation, d'une ligne de démarcation, d'une frontière avec l'extérieur »²⁶. Et ce mouvement est donc celui qui vient cristalliser l'identité spécifique de l'ordre juridique vis-à-vis de l'extérieur. C'est une réponse sans cesse répétée à une recherche quasi instinctive de cohésion au sein de toute communauté politique.

Tout cela nous amène donc à constater que si la construction de l'identité n'évite jamais une part d'arbitraire et s'apparente donc à un artifice, elle n'en est pas moins un comportement inévitable au sein d'un système comme l'est l'ordre juridique. Les mises en garde ne peuvent suffire à lutter contre un phénomène inhérent à l'existence d'une institution incarnée par un ordre juridique. Or, le phénomène de globalisation agit comme un catalyseur de l'identité d'un ordre juridique étatique.

II. L'ordre juridique étatique fabriqué par la globalisation

Parmi les très nombreuses manières d'aborder la globalisation, nous nous en tiendrons ici à une approche non pas descriptive mais empirique et dynamique. C'est à dire que pour tenter d'apporter des éléments de compréhension, nous partons de la globalisation comme expérience de transformation des institutions par des contacts toujours plus intenses et répétés. Nous nous focalisons donc sur les effets de cette globalisation qui remodèle et fabrique l'ordre juridique étatique. Pour ce faire, il faut envisager les mécanismes qui permettent la cristallisation de l'identité (A) ; ce qui conduit à regarder l'ordre juridique et le récit dont il fait l'objet comme un miroir de l'État (B).

A. Les ressorts de la cristallisation de l'identité

Une fois la mise en concurrence des ordres juridiques actée, s'enclenche donc un processus d'identification des convergences et des divergences entre les différents systèmes qui fait émerger des signes distinctifs plus ou moins nets. Le parallèle avec ce qui se passe entre les individus peut nous permettre de nous représenter les choses : de la même manière que l'identité de l'individu se forme au contact de semblables dont il se distingue, l'identité de l'État se forme au contact à la fois d'autres États, et d'autres types d'ordres juridiques.

26 *Idid.*, p. 14.

La globalisation vient ainsi généraliser et intensifier le frottement des ordres juridiques entre eux. Et en observant les effets que produisent ces frottements, on perçoit l'organisation sous forme de *systèmes* des ordres juridiques : ils s'alimentent et s'enrichissent, à condition de conserver chacun leur autonomie propre. Ce qui caractérise peut-être le plus nettement un ordre juridique, c'est en effet son autonomie, c'est à dire le fait qu'il ne dépend pas d'un autre pour disposer de normes valides. On peut ainsi mettre à part certaines institutions qui, faute d'une réelle autonomie dans la production de normes, ne constituent pas des ordres juridiques²⁷. Ce critère de l'autonomie est ainsi rappelé par Michel Virally²⁸, lorsqu'il évoque le pluralisme des ordres juridiques.

L'autonomie est donc ce qui permet d'envisager l'identité d'un ordre juridique, de le concevoir comme un système dont le fonctionnement optimal dépend d'un subtil équilibre entre ouverture et fermeture. L'autonomie n'est en effet jamais parfaite. Jacques Chevallier observe ainsi que « tout comme la fermeture conduit à la mort par asphyxie ou entropie, l'ouverture conduit à la mort par dissolution ou éclatement », et il en conclut que tout système « est à la fois ouvert (...) et fermé » et se détache de son environnement « par la constitution d'une identité spécifique »²⁹. L'identité d'un ordre juridique est supposée exister à partir du moment où l'on constate que cet ordre peut s'enrichir sans perdre sa nature propre, tout en conservant une certaine étanchéité qui est la marque de son autonomie. Ce phénomène illustre particulièrement ce que l'on entend lorsque l'on expose que l'identité est une relation plutôt qu'une essence.

Malgré ce subtil jeu d'ouverture / fermeture, le processus de différenciation des ordres juridiques n'échappe pas à certains artifices. L'identité qui résulte de cette différenciation par comparaison peut en effet apparaître déformée, exagérée sur certain aspect, ou en ignorant d'autres. Là encore, c'est la position de celui qui cherche à différencier qui est déterminante. Un juge constitutionnel n'a pas la même lecture de l'ordre juridique qu'un juge judiciaire. Et la différence est sans doute plus grande encore entre le juge de l'Union européenne et une Cour constitutionnelle d'un État membre. Pour bien comprendre comment les différences varient selon les situations, on peut aussi songer aux nombreuses confrontations auxquelles un même ordre juridique est soumis. La comparaison entre l'ordre juridique français et l'ordre juridique international n'aboutit pas à isoler des caractéristiques identiques au fil du temps, pas plus qu'elle ne recoupera la comparaison entre l'ordre juridique français et l'ordre juridique allemand. Force est de constater, donc, que l'identité, toujours évoquée au singulier pour un État, change non seulement au fil du temps, mais aussi selon l'objet avec lequel on la compare.

Ramenée à l'État, l'identité comporte par ailleurs une dimension spécifique qui est liée à la *légitimité* dont dispose cet État. Si l'on peut bien entendu construire une identité en dehors de l'État, le plus souvent à un niveau infra-étatique, mais aussi parfois à un niveau supra-étatique³⁰, celle qui correspond à l'État bénéficie de la légitimité propre à celui-ci. Cela

27 Citons par exemple la famille, qui ne forme pas un ordre juridique, bien qu'il s'agisse d'une institution. Il faut rappeler que Santi Romano considérait au contraire que toute institution était un ordre juridique (*L'ordre juridique*, Dalloz, rééd. 2002 (2^e éd. 1975), p. 77). Cette position renvoie alors à la fois à sa définition spécifique de l'institution, et à celle de normes. Si la théorie de Romano ouvre de manière fort intéressante sur le pluralisme des ordres juridiques (à travers notamment la notion de *relevance*), son assimilation de l'ordre juridique à l'institution empêche précisément d'utiliser l'idée d'autonomie qui nous semble pourtant indispensable.

28 Virally (M.), *La pensée juridique*, LGDJ, 1998, p. 204.

29 « L'ordre juridique », *op. cit.*, p. 19.

30 Voir la déclaration sur l'identité européenne à la suite du sommet européen de Copenhague en 1973.

vient de ce que l'on peut appeler « la primauté de l'allégeance nationale »³¹, qui est l'un des effets de ce que plusieurs théoriciens nomment *la puissance de l'État*. L'identité de l'État est ainsi plus évidente parce qu'elle est plus universellement partagée. Même si la globalisation, par l'ouverture qu'elle implique, modifie l'ordre juridique de l'État, elle conduit surtout à repenser constamment l'identité propre de cet État comme une partie inaccessible de son être. Parce que l'État représente la figure institutionnelle majeure depuis les traités de Westphalie, il voit son identité liée à son existence même.

Si l'on regarde maintenant vers le contenu supposé de cette identité de l'ordre juridique étatique, l'exemple du poids de la question religieuse dans la cristallisation de l'identité est éclairant. Le rôle joué par l'école est en l'espèce incontournable. L'exemple français est caractéristique. Les aspects religieux étaient conçus comme base de l'identité nationale dans les manuels scolaires des écoles catholiques françaises au XIXe siècle, avant que le grand récit de l'école laïque et républicaine prenne le relais de l'évocation de cette identité nationale. Il en a résulté une tension dans les fondements idéologiques de cette identité nationale, particulièrement propice aux récits, et donc à la concurrence des récits. Or, cette identité nationale, bien plus délicate et incertaine encore que l'identité de l'État qui résulterait de l'analyse de son ordre juridique, apparaît toujours en filigrane lorsqu'on évoque l'identité étatique. La cristallisation de l'identité se fait donc couramment en dehors du droit, dans des domaines qui, à l'instar de la question religieuse, s'imposent en raison de leur caractère fondateur. C'est ainsi que dans l'Union européenne qui ne réunit que des pays d'héritage chrétien, la question de l'inscription des racines chrétiennes dans les textes fondateurs refait régulièrement surface³². L'identité, même considérée au seul prisme du droit, n'échappe jamais aux récits nationaux, voire supranationaux.

Pour achever d'envisager l'effet d'engendrement que produit la globalisation sur l'identité de l'État, il est utile de regarder en dernier lieu l'ordre juridique comme le miroir de l'État.

B. L'ordre juridique comme miroir de l'État

La relation qui se tisse entre l'État et l'ordre juridique auquel il donne lieu est une relation singulière, qui n'est sans doute pas uniquement *d'appartenance*. Cela vient du fait que l'ordre juridique n'est pas simplement le contenant juridique de l'idée d'État, il est aussi le lieu de sa transformation, de son renouvellement : en un mot, c'est le siège par excellence de l'idée d'identité. L'ordre juridique sert alors de révélateur, de miroir : il exprime la matérialité de l'État, au-delà de ce qu'Hauriou appelait dans sa théorie de l'institution l'« idée d'œuvre ». Si l'État naît bien autour d'une idée d'œuvre, il ne peut être appréhendé comme phénomène qu'à travers l'existence de son ordre juridique³³. Toute autre approche conduit à se diriger vers une conception métaphysique de l'État, qui n'est donc plus

31 Déloye (Y.), « La nation entre identité et altérité. Fragment de l'identité nationale », in Chevallier (J.) (dir.), *L'identité politique*, Publications du CURAPP, 1994, p. 284.

32 Ainsi le préambule du Traité établissant une Constitution pour l'Europe dont le président français de l'époque, J. Chirac, ne voulait pas qu'il fasse mention des racines chrétiennes de l'Europe. Plus récemment, c'est le commissaire européen Pierre Moscovici qui a créé des remous dans le débat public en déclarant ne pas croire aux origines chrétiennes de l'Europe.

33 Pour faire dialoguer a posteriori Hauriou et Santi Romano, on peut observer que pour le second, le droit n'est pas seulement la norme posée, mais encore l'entité qui la pose (*L'ordre juridique, op. cit.*, p. 7). Ainsi pour Romano, le concept d'ordre juridique est exactement synonyme du concept d'institution (p. 19).

exclusivement celle de la connaissance. A l'image du corps pour l'individu, l'ordre juridique est ce que l'État donne à voir de lui-même.

La difficulté est alors qu'à chaque fois qu'un sujet se contemple dans un miroir, le reflet est réinterprété par le regard de celui qui se découvre. L'ordre juridique ne montre ainsi à toute figure de l'État qui s'y contemple que ce qu'elle veut bien regarder, ou que ce qu'elle voit sincèrement mais jamais de manière objective. Il n'y a pas dans un miroir un reflet froid, mais toujours ce que l'on regarde, et souvent seulement ce que l'on *peut* voir. Cela nous éclaire sur le sort de l'identité de l'État à travers le temps : comme le reflet du miroir, l'ordre juridique change au fil du temps mais continue de désigner pour l'observateur une seule et unique réalité. Cette permanence ne tient qu'à condition de minorer certains changements, et de croire à la stabilité des interprétations. En effet, ainsi que l'observe Olivier Cayla, on aperçoit l'« identité sens cesse altérée du souverain nominal » à partir du moment où l'on tient compte de « la tension herméneutique entre le premier moment de l'écriture et le second moment de la lecture »³⁴. Bien que texte suprême, la Constitution n'est jamais hors d'atteinte des enjeux interprétatifs.

Peut-on malgré tout faire une place à un certain degré d'immuabilité de l'identité de l'État ? Raisonons sur cette idée pour tenter d'y voir plus clair. S'il ne se traduisait pas en un ensemble de normes, l'État ne se donnerait pas à voir, il ne serait qu'une idée portée par des gouvernants soumis aux aléas du pouvoir. On parle justement parfois d'« État profond », surtout dans le monde anglo-saxon, pour désigner un fonctionnement des affaires publiques qui résisterait aux changements des dirigeants politiques et de leurs décisions. L'expression est intéressante parce que l'État profond est justement l'inverse de l'ordre juridique. Il est le caché, l'intériorisé, ce qui ne se reflète dans aucun miroir. Mais cette profondeur qui ne peut être que supposée existe-elle vraiment ? Impossible de l'affirmer. Derrière l'ordre juridique, il n'y a rien dont on pourrait prouver l'existence, et surtout rien dont on pourrait raconter l'identité. Il n'y a que des discours, propres à ceux qui les tiennent. Cette idée d'une « méta-identité » protégée des changements conjoncturels résiste encore moins à l'épreuve de la rationalité que l'identité ramenée à un ordre juridique comme celui de l'État.

Il reste pourtant des auteurs, et certains dont la voix porte, pour réfuter cette idée d'une identité d'abord et avant tout construite, et par définition malléable. Citons par exemple la sociologue Nathalie Heinich qui dénonce « le piège d'un constructivisme exacerbé ou d'un postmodernisme naïf »³⁵ à propos de la position moderne critique marquée par selon elle par le « gauchisme » et qui consisterait à analyser l'identité nationale comme une « construction historique (...) autrement dit une illusion »³⁶. Ce raisonnement s'appuie sur les perceptions communes et répétées de l'identité, sur les recoupements dont elle est l'objet, y compris parmi les universitaires. Mais n'est-ce pas le propre des récits que de convaincre ceux qui les écoutent, de leur proposer des éléments qu'ils pourront s'approprier plus ou moins largement ? La capacité de pénétration dans l'opinion n'offre en elle-même aucune garantie quant à la réalité objective d'un phénomène.

C'est ici qu'il faut faire une place, pour conclure, à la nécessité des récits. Au terme de notre analyse, la conclusion à laquelle il s'agit d'arriver n'est surtout pas celle du caractère inepte de l'identité de l'État. Toute construite et relative soit elle, l'identité

34 Cayla (O.), « l'obscur théorie du pouvoir constituant originaire... », p. 264.

35 Heinich (N.), *Ce que n'est pas l'identité*, Le débat, Gallimard, 2018, p. 30.

36 *Ibid.*, p. 25.

conserve en tant que relation son pouvoir d'éclairage des enjeux de la globalisation. Si la globalisation aiguise le phénomène d'apparition d'une identité à l'échelle de l'État, ce phénomène n'est pas exclusivement lié à la globalisation. L'identité a en effet avoir avec la conscience qu'une communauté politique se donne d'elle même. De ce point de vue, l'État manifeste les fondements de sa puissance symbolique et juridique.

Ajoutons que si le droit n'est plus l'objet d'une pensée ordonnée et attachée à l'État, il devient un ensemble de règles désincarnées qui, faute de territorialité, s'attache à un individu éminemment abstrait. Le droit globalisé est un droit qui, en définitive, ressuscite dans sa forme la plus abrupte la question de sa validité. Sans la dimension politique et contractualiste du corps social, l'ordre juridique mondialisé est une créature sans maître. Où l'on voit bien que le récit de l'identité d'un ordre juridique est celui qui donne à une institution comme l'État ses symboles unificateurs. Le récit, et la place qu'il fait à l'identité, est ce qui permet l'évocation d'une communauté politique.