

Théo Fraysse
Doctorant
Université de Limoges
theo.fraysse@unilim.fr

Objet : contribution pour Congrès de l'AFDC 2026

Pour une culture constitutionnelle de l'externalisation : approche comparée

S'interroger sur l'existence d'une culture constitutionnelle de l'externalisation invite à dissiper deux écueils : l'un est relatif à la définition de la culture constitutionnelle¹. L'autre implique de savoir ce qu'est l'externalisation².

Selon une définition proposée par l'Ortolang, on entend par culture un « *ensemble de connaissances et de valeurs abstraites qui, par une acquisition généralement méthodique, éclaire l'homme sur lui-même et sur le monde, enrichit son esprit et lui permet de progresser* ». La culture véhicule deux versants : elle permet à l'humain de progresser sur lui-même et sur le monde. En ce sens, elle offre à l'individu un « *geste* » d'ouverture, dès lors qu'elle est à la fois un lieu de connaissances intrinsèque et extrinsèque. Elle est aussi enrichie d'une dimension dynamique et accompagne le juriste vers un changement de paradigme³.

En ce qui concerne l'externalisation (*outsourcing*), elle relève initialement du concept⁴. Assez peu étudiée en droit, son utilisation dans le discours de gestion des services publics est courante, bien qu'elle soit émoulee de la science managériale initialement. Si l'on essaye de lui apporter une définition juridique, l'on peut dire que l'externalisation est une attribution totale ou partielle par une personne publique d'une activité relevant préalablement de sa compétence, à une personne de droit privé exogène à ses propres services, sous son contrôle⁵.

L'étude de l'externalisation intéresse donc nécessairement le juriste constitutionnaliste dont la matière d'étude demeure avant tout et surtout la Constitution. Ne serait-ce qu'en raison de ce que la rencontre entre service public et Constitution est souvent de l'ordre du rendez-vous manqué⁶. C'est bien sur ce point justement que se retrouvent « *culture* » et « *externalisation* », précisément parce que les deux notions sont « *chaotiques* »⁷ et évoluent comme une espèce vivante.

¹ E. MAK, Le rôle de la culture constitutionnelle, *Les Cahiers de la Justice*, 3(3), 2010, p. 47.

² R. RENEAU, L'externalisation administrative. Éléments pour une théorie, Thèse, Université de Montpellier, 2017.

³ J. VANDERLINDEN, Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigme de la science juridique, *RIEJ*, 2002, 49, p. 11.

⁴ L. VANIER, L'externalisation en matière administrative. Essai sur la transposition d'un concept, Paris, D., coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 179, 2018, p. 22.

⁵ D. TAZI, Externalisation de la maintenance et ses impacts sur la sécurité dans les industries de procédés, Thèse, INP Toulouse, 2008.

⁶ N. FOULQUIER et F. ROLIN, Constitution et service public, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 37(4), p. 21.

⁷ N. TALEB, Antifragile: Things That Gain from Disorder, New York, Random House, 2012.

De ce point de vue, la culture et l'externalisation possèdent une dimension commune : celle de l'évolution. LUCRECE définit l'évolution comme « *le fruit de la capacité des êtres vivants à se reproduire à un moment donné, dans un environnement donné* »⁸. Viendrait alors à point nommé notre idée sous-jacente de présenter la notion de culture constitutionnelle de l'externalisation par le prisme de l'environnement. Il serait alors temps de penser l'externalisation par les personnes publiques comme un grand organisme vivant où tout est connecté⁹. Dès lors, l'externalisation peut s'envisager comme une méthode de gestion des services publics. Elle mérite ainsi de faire l'objet d'une incursion dans la matière constitutionnelle¹⁰ souvent confinée à une approche essentialiste, dépassée, qui la caractérise¹¹.

L'externalisation demeure toutefois difficile à saisir, dans la mesure où elle est à la fois résultat : c'est l'externalisation-finalité. Mais aussi moyen : c'est l'externalisation-modalité. Sa traduction de l'anglais *out sourcing* peut être découpée en deux terminaisons. D'une part, le *out* : c'est l'extériorité, donc le résultat. D'autre part, le *sourcing* constitue l'extériorisation donc le moyen d'arriver au résultat. Dans le premier cas, l'externalisation est le produit d'un arbitrage c'est-à-dire comme le résultat d'un mouvement vers l'extérieur¹². Dans le second cas, l'externalisation est une méthode dans un contexte d'interdépendance entre le public et le privé, entre le national et l'international. Une définition satisfaisante de l'externalisation est celle qui prend acte de l'inversion des organisations hiérarchiques¹³. Suzanne LEQUETTE a proposé l'idée du contrat-coopération pour situer l'externalisation à mi-chemin entre une intégration verticale et une contractualisation de l'action publique¹⁴.

Toutes deux saisies comme un fait social vivant, en mouvement, la Constitution et l'externalisation méritent comme point de départ le droit comparé¹⁵ (I). Enfin, nous interrogerons l'existence hypothétique d'une culture constitutionnelle globale de l'externalisation¹⁶ (III), pour mieux appréhender le cas français (II).

I Une culture constitutionnelle ou des cultures constitutionnelles de l'externalisation

⁸ M. SERRES, *La Naissance de la physique dans le texte de Lucrèce. Fleuves et turbulences*, Paris, Minuit, 1977.

⁹ J. LOVELOCK, *La Terre est un être vivant. L'hypothèse Gaïa*, Paris, Flammarion, 2017.

¹⁰ R. DE BELLESCIZE, *Les services publics constitutionnels*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2005.

¹¹ R. L. CARTWRIGHT, *Some Remarks on Essentialism*, *The Journal of Philosophy*, vol. 65, n° 20, 1968, p. 615.

¹² M. HOLWEG et F. K. PIL, *Outsourcing complex business processes*, *California Management Review*, vol. 54, n° 3, 2012, p. 99.

¹³ N. POULET, *Le pouvoir hiérarchique*, *RFDA*, 2007, p. 508.

¹⁴ S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Paris, Economica, 2012.

¹⁵ R. H. GOMES DA SILVA, *L'externalisation dans les services publics au sens restreint à destination des personnes privées : étude comparée France-Brésil*, Thèse, Université Rennes-I, 2017.

¹⁶ K. BENYEKHEF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008.

Récemment en Amérique latine, les débats se sont cristallisés autour d'une culture constitutionnelle du « *vivant* »¹⁷. Inspirés d'une culture de la Constitution, comme objet dynamique, presque insaisissable et difficilement autonome, les doctrinaires ont fait leur miel de la culture constitutionnelle¹⁸. Ce qui compterait désormais, c'est l'intégration de considérations vraiment « *environnementales* », adaptées au monde dans lequel se mue la Constitution. Ainsi, va au constitutionnalisme occidental la valeur d'échange (B) au constitutionnalisme andin, va la Pachamama¹⁹ (A).

A L'influence du constitutionnalisme andin : un droit de la protection environnementale

La culture constitutionnelle andine amène à se demander si le monde n'est pas devenu Stone²⁰. Elle part du constat que le progrès scientifique n'est pas synonyme de connaissance univoque de la nature et répudie en ce sens la vertu des mathématiques (1) comme base d'une culture civilisationnelle (2).

1 La révocation des connaissances mathématiques

En 1962, la publication de l'ouvrage *Silent Spring* de Rachel Carson marque une étape décisive dans la prise en compte des enjeux environnementaux. C'est bien dans la doctrine latino-américaine qu'apparaît l'expression de « *constitutionnalisme environnemental* »²¹ à la fin des années 1990. Ainsi le constitutionnalisme écocentrique s'oppose au constitutionnalisme anthropocentrique. Le premier repense le lien entre humain/non humain. Il opère une profonde réflexion sur les communautés autochtones et les conséquences de l'Anthropocène. L'idée serait donc d'inverser le cours des événements engagés par l'être humain, afin de revenir à un ordre naturel des choses²².

Ce constitutionnalisme montre combien il est délicat d'appréhender la nature à l'aune des postulats scientifique et mathématisant. Elle montre aussi combien il importe de combler la césure entre vivant humain et vivant non humain. Pour la culture constitutionnelle andine, la nature c'est le monde de la vie, faisant écho à l'expression de JEZE pour qui « *l'étude du droit c'est l'étude de la vie* »²³. L'idée selon laquelle les nombres mathématiques permettraient d'accéder à une connaissance univoque du monde réel est pourfendue par la doctrine

¹⁷ M. DISANT, *Le contrôle du conseil constitutionnel en matière environnementale*, in V. CHIU et A. LE QUINIO (dir.), *La protection de l'environnement par les juges constitutionnels*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 187.

¹⁸ C. CERDA-GUZMAN, *Costa Rica : le paradis de la jurisprudence verte*, in V. CHIU et A. LE QUINIO (dir.), *La protection de l'environnement par les juges constitutionnels*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 221.

¹⁹ E. R. ZAFFARONI, *La Pachamama y el humano*, in A. ACOSTA, E. MARTINEZ (dir.), *La naturaleza con derechos: de la filosofía la política*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2011.

²⁰ V. DAVID, *La lente consécration de la nature, sujet de droit. Le monde est-il enfin Stone ?*, *RJE*, vol. 37, n° 3, 2012, p. 469.

²¹ L. HUERTA GUERRERO, *Constitucionalización del derecho ambiental*, Derecho PUCP, 2013, n° 71, p. 477.

²² O. CORTEN, *La référence à la nature des choses dans l'herméneutique de l'« Ecole de Bruxelles » : une critique sociologique*, *RIEJ*, 1998/1, vol. 40, p. 79.

²³ G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, in G. JEZE, *La technique juridique du droit public français*, 3ème éd., Paris, D., 2005.

constitutionnelle latino-américaine. Elle fait écho en cela à la Gouvernance par les nombres d'Alain SUPLOT²⁴. Avec le règne de la quantophrénie²⁵, les occidentaux auraient oublié le lien qui unit l'esprit et l'usage de la nature, pour le troquer contre une rupture radicale entre usage rationnel et échange biotique²⁶. De là, le constitutionnalisme andin prétend promouvoir une nouvelle vision de l'État dans laquelle les droits des individus et de la nature sont protégés²⁷. De ce point de vue, il serait bon de ne plus entrevoir le droit qu'à travers le prisme de la technique. Nous serions donc passés d'une « *logique qualitative à une logique quantitative* »²⁸. En ce sens, le constat opéré par la doctrine constitutionnelle andine selon lequel il serait temps de faire place au pluralisme est aussi la critique des concepts marchands de l'externalisation²⁹. Le lieu de la vie n'est plus un objet source d'appropriation individuelle, mais doit profiter à la communauté humaine dans son ensemble. Elle influence en ce sens l'idéologie de l'externalisation, telle que la gestion de l'eau par des personnes privées³⁰ et rejoint en ce sens la théorie des communs³¹.

2 La culture civilisationnelle

Comme nous l'avons présenté, il existe un lien étroit entre critique de la raison technique et rupture avec la culture marchande promue par la doctrine constitutionnelle andine. La dimension civilisationnelle du territoire proposée par la culture constitutionnelle andine est inséparable d'un certain discours sur « *l'identité* ». Par exemple, dans sa décision T-188 de 1993, la Cour constitutionnelle de Colombie souligne que le droit de la *propriété collective* revêt une « *importance spécifique pour les cultures et les valeurs spirituelles des peuples indigènes* »³². Encore, la pollution du *Rio Atrato* ne représente pas qu'une menace d'ordre sanitaire pour les communautés ethniques. Elle présente aussi une menace identitaire et culturelle comme l'affirme la Cour constitutionnelle de Colombie³³.

Pareil discours est donc en totale contradiction avec la rationalité économique promue par l'externalisation³⁴. Cette rationalité est incompatible avec la culture constitutionnelle relative à la protection de l'environnement, justement en ce qu'elle promeut l'absence

²⁴ A. SUPLOT, La Gouvernance par les nombres. Cours aux Collège de France (2012-2014), Paris, Fayard, 2015.

²⁵ P. SOROKIN, Tendances et déboires de la sociologie américaine, Paris, éd. Montaigne, 1959.

²⁶ T. PERROUD, Services publics et communs. A la recherche du service public coopératif, Paris, Le bord de l'eau, 2023.

²⁷ B. BARRAUD, L'État entre fait et droit, Paris, L'Harmattan, 2015.

²⁸ F. LAFAILLE, Constitutionnalisme ecocentrique (andin) versus constitutionnalisme anthropocentrique (occidental), in V. CHIU et A. LE QUINIO (dir.), La protection de l'environnement par les juges constitutionnels, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 212.

²⁹ P. ALARY, L'État néolibéral liquiderait-il l'État social ? Christophe Ramaux, l'État social, pour sortir du chaos néolibéral, Paris, Fayard/Mille et une nuits, 2012, *RFSE*, 2013/2, p. 243.

³⁰ C. DEFEUILLEY, L'Entrepreneur et le Prince. La création du service public de l'eau, Paris, Presses de Sciences Po, 2017.

³¹ M. PRIEUR, Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation, *RJE*, 1988, p. 398.

³² Cour constitutionnelle de Colombie, Sentencia T-188/93.

³³ Cour constitutionnelle de Colombie, Sentencia T-622/16.

³⁴ B. CORIAT et O. WEINSTEIN, Les théories de la firme entre « contrats » et « compétences ». Une revue critique des développements contemporains, *Revue d'économie industrielle*, 2010, 130/1, p. 57.

d'exploitation machiniste des ressources publiques³⁵. Dès lors que le discours sur l'externalisation revêt les caractéristiques d'une mise en rentabilité de l'action publique³⁶, il est impossible d'établir une connexion entre culture constitutionnelle andine et culture de l'externalisation.

En totalité, le constitutionnalisme andin en appelle à un changement de paradigme, qui prend les airs non pas d'une « *révolution scientifique* »³⁷ mais d'une évolution scientifique dans laquelle l'État est invité à se perfectionner. L'objectif est donc la formulation d'un nouvel ordre écologique mondial, préservant la nature pour le temps présent et les générations futures. Elle marque l'avènement d'une nouvelle conception juridique opérant la fin d'une césure entre objet et sujet. Ainsi, la critique proposée par la culture constitutionnelle andine est celle de la technique, d'une science synonyme de connaissance univoque. Ce qui distingue le constitutionnalisme andin du reste, c'est que l'environnement y est perçu comme un « *élément transversal du système constitutionnel* ».

Par exemple en France, la thèse d'un « *verdissement* » constitutionnel est présente depuis l'intégration de la Charte de l'environnement le 1^{er} mars 2005 au Préambule de la Constitution³⁸. Si la prise en compte d'enjeux environnementaux est désormais acquise dans la doctrine constitutionnelle, il est encore délicat de savoir précisément quel est le degré de protection joué par les juges ? Il semblerait encore une fois qu'il faille convoquer la science, du moins l'expertise pour répondre à cette question. Toutefois, il n'en demeure pas moins que le juge constitutionnel semble faire preuve ici d'attention notamment eu égard au respect des droits procéduraux de la participation. Ainsi, on le voit même sous l'influence du constitutionnalisme andin, les droits de l'environnement n'ont pas encore généré ce que Guy CARCASSONNE appelle un « *nouveau type de contentieux constitutionnel* ». Du moins, cette évolution a permis de faire émerger un droit de la participation environnementale.

B L'influence du constitutionnalisme occidental : un droit de la participation environnementale

Le constitutionnalisme environnemental occidental souffre d'une part, des limites dans le contrôle des juges constitutionnels nationaux. D'autre part, il accuse le coup d'une propension à n'entrevoir le monde qu'au prisme de la technique. Pour y remédier, se développe une critique des thuriféraires de la production de richesses, un rejet de la « *chosification monétarisée de la nature* »³⁹. Déjà Natalino IRTI avait abordé l'idée selon laquelle une prise en compte trop sérieuse de la technique comme production serait synonyme d'un « *nihilisme juridique* »⁴⁰.

³⁵ E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, Paris, D., vol. 109, 2011.

³⁶ P. JOLIOT, *La Recherche passionnément*, Paris, Odile Jacob, 2001.

³⁷ T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1991.

³⁸ Loi constitutionnelle n° 2005-205, 1^{er} mars 2005, *relative à la Charte de l'environnement*.

³⁹ F. LAFAILLE, *Constitutionnalisme ecocentrique (andin) versus constitutionnalisme anthropocentrique (occidental)*, in V. CHIU et A. LE QUINIO (dir.), *La protection de l'environnement par les juges constitutionnels*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 201.

⁴⁰ N. IRTI, *Le nihilisme juridique*, Paris, D., 2017.

Pour y remédier, il est possible en premier lieu d'assimiler participation et externalisation (1) dégageant un droit constitutionnel de la participation environnementale (2).

1 Assimilation entre participation et externalisation

Henri BOUILLON a très bien résumé cette idée : « *le recours grandissant à l'externalisation témoigne aussi de l'acceptation, par les administrations, des lois du marché et de la participation de la société civile à la réalisation concrète de l'intérêt général* »⁴¹. De façon générale, l'idée de la « *participation* » en droit est marquée par une tendance lourde visant à faire du droit un réseau plutôt qu'une pyramide⁴². En d'autres termes, il s'agit d'abandonner sa verticalité et sa rigidité.

C'est ainsi que la participation a d'abord été traitée de façon générique pour rendre les décisions publiques plus acceptables⁴³. Ainsi, la participation est initialement un concept avant d'être sectorisée en matière : numérique⁴⁴, urbaniste et environnementale. Cette participation traduite par *sourcing* évoque ainsi la dimension arbitrale de l'externalisation-modalité. Mais quelle place donner à la participation ? Peut-on parler d'un droit constitutionnel de la participation environnementale ? (2).

2 Existence d'un droit constitutionnel de la participation environnementale

Nous l'avons démontré, les insuffisances dont souffre la culture constitutionnelle occidentale pêchent pour faire de l'environnement un objet du droit constitutionnel. Tout au plus, peut-on envisager la logique de « *participation* » comme un objet approprié par le droit de l'environnement. Cette idée prend appui sur le constat que l'État n'est plus le seul centre de décision⁴⁵. De cet état de fait en France, succède une « *culture* » de la participation en matière environnementale. Elle peut prendre par exemple la forme d'une participation urbaniste.

Pour Élise CARPENTIER « *à travers un renouveau institutionnel et l'émergence de valeurs « écocentrées », la matière évolue vers des approches participatives et contractuelles* »⁴⁶. Cette idée renforce le constat qu'il existerait en France une sorte de droit postmoderne de l'urbanisme. A l'idée pyramidale où le marché coifferait l'ensemble des strates, succède une vision horizontale des rapports entre nature et humain. Cette dimension relative à la postmodernité emporte un décroisement des structures hiérarchisées et une reconsidération de l'indépendance des législations nationales. Sous cette influence, le droit de l'urbanisme s'est connecté aux problématiques environnementales en France en favorisant une forme de démocratisation.

⁴¹ H. BOUILLON, *Le droit administratif à l'ère de la gouvernance. Les idées politiques du droit administratif*, Paris, Mare & Martin, 2021, p. 142.

⁴² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ?*, *RIEJ*, 2000/1, vol. 44, p. 1 à 82.

⁴³ S. SAUNIER, *L'association du public aux décisions prises par l'administration*, *AJDA*, 2015, p. 2426.

⁴⁴ L. CLUZEL-METAYER, *Les leviers numériques du crowdsourcing des services publics*, *JCP A*, 2019, 50, p. 24.

⁴⁵ F. LEMAIRE, *Propos sur la notion de « souveraineté partagée » ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté*, *RFDC*, 2012/4, p. 821.

⁴⁶ E. CARPENTIER, *Le droit de l'urbanisme postmoderne*, *AJDA*, 2025, p. 326.

C'est ainsi que le principe de participation issu de la loi BARNIER du 2 février 1995⁴⁷ a été hissé au plus niveau de la hiérarchie des normes. Par trois ordonnances de 2016⁴⁸, le législateur gouvernemental s'est par ailleurs attaché à améliorer le régime de la participation du public, en l'associant à l'élaboration des décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement. Ainsi, tout comme l'externalisation permet à des acteurs privés de participer à la gestion d'un service public, la participation environnementale offre le droit au public d'exercer son droit à la concertation, aux enquêtes publiques ou à la consultation.

En ce sens, l'émergence en France de comités consultatifs (souvent qualifiés de Théodule) en marge d'une absence de culture environnementale « *vraiment* » constitutionnelle renforce l'idée d'une contractualisation de l'action publique⁴⁹. A la lecture des décisions du Conseil constitutionnel, il est possible de dépasser l'absence d'une culture constitutionnelle en investissant la matière de la communalité⁵⁰. Pareille idée vient ressusciter l'apport de la théorie des communs sur la question de faire participer le public à la gouvernance environnementale⁵¹. Largement insuffisante à faire la part belle à la participation du public et à ériger une véritable culture constitutionnelle, la théorie des communs laisse place à des méthodes de gouvernances proches du démembrement du droit de propriété⁵².

Après avoir investi le terrain du droit comparé, il est idoine de se demander s'il existe une « *véritable* » culture constitutionnelle de l'externalisation en France.

II Une culture constitutionnelle de l'externalisation en France

Il n'y a jamais eu de culture constitutionnelle de l'externalisation⁵³, pas plus qu'une culture de la Constitution en matière d'externalisation. Tout au plus peut-on parler d'une culture de l'externalisation. Dans un État où prévalait depuis longtemps le « *culte* » de la loi, ériger un pont entre l'externalisation et une symbolique de la Constitution semble se heurter à un mur. Encore plus surprenante s'avère être la mobilisation des principes constitutionnels par les

⁴⁷ Loi n° 95-101, 2 février 1995, *relative au renforcement de la protection de l'environnement*.

⁴⁸ Ordonnance n° 2016-488, 21 avril 2016, *relative à la consultation locale sur les projets susceptibles d'avoir une influence sur l'environnement* ; Ordonnance n° 201-1058, 3 août 2016, *relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes* ; Ordonnance n° 2016-1060, 3 août 2016, *portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement*.

⁴⁹ G. FARDE, *Une analyse du paradigme managérial de la contractualisation publique : le cas des services publics de la sécurité intérieure et de la défense nationale en France*, Thèse, Université Paris-I Panthéon-Sorbonne, 2014.

⁵⁰ J. ROCHFELD, M. CORNU et G. MARTIN (dir.), *L'échelle de communalité. Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport final de recherche, 2021.

⁵¹ E. OSTROM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

⁵² M. BOUTONNET, *Le potentiel environnemental du droit civil révélé par la méconnaissance d'une obligation environnementale contractuelle*, *D.*, 2012, p. 790.

⁵³ D. GUTTMAN, *Privatisation, intérêt public et service privé : la culture de l'externalisation du vingtième siècle et la loi évolutive de la souveraineté diffuse*, *Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire*, vol. 2, n° 4, 2003, p. 122.

juridictions du Palais-Royal qui semblent s'en tenir à une incantation cosmétique et superfétatoire :

- D'une part, dans la mesure où leur utilisation est insuffisamment solide
- D'autre part, eu égard à leur inutilité contentieuse

L'objet de la présente contribution est donc de s'interroger sur l'existence d'une potentielle culture constitutionnelle de l'externalisation ou d'une culture de la Constitution en matière d'externalisation.

En l'état, c'est bien plutôt la fragilité juridique qui leur est attribuée par les juges du Palais-Royal qui condamne à nier toute « *culture constitutionnelle* » de l'externalisation. Par exemple : l'alinéa 9 du Préambule de 1946 n'a pas eu la reconnaissance juridique qu'il aurait méritée. Les travaux du Conseil national de la résistance avaient pour volonté de le dresser en rempart contre une cartellisation de l'économie⁵⁴. Sa mobilisation a été vidée de toute substance par le Conseil d'État en 2006⁵⁵ dans sa décision *Bayrou*. La présente décision a été rappelée par le Conseil constitutionnel dans sa décision *Loi relative au secteur de l'énergie*.⁵⁶ Alors même qu'on aurait pu penser que les autoroutes n'étaient qu'une juxtaposition de monopoles locaux, qui en ferait un réseau national. En niant toute valeur inhibitrice à l'alinéa 9 du Préambule de 1946, les juges du Palais-Royal ont ouvert la voie à une exploitation rentière des concessions d'autoroutes décorrélée de toute prise de risque.

Dans le sillage de la marchandisation du droit, s'est développée une « *culture* » de l'externalisation législative, à contrepied de l'ambition visée par la saisine du Conseil constitutionnel dans sa décision *LOM*⁵⁷. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel s'est appuyé de façon pusillanime sur l'absence de « *culture gouvernementale* » d'adoption des textes, pour refuser de voir une atteinte à l'article 39 de la Constitution. En l'espèce, les députés requérants estimaient que le recours par appel d'offres à une prestation privée pour externaliser la rédaction d'une partie de la future loi (exposé des motifs et étude d'impact) s'apparentait à une délégation de compétence contraire à la Constitution. Alors que la voie d'épuisement normal de la matière législative impose une procédure particulière, la voie gouvernementale est plus libérale. Là où la majorité des textes possède une origine gouvernementale, cette accoutumance des administrations centrales à la technique de l'expert illustre le passage au postmodernisme juridique où la Constitution ne constitue plus l'acmé de la pyramide. Tout se passe donc comme si l'on assistait à une forme de relativisation de la norme.

En dernier lieu, cette décision acte le déséquilibre entre les pouvoirs législatif et exécutif. Plus largement, il est le signe que la culture constitutionnelle en matière d'externalisation est le cadet

⁵⁴ R. HOSTACHE, *Le Conseil national de la Résistance. Les institutions de la clandestinité*, Paris, PUF, 1958.

⁵⁵ CE, Sect., 27 septembre 2006, *Bayrou et autres*, n° 290716 ; Pour une approche identique du Conseil constitutionnel : CC, n° 2019-781 DC, 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises* (à propos d'ADP).

⁵⁶ CC, n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*.

⁵⁷ CC, n° 2019-794 DC, 20 décembre 2019, *Loi d'orientation des mobilités*.

des soucis du Conseil dès lors qu'il ne veille pas à une exploitation de l'article 24 de la Constitution telle qu'elle a été pensée par la révision constitutionnelle de 2008⁵⁸.

Pour remédier à l'absence d'une culture constitutionnelle ou d'une culture de la Constitution en matière d'externalisation, le Conseil constitutionnel a mis sur pied une théorie visant à faire échec à l'externalisation de certaines activités publiques : la théorie des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Malheureusement, cette théorie n'a pas eu le rôle de boussole d'externalisation qui aurait pu être le sien⁵⁹. Cela tient principalement à la définition de l'identité laissée à l'impressionnisme éclectique des juges. Dans le contexte de marchandisation des ordres juridiques, la définition de l'identité pose problème. Elle suppose une réserve à l'intégration des ordres juridiques entre eux⁶⁰, précisément parce qu'elle véhicule l'idée des caractéristiques essentielles et inaltérables d'un ordre juridique.

Ainsi, pour en faire un principe juridique, le Conseil constitutionnel a « *grossi* » le terme d'identité d'un concept supplémentaire : celui de la distinction. Dans sa décision *Sté Air France* de 2021⁶¹, le Conseil explique que le principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France est celui qui n'a pas de protection équivalente en droit de l'Union européenne reprenant ici la logique de la décision *Arcelor* de 2007⁶².

Par exemple, le Conseil aurait pu faire de l'article 12 de la DDHC un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France en considération de sa dimension historique. En totalité, le caractère de l'identité constitutionnelle n'a pas joué son rôle de réserve dès l'instant où elle semble présenter un caractère fluctuant. Ce caractère fluctuant est bien illustré par la contradiction existante entre les décisions *French Data Network*⁶³ et *SNUPFEN*⁶⁴ rendues par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. Alors que dans la première décision, le juge administratif estime que certaines exigences doivent s'apprécier au regard de la liberté que laisse l'Union européenne aux États membres. La décision *SNUPFEN* vient entériner la possibilité pour des personnes privées de participer à la recherche des auteurs d'infractions pénales. C'est alors qu'au prix d'un certain jeu des mots, alors même que les activités de police semblaient être indélébiles⁶⁵, le Conseil constitutionnel a un peu plus ouvert la voie à l'externalisation.

III Vers une culture constitutionnelle globale de l'externalisation ?

Nous avons vu par la présentation des décisions précédentes que le Conseil constitutionnel peine à mettre sur pied une véritable culture (nationale) de l'externalisation.

⁵⁸ Loi constitutionnelle n° 2008-724, 23 juillet 2008, de modernisation des institutions de la Vème République.

⁵⁹ L. VANIER, *L'article 12 de la DDHC, boussole pour l'externalisation en matière de police*, AJDA, 2012, p. 1153.

⁶⁰ M. GUERRINI, *L'identité constitutionnelle de la France. Recherche sur les fonctions de la réserve identitaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Université d'Aix-Marseille, 2014.

⁶¹ CC, n° 2021-940 DC, 15 octobre 2021, *Sté Air France*.

⁶² CE, Ass., 8 février 2007, *Sté Arcelor*, n° 287110.

⁶³ CE, Ass., 21 avril 2021, *French Data Network*, n° 393099.

⁶⁴ CC, n° 2023-1042 QPC, 31 mars 2023, *SNUPFEN*.

⁶⁵ CE, Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, n° 12045.

Cela tient principalement à l'inaboutissement des normes constitutionnelles dont il use pour contrôler l'externalisation des missions publiques. Par conséquent, le droit national se trouve soumis à une interdépendance qui favorise une culture globale de l'externalisation. Bien qu'en droit français, l'administration dispose théoriquement d'une liberté de choix dans le mode de gestion du service public⁶⁶, ce choix s'avère contraint en pratique.

Il est par exemple nettement dominé par les rapports *Doing Business* proposés par la Banque mondiale qui influencent les États sur la conception qu'ils ont de leur ordre juridique et de leurs services publics. Par un classement global des ordres juridiques selon un degré d'intégration des règles commerciales, les rapports invitent les États à enrichir leur droit de considérations économiques pour les rendre plus « *perméables* ». Cette influence des ordres juridiques est particulièrement édifiante en matière de conseil et de défense.

Influencé par le pluralisme juridique américain⁶⁷, la France a entamé progressivement un processus de mutation de sa décision (A), ainsi que de sa défense (B) publiques.

A Une mutation de la décision publique

Comme cela a été présenté, la décision publique est historiquement l'apanage du Parlement à travers la confection de la loi. Quant au Gouvernement, celui-ci dispose de l'administration pour exécuter concrètement les décisions. Toutefois, en raison du progrès technique, l'on assiste depuis plusieurs années à une délocalisation du pouvoir de décision à des « *acteurs extérieurs à l'institution parlementaire* »⁶⁸. Cette externalisation a pour origine un culte pour la technique, inspiré des grands cabinets de conseil en stratégie. Une telle uniformisation de pensée passe notamment par le droit de la comptabilité publique qui bénéficie d'une véritable culture constitutionnelle de la performance depuis la LOLF. Elle constitue donc le signe d'une influence grandissante des normes internationales des affaires telles que les IPSAS ou IFRS⁶⁹, voire par la pratique du *lobbying*⁷⁰.

Aux côtés du culte de la science, se développe une « *marchandisation* » de la défense publique tendue vers le moule d'un droit global⁷¹.

B Une mutation de la défense publique

Longtemps dominées par le principe d'insularité⁷², l'Europe et la France ont opéré depuis plusieurs années sous l'influence de l'idéalisme américain un double mouvement en

⁶⁶ CE, 29 avril 1970, *Sté Unipain*, n° 77935.

⁶⁷ E. ZOLLER, *L'américanisation du droit constitutionnel*, ADP, 2001, p. 77.

⁶⁸ C. GEYNET-DUSSAUZE, *Le travail parlementaire à l'épreuve du progrès technique : un jeu d'ombres et de lumières*, RFDC, 2025, 143/3, p. 721.

⁶⁹ R. CHANTIRI-CHAUDEMANCHE, *L'influence de la comptabilité des entreprises sur la comptabilité du secteur public : une approche différente de la convergence et de la normalisation en France et au niveau international*, RFAP, 2022/3, n°183, p. 771.

⁷⁰ J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes*, Paris, D., coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009, p. 5.

⁷¹ K. BENYEKHEF, *Une possible histoire de la norme: les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008.

⁷² M. GOYA, *Res Militaris, De l'emploi des formes armées au XXI^{ème} siècle*, Paris, Economica, 2010.

matière de défense : la fin de la conscription et la « *professionnalisation* » du métier⁷³. Ce double mouvement influencé par la culture du mercenariat a eu un impact sur la doctrine française de l'externalisation dans l'armée⁷⁴.

En matière d'externalisation de la défense publique, il apparaît impossible de dresser une culture constitutionnelle dans les textes. Par ailleurs, l'influence de la doctrine en la matière est considérable pour réguler à l'échelle internationale les activités paramilitaires. C'est ainsi que les travaux de SINGER et AVANT ont basé la théorie d'une culture globale de l'externalisation sur le principe de létalité⁷⁵. La théorie est fondée sur la métaphore de la lance. Plus l'on se rapproche du fer et plus les activités sont vouées à être internalisées. Plus l'on s'en éloigne et plus elles peuvent être externalisées. Cette théorie a connu des aménagements mais demeure actuellement l'une des plus abouties pour dégager une culture globale de l'externalisation. Il demeure toutefois bien impossible de dégager aujourd'hui une véritable culture constitutionnelle de l'externalisation.

Ce rêve d'un « *droit commun* »⁷⁶ viendrait annihiler toute ambition d'une culture constitutionnelle unique. En totalité, il apparaît bien plutôt que c'est dans le renouveau de la théorie des communs, que les constitutionnalistes pourraient trouver un terreau fertile à l'élaboration d'une véritable culture constitutionnelle de l'externalisation.

⁷³ J. LANXADE, *De la conscription à l'armée professionnelle*, *Etudes*, n° 402/3, 2005, p. 321.

⁷⁴ J.-C. ZARATE, *The emergence of a new dog of war : Private international security companies, international law and the new world disorder*, *Stanford Journal of International Law*, 1998, vol. 34, p. 148.

⁷⁵ P. W. SINGER, *Corporate Warriors. The Rise and Ramification of the Privatized Military Industries*, New York, Cornell University Press, 2003 ; D. AVANT, *The Market for Force. The Consequences of Privatizing Security*, Cambridge, CUP, 2004.

⁷⁶ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1964.