

**ARCHIVES
DE PHILOSOPHIE DU DROIT**

TOME 42

l'argent et le droit

publié avec le concours du C.N.R.S.

**SIR
EDITIONS**

droit qui soit propre à celui-ci : il n'existe pas de droit de l'argent en France, en tant qu'il se distinguerait radicalement des autres biens³. Aussi, s'il s'avère qu'il commence à exister, à travers cette sorte de « droit de l'argent » qu'est le droit financier, il faudra alors admettre qu'est remise en cause la distinction personnaliste du droit privé et du droit public, voire la distinction elle-même, au-delà de sa tournure.

3. Or, ce mouvement est perceptible aujourd'hui. Dans un premier temps, on part d'une dynamique cohérente entre argent privé et argent public, fondée sur une distinction première : séparant nettement l'argent public et l'argent privé (I), on peut organiser les transferts de l'un à l'autre, c'est-à-dire d'une part la transformation de l'argent privé en argent public (II) et d'autre part la transformation de l'argent public en argent privé (III). Mais aujourd'hui, des heurts et – plus grave – des confusions se multiplient entre argent privé et argent public (IV). Cela n'est certes qu'un dysfonctionnement d'une distinction aujourd'hui bien maltraitée par ailleurs, entre personne privée et personne publique, entre droit privé et droit public. Mais c'est à une révolution plus grande que le droit financier invite, en ce que, pour un marché financier, la distinction entre argent public et argent privé devient indifférente, donc disparaît véritablement ; sur un marché financier, les qualités substantielles des personnes (personnes privées ; personnes publiques) sont indifférentes (V). Ainsi, dans le même temps que l'argent trouve son droit, il perd sa qualité, cette qualité que lui donnait la distinction entre argent privé et argent public. Il s'échappe alors de la distinction du droit public et du droit privé, tant il est vrai que la constitution d'une pensée *ad hoc* à un objet particulier fait nécessairement tomber les distinctions de disciplines⁴.

I. LA DISTINCTION DE L'ARGENT PUBLIC ET DE L'ARGENT PRIVÉ

4. La répartition de l'argent suivant qu'il est détenu par une personne privée ou par une personne publique prend appui sur la distinction de l'argent comme fortune ou de l'argent comme capital. Elle est familière aux esprits. L'idée de fortune évoque celle, plus juridique, de patrimoine. Dès ce premier pas, les deux types d'argent s'opposent car seul l'argent privé suscite et le patrimoine et la fortune ; l'argent privé est appréhendé à travers le patrimoine, c'est-à-dire par une appropriation de l'argent par la personne. Il s'agit là d'une conception française très forte car la France est le pays de l'épargne, c'est-à-dire de l'argent accumulé sans autre but que cette accumulation même, la dépense ayant alors le statut de révélateur de la fortune, ce qui la rend ostensible. C'est rejoindre le

³ Ainsi, en droit privé, l'argent est appréhendé dans le cadre du droit des biens à travers la monnaie, notion qui ne se confond pas avec l'argent (V., par ex., J. Carbonnier, *Droit des biens. Immeuble, meuble, monnaie*, PUF « Thémis », 1995 ; R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 225, 1992, spéc. p. 110 et s.). En droit public, l'argent est au contraire repoussé hors du droit des biens (v., par ex., J.-M. Auby et P. Bon, *Droit administratif des biens*, 2e éd., Précis Dalloz, 1993) pour constituer la branche des finances publiques.

⁴ V., plus particulièrement, préface à G. Simmel, *Philosophie de l'argent*, trad. S. Cornille et Ph. Ivernel, PUF « Sociologies », 1987, p. 14.

fondement esthétique de l'argent, l'argent fastueux comme miroir de l'être privé, fonction remplie plus encore par l'or. Aujourd'hui, des études constatent une désaffection des particuliers pour l'or, signe entre autres de l'affaiblissement de la puissance esthétique, au profit de la puissance financière, l'or n'ayant pas, en tant que tel, d'effet de levier.

5. En outre, le patrimoine est lui-même directement lié à la personnalité de son titulaire. La théorie d'Aubry et Rau est si célèbre et si prégnante⁵ qu'il est inutile d'y insister. Mais, pour dépasser la question de la titularité et passer à celle de la distinction entre personne privé et personne publique, l'argent peut se définir comme l'instrument d'autarcie de la personne privée⁶, comme instrument de sa distinction par rapport à un autrui rejeté par avance, le vol étant une dépossession de l'être, exacerbée dans la figure de l'avare. Le lien se dessine entre l'argent, le vol et la personnalité ; ainsi, bien des abus de biens sociaux tiennent au fait que l'entrepreneur n'a pas vraiment conscience de la réalité de la personne morale. De même, des exclusions par le droit de la qualification de vol signalent la latence d'une personnalité morale : on prendra par exemple la tolérance par la jurisprudence de comportements relevant ordinairement d'abus de biens sociaux en considération d'une structure de groupe de sociétés, linéaments de sa personnalité, ou bien la justification de l'absence de vol en famille, signe de sa personnalité juridique en germe.

6. Dans les finances publiques, il n'y a pas ce détour par le patrimoine parce que l'argent public exclut une appropriation de l'argent par la personne publique. Cela relève du domaine et non du patrimoine. Ainsi, les finances publiques, alimentant le domaine public, sont la trace du divin que contient la notion de « domaine public »⁷. Il n'y a donc pas de patrimoine public, autrement que comme abus de langage pour désigner les départementalisations dans la comptabilité publique. C'est un argent qui appartient à la nation, c'est-à-dire juridiquement à personne, et qui a pour fin de servir la nation.

7. L'argent public est donc frappé d'une fonctionnalité qui le caractérise, que l'on peut formuler ainsi : pourquoi l'argent public est-il prélevé ? Pour être utilisé au mieux pour le bien de la nation ; tandis que la fortune a un fondement tautologique, que l'on peut exprimer de la façon suivante : pourquoi l'argent privé est-il amassé en fortune ? Pour être une fortune. C'est pourquoi une personne publique qui appréhenderait l'argent comme une fortune verrait son attitude perçue comme incivique. Ainsi, lorsque la presse a découvert que les Universités avaient un « magot » de 200 millions qu'elles plaçaient pour en maintenir la valeur, elle a crié au scandale. Les finances publiques, c'est donc un argent fonctionnel, qui ne peut s'accumuler, contrairement à l'argent privé qui est sans cesse attiré vers la perspective de fortune. L'argent public n'est perçu que pour être dépensé, il est par définition fluide. Les auteurs classiques ont insisté sur une adéquation entre les recettes et les dépenses, car il ne faut pas percevoir plus qu'on ne dépense, alors

⁵ Laboratoire de sociologie juridique, *Sociologie juridique du patrimoine*, PUF, à paraître.

⁶ Est à ce titre évocatrice la règle exposée par le rhéteur Hermogène, selon laquelle la courtisane ne pouvait porter une parure d'or, sauf à celle-ci de devenir propriété publique (*L'art rhétorique*, L'âge d'homme, 1997, p. 207).

⁷ M.-F. Renoux-Zagamé, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Droz, 1987.

que c'est une ambition légitime des personnes privées, épargnantes. Ainsi, concrètement, si d'un côté l'État dispose en principe de plus d'argent que les particuliers, en masse, c'est de l'argent qui n'a de sens que par son évaporation, que parce qu'il quitte ses caisses et en cela il en reste toujours moins à l'État qu'aux personnes privées.

8. Mais la fonctionnalité de l'argent public est abstraite. Cela est exprimé par l'interdiction de la règle de l'affectation en finances publiques⁸. L'argent public ne peut être prélevé à une fin particulière préalablement désignée. Cette abstraction de l'argent public est liée à la permanence abstraite de l'État, qui lui-même ne poursuit pas de fins particulières. On observera qu'en conséquence, le système juridique n'a pas développé de droit des successions des personnes publiques, alors même que des personnes publiques disparaissent⁹. On estime sans doute qu'il y a alors retour dans le grand giron originel de l'État. Il faut donc l'abstraction réelle de l'État pour qu'il y ait des finances publiques.

9. Sans cela, il n'y a que de l'argent privé, tel qu'elle peut appartenir à cette personne particulière qu'est le Roi. On peut alors retrouver l'idée de fortune : les familles royales sont riches. C'est par le dédoublement du corps du Roi¹⁰ que les finances publiques vont se détacher du service du corps concret du Roi pour entrer au service de son corps abstrait, c'est-à-dire l'État, à travers les services publics¹¹. Il en résulte une indisponibilité nouvelle de la Couronne et du domaine. C'est le caractère véritablement public de l'argent manié, c'est-à-dire en tant qu'il est affecté d'une fonctionnalité abstraite, qui constitue l'État. À ce titre, la notion d'État fiscal¹² apparaît à Joseph Schumpeter comme une expression pléonastique. Il faut que l'argent soit substantiellement public pour que l'État existe.

10. Ainsi, à rebours, les féodaux, renvoyant à une structure conceptuellement concurrente à celle de l'État, — même si dans la réalité historique la continuité entre l'organisation romaine, étatique et abstraite, et l'organisation féodale est effective par de nombreux liens¹³ — concevaient davantage l'argent en termes d'organisation privée, puisqu'appréhendé comme fortune, affecté à la fonction esthétique de la fastuosité ou à des buts particuliers : argent techniquement privé, lorsqu'il naît de la volonté d'un seigneur battant monnaie privée, activités privées financées comme telle avant que d'être happés par le régalien, telle l'activité guerrière. Les coffres se mélangent et Fouquet, grand féodal, ne pouvait — pour reprendre l'expression de Paul Morand — qu'offusquer

⁸ Le fait que ce principe soit en recul est un signe de l'affaiblissement d'un argent véritablement public (v. *infra* n° 30).

⁹ J.-J. Bienvenu, « La liquidation des établissements publics », *Revue Adm.*, 1993, p. 311 et s.

¹⁰ E. Kantorowicz, *Les deux corps du roi*, Gallimard, 1989.

¹¹ V., par ex., A.-S. Mescheriakoff, *Droit des services publics*, PUF « Droit fondamental », 1991, n° 7 et s., p. 18 et s.

¹² V. *infra* n° 25 et s.

¹³ V., not. R. Beauthier, *Droit et genèse de l'État*, préf. J. Vanderlinden, Éd. Univ. Bruxelles, 1997, spéc. p. 25 et s., p. 47 et s., à propos de la patrimonialisation du pouvoir ; p. 59 et s., à propos de la privatisation du pouvoir. Le statut du fief est central dans l'analyse de ces temps féodaux (p. 142 et s.).

l'éclat de Louis XIV, figure de l'État et de la technocratie colbertiste¹⁴. L'État renaît avec la monarchie, dans un mouvement que l'on situe dès le XIV^e siècle, en même temps que monte le sentiment national¹⁵ et le principe de souveraineté. Naguère, lorsqu'un Président de la V^e République affirmait publiquement puiser dans des fonds spéciaux, à sa discrétion, pour construire des bâtiments afin de satisfaire ses propres conceptions esthétiques, il se conduisait en féodal. Cela est un signe parmi d'autres du fait que les finances publiques inclinent aujourd'hui à perdre leur qualité d'argent public, dans un retour nettement perceptible à la structure anté-étatique¹⁶.

11. La distinction personnaliste entre argent privé et argent public est donc essentielle en ce qu'elle traduit une distinction conceptuelle entre l'ordre de la personne, celui du privé, et l'ordre du politique, celui de la nation. Ces deux ordres s'opposent par leur intérêt : intérêt particulier pour l'argent privé ; intérêt général pour l'argent public. L'un est fait pour être conservé ou pour rapporter ; l'autre est fait pour être donné à fonds perdus.

12. L'argent, ce n'est pas que la fortune, entassé, conservé, enfermé. L'argent, c'est aussi ce qui est le plus aisé à donner. Mais *quid* tout d'abord de l'altruisme de l'argent privé ? Le droit des sentiments, de l'amitié et de l'amour, le conçoit et au don malgré soi que constitue la dévolution successorale, le droit des libéralités adosse une conception plus noble de l'individu ; plus soupçonneuse aussi, qui entoure de formes cet acte étonnant consistant à se dépouiller de son vivant. Lorsqu'il s'agit d'une personne juridique structurellement intéressée, c'est-à-dire d'un opérateur économique, l'abandon de la fortune disponible est plus troublant. La méfiance du droit commercial à l'égard du don dépasse les simples précautions de forme pour frapper de nullité ces actes considérés comme contre nature. L'on a souligné aussi l'ambiguïté essentielle du mécénat d'entreprise. C'est en réalité une forme de placement, tel que la théorie des jeux la décrit, placement à ricochet, la valeur ici négociée étant l'image. Ainsi, il a été montré que la théorie des jeux disqualifie la notion maussienne du don¹⁷ ; le don est la forme plus achevée d'un échange intéressé, équilibré et programmé à « effet de bande ».

13. C'est plus radicalement encore que l'argent public se refuse au don, car le don implique l'appropriation préalable et l'absence de fonctionnalité abstraitement pré-établie¹⁸. Il peut y avoir des subventions, qui sont de l'argent dont les personnes publiques attendent en contrepartie un comportement avantageux pour l'intérêt général, mais il est difficile de concevoir un mécénat d'État. En effet, l'argent public est déposé par la nation entre les mains de l'État pour qu'il l'utilise au bénéfice de celle-ci, et non qu'il le donne sans perspective de contrepartie. Ainsi, montrant le lien avec la notion précédente de fortune, parce que l'État ne peut conceptuellement être fortuné, il ne peut

¹⁴ L. Boré, « Le procès du surintendant Fouquet ou la haine de l'argent », *Gaz. Pal.* 12 mars 1997.

¹⁵ R. Beauthier, préc., p. 177 et s.

¹⁶ V. *infra* n° 27.

¹⁷ A. Caillé (dir.), *A qui se fier ?*, Publications du Mauss, La découverte, 1996.

¹⁸ V. *supra*, n° 8 et s.

pas donner. C'est pourquoi il ne devrait pas avoir de protégés qu'il nourrit¹⁹. Qu'il en ait pourtant fait douter de l'abstraction de l'État, de son identité et finalement de son existence même.

14. Mais l'argent actif, c'est aussi le moyen par lequel la personne prend possession du monde : c'est alors l'argent non plus comme don mais comme « capital », c'est-à-dire comme investissement dans le monde, lequel en fait retour par l'accroissement du capital ayant permis l'activité économique. L'on appréciera à cet égard la concomitance historique entre le projet cartésien de domination du monde et la montée en puissance du mercantilisme. L'argent est alors complémentaire de l'autre façon de dominer le monde : le travail, c'est-à-dire l'entreprise. Les deux sont liés, sont alimentés l'un par l'autre : capitalisme et libéralisme. Les capitalistes alimentent le marché, donc la prospérité. Si le travail est noble et libérateur, alors le capitalisme l'est aussi : on reconnaît ici le fondement calviniste du caractère éthique de l'argent²⁰. L'argent privé et l'activité privée font alors une boucle, indépendamment de la question de savoir si la circulation des instruments monétaires nécessite ou non la puissance cachée et active de l'État²¹. Cette boucle n'existe pas pour l'État car c'est de sa souveraineté, monétaire ou fiscale, qu'il tire son argent et non du bon usage qu'il en fait.

15. Ainsi, l'argent n'est pas que monnaie, cette « chrysalide transparente », qui « n'est plus que la forme transitoire de la marchandise », sa forme équivalente qui doit s'évanouir, décrite notamment par Marx²², mais il est un bien distinct et persistant, relevant d'une activité distincte, voire d'un marché distinct, si le capital circule sur un marché. C'est l'idée même de cette distinction qui est parfois attaquée : ainsi, Henri Hude²³ dénonce la confusion dans le sens que l'on donne à l'argent, entre l'argent comme monnaie et l'argent comme capital ; cet auteur voudrait, au nom de la justice, que le capitaliste soit copropriétaire et donc responsable des biens avec l'entrepreneur. En réalité, il nie la qualité substantielle de l'argent privé en tant que capital, lequel n'adhère pas au bien qu'il permet de produire. Il exprime simplement la conception française récalcitrante à l'égard du capital ; sans doute, parce que la notion de capital est alternative de celle de fortune, puisqu'en plaçant l'argent, on s'en sépare, on le risque, on le dépersonnalise, on cesse de s'y mirer et de s'y rassurer.

16. Mais peut-on concevoir un capitalisme, c'est-à-dire un placement d'argent pour en obtenir plus, en ce qui concerne l'argent public ? Non, car il manque alors le retour

¹⁹ À propos de l'art, V. N. Grimaldi, « De quelques questions qu'un amateur d'art aimerait soumettre à un philosophe du droit », in *Droit et Esthétique*, Archives de philosophie du droit, t. 40, 1996, p. 14 et s.

²⁰ O. Abel, « L'ambition protestante d'une justice capitaliste », in *De l'injuste au juste*, Dalloz « Thèmes et commentaires », 1997, p. 29 et s.

²¹ Gény, « Quelques observations sur le rôle et le pouvoirs de l'État en matière de monnaie et de papier monnaie. Étude de droit public et de morale sociale », *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 389 et s. V. aussi F.A. Mann, *The legal aspect of money*, 4e éd., Clarendon Press, Oxford, 1982 et R. Libchaber, *op. cit.*, n° 69 et s., p. 58 et s.

²² *Le capital*, 1re sect., chap. III.

²³ *Philosophie de la prospérité. Marché et solidarité*, éd. du prologue-Économica, 1994, p. 150 et s.

sur investissement dont la perspective donne au capitalisme son sens. Le profit vient en surplus, comme le bonheur pour la vertu ; ainsi, l'on pourrait dire que certains services publics sont rentables par accident. Le seul retour attendu est le service de l'intérêt général²⁴ et un placement d'argent public serait éthiquement contestable, la rentabilité ne pouvant être la fin de l'action politique et administrative. On peut défendre cette conception de l'action de l'État à fonds perdus, puisque l'État ne monnaie pas l'intérêt général. Dans cette conception gaullienne de l'État, l'intendance suivra. Mais on peut aussi distinguer entre la fin, qui ne peut être le profit, et la contrainte, qui peut être le refus des pertes. Cette dernière exigence apparaît lorsque le pouvoir de l'État de créer de l'argent à partir de rien est remis en cause.

17. En effet, l'intendance suivait d'autant plus qu'elle était entre les mains de celui qui manie l'argent, l'État cumulant et le pouvoir d'utiliser l'argent et celui de le créer. Ainsi, il suffit de créer l'argent nécessaire à l'action publique, pour que l'ajustement s'opère. C'est donc l'association fondamentale dans l'argent public entre la souveraineté, dans sa source, et la fonctionnalité abstraite, dans son usage, qui fait sa spécificité et l'oppose à l'argent privé. Si aujourd'hui, on observe pourtant que l'État a tendance à se comporter en capitaliste, c'est-à-dire en demandeur de retour sur investissement, à travers la gestion des entreprises publiques notamment, cela vient du fait qu'il n'a plus la même souveraineté monétaire et fiscale. Il agit désormais sous contrainte et la remise en cause d'un pôle (la source toujours disponible de l'argent créé) ébranle l'autre (la fonctionnalité abstraite de l'argent qui ne se soucie que de l'intérêt général, sans autre contrainte). Sous ce dernier angle, une évolution très nette est en effet perceptible dans la transformation de l'argent privé en argent public.

II. — LA TRANSFORMATION DE L'ARGENT PRIVÉ EN ARGENT PUBLIC

18. Ce lien fondamental entre l'argent privé et l'argent public, c'est la fiscalité qui l'opère. Lorsque l'argent public ne naît pas *ex nihilo* de la pure souveraineté monétaire de l'État, il va naître de cette transformation. Cette pierre philosophale qu'est alors l'impôt relève pareillement de la souveraineté de l'État. Plus encore, il le constitue. C'est pourquoi le XVI^e siècle verra ce que l'on a appelé l'émergence et la consolidation de l'« État fiscal »²⁵, lequel, s'associant la puissance de créer la monnaie, deviendra ce que l'on appelle alors l'État financier. Blandine Kriegel a montré qu'il était de nature alternative à l'État juridicisé²⁶.

19. Toujours est-il que l'impôt est un acte politique qui constitue l'État, en ce qu'il publicise l'argent. C'est pourquoi la résistance des féodaux à l'impôt a été analysée comme une résistance de nature politique et non de nature économique. La soumission

²⁴ Sur la question des subventions, v. *supra* n° 13.

²⁵ W. Schulze, « Émergence et consolidation de l'« État fiscal » », in *Systèmes économiques et finances publiques*, dir. R. Bonney, PUF « Les origines de l'État moderne en Europe », 1996.

²⁶ « La défaite de la justice », in *La justice*, Autrement « Morales », 1994.
[p. 197-211] M.-A. FRISON-ROCHE Arch. phil. droit 42 (1997)

de la famille royale d'Angleterre à l'impôt est un acte politique majeur, dans le sens de sa banalisation, donc de sa fin.

20. Mais, contrairement à la création monétaire qui peut apparaître comme un acte politique unilatéral, l'impôt est un acte politique à double sens : pour l'État qui le prélève, pour le contribuable qui le donne. En effet, la personne a trois moyens de participer à la nation : assumer des fonctions publiques, exercer son droit de vote, payer des impôts. C'est pourquoi la personne privée qui veut participer à la nation doit participer aux finances publiques. C'est le fondement politique de l'impôt car, en tant qu'il est la passerelle entre l'argent privé et l'argent public, il est le vecteur de la citoyenneté.

21. Il y a donc un lien entre le contrat social et l'impôt, qui repose la question du lien entre l'altruisme²⁷ et l'impôt : par l'impôt, j'atteste mon souci d'autrui et du bien commun. Si, dans la technique fiscale, les dons sont déductibles, cela provient sans doute de l'idée selon laquelle on ne paye pas deux fois pour l'exercice de son devoir politique de solidarité. Les dispositions favorables en matière de restauration par des particuliers du patrimoine monumental français constituent une autre forme d'expression de ce que l'on pourrait appeler au sens propre une contribution directe à la nation, justifiant le recul des prélèvements fiscaux. Cela soustrait la solidarité de sa dimension économique et sociale pour la projeter dans sa dimension purement politique. Dès lors, si la justice sociale doit s'exprimer politiquement, il faut fondamentalement que l'impôt remplace la cotisation²⁸. Payer les impôts et exister politiquement sont donc liés, comme l'avaient montré les techniques de vote censitaire et l'on doit souligner l'ambiguïté politique du droit fiscal actuel qui multiplie les personnes ne payant pas d'impôt. Ce mouvement atteste à sa façon la régression de l'emprise du politique dans l'économique.

22. Mais il ne faut pas pousser excessivement le lien entre impôt et citoyenneté, sauf à affaiblir par là même la théorie, car la citoyenneté n'est pas toujours contrainte, alors que l'impôt l'est. Il y a donc de la violence dans le transfert de l'argent privé dans l'argent public. L'origine historique de l'impôt se trouve « dans la transformation du pillage en tribut imposé aux peuples conquis par le vainqueur »²⁹. L'assujetti fiscal est un captif, même s'il est vrai que la violence sur l'argent a remplacé la violence sur les corps, qu'exprimaient par exemple les corvées. La contrainte par corps qui n'a subsisté que pour les dettes fiscales rappelle tout de même ce temps. Le phénomène de violence s'accroît lorsqu'on quitte le principe de neutralité fiscale et que la fiscalité n'est plus un moyen de prélever au mieux pour obtenir de l'argent afin de satisfaire la fonctionnalité abstraite de l'État, mais lorsqu'elle devient elle-même moyen de redistribution. Ce raccourci des fonctions transforme le moyen en effet, et le prélèvement fiscal devient le but même de la fiscalité. La fonctionnalité devient alors interne à la fiscalité qui trouve sa

²⁷ V. *supra* n° 12.

²⁸ P. Rosanvallon, *La nouvelle question sociale. Repenser l'État-providence*, Seuil, 1995.

²⁹ J.-B. Geffroy, *Grandes problèmes fiscaux contemporains*, PUF « Droit fondamental », 1993, n° 4, p. 20.

satisfaction dans l'appauvrissement des riches, avant de trouver sa réalisation dans l'usage abstraitement fait de l'argent prélevé, notamment dans sa distribution aux pauvres. Le moyen public de la fiscalité opère un transfert forcé et unilatéral entre patrimoines privés. Cette violence, voire cette forme de répression, légitime-t-elle ce que l'on appelle d'une image « l'évasion fiscale » ?

23. Formulant la question d'une autre façon, peut-on rêver à un impôt accepté ? Certes, la question n'est pas nouvelle et l'on avait conçu la vieille théorie du consentement à l'impôt. Quand l'impôt se référait à la souveraineté, la solution, vieille de Philippe Auguste, se traduisait par un vote nécessaire des impôts par le Parlement, exprimant ainsi le consentement de tous au prélèvement. C'est la puissance du système représentatif qui le permet ³⁰.

24. Mais aujourd'hui, la question se pose de nouveau. La contrainte de l'impôt, fondée fictivement ou non par un consentement initial, suppose que l'individu et surtout l'entreprise ne puissent se soustraire à la loi, que l'État les tienne encore sous sa main. Or, la mobilité des personnes et des activités font que le contribuable, qu'on n'ose plus appeler assujéti, peut se soustraire à sa guise ou presque. Mais si l'on conserve l'idée que le fondement de l'État fiscal est constitué par une violence légitime exercée sur des assujettis disponibles et consentants par avance, cette inversion du rapport de forces semble condamner le principe même de la fiscalité.

25. Dès lors, on quitte le rapport de violence, c'est-à-dire le rapport politique, pour rétrograder dans le domaine économique : les prélèvements deviennent des produits que l'État propose et qui sont désormais en concurrence, le consommateur d'impôts choisissant de s'implanter dans le territoire sur lequel la fiscalité est la plus attrayante. On assiste aujourd'hui à un phénomène de *dumping* normatif et de *dumping* fiscal, qui inquiètent même les autorités communautaires. Par une impressionnante volte-face, l'activité de l'État devient l'offre de défiscalisation. Ce sont des produits fiscaux qui apparaîtraient, sous la lumière de l'analyse classique, comme des fraudes organisées.

26. Il faut alors penser le consentement à l'impôt sur d'autres bases que le vote parlementaire de la loi de finances. Peut-on concevoir une acceptation affective ? C'est reprendre la question de « l'amour des lois ». Dans ce registre, on ne trouve guère que le thème de l'acceptation par l'habitude : c'est le critère aristotélicien du vieil impôt. Jean-Louis Labarrière, dans l'analyse de l'amour des lois mené à travers l'amour de l'impôt ³¹, montre qu'on ne peut se référer qu'à la puissance de l'accommodement. Au fond, dans le consentement fiscal, il y a la figure du vieux couple résigné du contribuable et de l'État. Ailleurs, Aristote compare la nouvelle loi à la tentation d'une nouvelle

³⁰ V., not. S. Rials, « Représentations de la représentation », in *La représentation*, Revue Droits, PUF, 1987, n° 6, p. 3 et s., et C. Clavreul, « Sieyès et la genèse de la représentation moderne », *ibidem*, p. 45 s.

³¹ « Le divorce d'avec les lois », in *L'amour des lois*, dir. J. Boulad-Ayoub, B. Melkevik, P. Robert, Presses de Laval — L'Harmattan, 1996, p. 389 et s.

épouse. L'impôt n'a pas le pouvoir séducteur de cette perspective-là ; au contraire, ce qui excède, aux divers sens du terme, c'est l'impôt nouveau.

27. Il faut alors reconnaître l'efficacité et donc la pertinence de l'impôt indolore, soit parce qu'il fait partie du décor, — il est tellement là qu'on ne le voit plus — soit parce qu'il ne se voit effectivement pas. C'est alors l'imposition qui cache sa violence ; un prélèvement qui cache sa nature et son existence : c'est nécessairement l'impôt indirect, cette fiscalité d'Ancien Régime. L'argent public n'est plus admis en tant qu'il revendiquerait politiquement sa consubstantialité publique, en ce qu'il s'affirmerait comme légitime parce qu'il est substantiellement public, il n'est admis que parce qu'il se fait passer pour de l'argent privé, puisqu'il se dissimule, par un effet de pourcentage, sous un masque, une enveloppe d'argent privé. Concrètement, la tromperie a remplacé la violence ; la TVA est devenue une arme fiscale privilégiée.

28. Plus encore, on en revient vers un consentement à l'impôt, qui n'est plus un consentement de macro-politique, par le Parlement, plus un consentement de micro-politique, par la citoyenneté, mais un consentement de type contractuel. C'est un échange, entre l'État et le contribuable, organisé sur un mode de droit privé. Le contribuable donne de l'argent à l'État pour que celui-ci remplisse des tâches qu'il ne peut ou ne veut assurer lui-même : l'éducation, les transports, etc. Pragmatiquement, plutôt que de faire, il fait faire. C'est la théorie économique des biens publics, cette qualité étant dictée par des considérations d'externalité et d'économie d'échelle, et non par des concepts politiques liés à la souveraineté.

29. Il existe de nombreuses conséquences de cette transformation de la fiscalité, dès l'instant que la violence, même légitime, n'y est plus possible, par l'inversion du rapport de force entre État et contribuable³², remplacée alors par un consentement de type contractuel. Premièrement, le contribuable, dans un rapport d'égalité et de commutativité, en « veut pour son argent ». Il entendra alors assurer un contrôle qui relève d'une perspective consumériste et non plus d'une perspective démocratique. Le client a remplacé l'assujéti. Dès lors, il ne faut pousser guère plus pour que l'argent privé permette l'achat de la chose publique. Il s'agira alors de l'achat de lois, comme on achète des espaces, ou de l'acquisition de décisions favorables, selon des méthodes plus ou moins licites, plus ou moins admises, du *lobbying* à la corruption.

30. Deuxièmement, la transformation de l'argent particulier en argent commun est un moyen de satisfaction de besoins concrets, individuels et particuliers, et non plus une opérationnalité abstraite. Du coup, la fonctionnalité des finances publiques perd son abstraction, et il y aura tendance à affecter les recettes fiscales à des dépenses particulières, pour que le consentement à l'impôt fonctionne. C'est un autre signe d'affaiblissement de la souveraineté de l'État, réduit dans un rapport contractuel ordinaire. Ensuite, si un autre moyen de satisfaction s'offre à lui, le contribuable peut le mettre en balance, comme en matière de retraites.

³² V. *supra*, n° 24 et s.

31. Troisièmement et principalement, dans une telle conception contractuelle de l'impôt, l'argent public perd sa substance : il est réduit à un argent privé mis en commun et confié à un gestionnaire qu'est l'État, proche du mandataire de droit commun. Nous sommes proches de la fiducie : les finances publiques seraient conçues comme un patrimoine d'affectation, mais l'argent contenu conserverait sa nature d'argent privé, l'État lui-même étant réduit à être un prestataire de service, à qui l'on donne les moyens et les rémunérations correspondantes. L'argent manié par l'État devenant ordinaire, si l'on persiste dans l'affirmation que l'État était tautologiquement l'État de finance, alors l'État n'est plus. C'est sans doute une chance pour l'État de droit, qui aurait ainsi enfin la place pour se constituer³³. Toujours est-il qu'alors, l'argent n'est plus que privé, simplement géré de telle ou de telle façon. Le caractère privé ou public de l'argent ne touche plus la substance de l'argent ; il ne caractérise plus que son mode d'intendance.

III. — LA TRANSFORMATION DE L'ARGENT PUBLIC EN ARGENT PRIVÉ

32. Normalement, l'identité dans les argents respectifs que l'on détermine à partir des personnes, personne privé et personne publique, se retrouve dans l'objet sur lequel il peut porter : l'argent privé porte sur la chose privée, l'argent public porte sur la chose publique. Ainsi, Aristote désigne bien, à travers l'exemple de Sparte, ce à quoi est affecté l'argent public : l'activité publique de la guerre. On peut l'étendre à l'ensemble des activités régaliennes. Mais il y aura transformation si l'argent public est affecté à des choses privées, c'est-à-dire plus concrètement, si l'argent public est utilisé dans l'activité économique ordinaire³⁴. Parce que cela est lié à l'interventionnisme, on a pu y voir un signe de puissance politique de l'État³⁵.

33. Mais, tout d'abord, l'État peut-il utiliser de l'argent public pour exercer des activités entrepreneuriales, c'est-à-dire privées ? C'est difficile à concevoir, comme le montre l'ambiguïté de la notion d'État-actionnaire. Comment l'État, qui ne peut affecter à son action ou à sa position un but particulier et intéressé³⁶, peut-il vouloir la rentabilité de son apport comme l'implique le statut d'actionnaire ? De cette étrangeté, découlent bien des difficultés de l'évolution des entreprises publiques.

34. Cependant, il ne faut pas exclure l'interférence des sphères, dans la mesure où l'argent public peut être utilisé pour donner de nouvelles formes à la régulation ordinaire de l'économie. C'est ainsi que, d'une première façon, l'État, notamment par la politique de subventions, va suppléer l'articulation entre l'argent et le travail³⁷, lorsque celle-ci est insuffisante. On connaît l'exemple de l'aide financière à la création d'entreprise ; on passe du conjoncturel au structurel lorsqu'il s'agit d'un pays dont l'économie dépend des

³³ Sur cette alternative, v. *supra*, n° 18.

³⁴ Sur la question des services publics, v. *supra*, n° 9.

³⁵ E. Alfandari, « Le droit de la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et monnaie*, Litec, 1988, p. 135 et s.

³⁶ V. *supra*, n° 16.

³⁷ V. *supra*, n° 14 et s.

banques publiques. C'est alors de la politique économique, de même nature donc que l'objet sur laquelle elle porte. Mais il s'agit encore d'une sorte de capitalisme contraint, dont les contribuables ont la charge, sans retour direct de l'investissement forcé, constitués des impôts qu'ils ont versés à l'aveugle.

35. Plus grave, il s'agit d'un capitalisme dénaturé, car le mécanisme n'est plus une prise en charge des risques mais une collectivisation des risques, ce qui est d'une tout autre nature. Notamment, cela n'a pas pour effet de limiter le risque de l'investissement public, mais de le démultiplier. En effet, ce qui incite le capitaliste à mettre à disposition d'autrui son argent, le risquant ainsi, c'est l'attrait du gain ; ce qui l'incite systématiquement à mettre un frein à cette prise de risque, c'est la possibilité de la perte, de la ruine. C'est le risque, l'incertitude, dans un sens ou dans un autre, qui autorégule le capitalisme. Or, par définition, conceptuellement, l'État ne se ruine pas : la permanence de sa souveraineté entraîne de droit la permanence de l'argent public qui y prend source. Donc, le capitalisme d'État conduit concrètement à prendre des risques totalement démesurés car le danger, même concrétisé, n'a pas de conséquences : le risque n'existe pas. C'est alors un capitalisme fou. On le mesure dans certaines aventures d'établissements bancaires publics.

36. Plus encore, l'État peut utiliser l'argent public pour casser l'articulation entre l'argent et le travail. Par sa puissance, il va remplacer le travail par l'argent. C'est faire usage dans l'action politique de la force née de la fluidité de l'argent, qui a cessé de ce fait d'être un « cristal solide »³⁸ et peut prendre la place de toute chose. Au-delà de la simple politique sociale, alternative de la politique économique, ce sera peut-être son office essentiel dans l'avenir, s'il s'avère que le travail devient si rare qu'il ne peut plus constituer un lien commun. Mais dans un tel cas, l'argent apparaît certes de nouveau comme une « chrysalide transparente », mais il n'a plus le statut de monnaie car il n'y a plus la perspective d'un échange positif. En effet, il ne s'agit pas d'un argent donné contre quelque chose, mais de l'argent donné contre l'absence de quelque chose. L'action n'a plus pour fonction de rémunérer mais d'indemniser, plus pour fonction de récompenser l'action mais de combler son absence. Il y a donc une antinomie entre l'argent comme monnaie et l'argent comme consolation. Plus on utilise l'argent dans une fonction et moins on peut l'utiliser dans l'autre.

37. En outre, la difficulté vient de l'affrontement des deux sortes d'argents sur un même marché : il y a une asymétrie de l'argent public et de l'argent privé car ne pèse pas sur le premier le poids de la rémunération du capitaliste. L'argent public est foncièrement gratuit et s'accorde ainsi un avantage concurrentiel. Un projet de loi avait voulu affirmer l'exigence de loyauté de la concurrence entre secteurs privés et publics. Il n'a pas connu de suite sur ce point.

38. Cependant, si l'on prend acte du fait que l'argent public est en train de perdre ses sources souveraines que sont la création monétaire et la fiscalité, c'est-à-dire perd sa nature, doit-on en déduire que, faute d'argent, l'État devrait renoncer à exercer sa puis-

³⁸ Marx, préc.

sance sur le monde économique ? Indépendamment de cette garantie de paiement ultime que l'État apporte, dans son immobilité de débiteur final, au système économique, l'intervention prend alors la force de la régulation, c'est-à-dire l'organisation publique des secteurs, voire la captation de fonds privés pour constituer notamment des fonds de péréquation. L'affaiblissement conjoint des théories du service public et des finances publiques amène à la régulation, dans laquelle l'État n'exerce que la contrainte dont le secteur a besoin, c'est-à-dire qu'il le sert. D'ailleurs, les pays anglo-saxons, parce qu'ils ne se sont pas construits sur le concept d'État, sont culturellement des pays de régulation. La frontière entre argent privé et argent public, indépendamment des transferts, voire des allers-retours de l'un à l'autre, continue alors de brouiller.

IV. — LA CONFUSION

ENTRE ARGENT PRIVÉ ET ARGENT PUBLIC

39. On aurait pu s'en tenir à l'idée de deux systèmes étanches : d'un côté, l'autonomie des entreprises et de l'argent privé, dont la corrélation est mise en système par le marché financier ; de l'autre côté, l'autonomie de l'État et de l'argent public, dont la corrélation est mise en système par la création monétaire et la fiscalité. Mais aujourd'hui, l'État puise l'argent dont il a besoin sur le circuit financier. Historiquement, c'est la quadrature du cercle du financement de la dette publique qui a justifié la création du MATIF.

40. Or, l'État n'est pas un offreur comme les autres et il abuse naturellement de sa puissance en mettant en avant sa capacité infinie à rembourser. Dès lors, il représente le débiteur rêvé pour l'investisseur, celui que ne pourra jamais représenter une entreprise privée : celui qui supprime le risque par la certitude du paiement. Détournant ainsi à son profit son statut de garant final qui devait apporter à l'ordre monétaire sa sécurité, il casse le système financier lui-même, qui est un processus de gestion des risques et des incertitudes : il se l'approprie au sens propre du terme.

40. En conséquence, les entreprises n'ont plus suffisamment accès au financement par le marché, car l'État a de fait pris toute la place, non comme régulateur mais comme opérateur. Dans une économie qui ne peut plus alors fonctionner que sur le crédit, elles sont ainsi entre les mains des banques, lesquelles restent en grande partie, directement ou indirectement, sous le pouvoir de l'État. Ces entreprises demeurent donc dans une sous-capitalisation dramatique, ce qui oblige l'État à les aider, à les subventionner, à les soutenir dans les faillites, etc., aides en tous genres pour le financement desquelles l'État doit recourir plus encore au marché financier. C'est le cercle vicieux parfait.

41. La confusion s'accroît lorsque la dégénérescence de l'argent public, argent politique, en argent privé, argent simplement économique ³⁹, perturbe la sphère politique en retour. La chose publique est devenue accessible à l'argent privé. Il ne s'agit pas seulement de la corruption, achat particulier de décisions administratives particulières. À

³⁹ V. *supra* n° 29 et s.

travers le financement privé des campagnes électorales, c'est le Politique lui-même que l'homme riche peut s'offrir. Au-delà de la transformation de l'homme public en produit, certains se demandent si la démocratie américaine n'en est pas aujourd'hui compromise. L'argent privé peut acheter la chose publique parce qu'il ne la reconnaît pas comme publique : l'argent ne connaît que des objets, des valeurs et des désirs. Dans la constitution du droit financier, le droit, en reconnaissant la spécificité de l'argent, reconnaît par là nécessairement l'indifférence de celui-ci pour la distinction du privé et du public.

V. — LE DÉPASSEMENT DE LA DISTINCTION DE L'ARGENT PUBLIC ET DE L'ARGENT PRIVÉ PAR LES MARCHÉS FINANCIERS

43. Le marché financier est un lieu qui prend l'argent lui-même comme valeur, et non pas comme contre-valeur des biens particuliers. L'argent, même lorsqu'il ne joue plus le rôle de la monnaie sur un marché des biens et des services, est alors une immatérialité concrète. L'État a certes la puissance de remplacer le travail par l'argent⁴⁰, mais le marché va opérer semblablement, sur un autre mode, remplaçant également le travail par l'argent, dans la mesure où l'argent va se mettre « à travailler tout seul ». C'est une mécanisation du marché qui va produire de la richesse par les objets eux-mêmes, par leur circulation autarcique, peu affectée par la diversité des économies des biens et des services. L'argent est une chose abstraite (valeur) aimantée (main invisible) par le désir que l'on a de sa possession et de la possession de ses fruits (spéculation).

44. Cela ne contredit pas le fait que le marché financier puisse être considéré dans le même temps comme un espace rhétorique. En effet, le désir de spéculation étant le moteur, il donne prise à des procédés de séduction, d'accroissement du désir. Mais ces discours, qui s'expriment souvent sous forme de messages à l'adresse du marché, envoient directement les objets. Ainsi, le marché financier est un nouvel espace rhétorique, sans orateur.

45. Car c'est peut-être la nouveauté la plus grande du marché financier, par rapport à l'économie classique : il s'agit d'un marché qui fonctionne sans personne. Ainsi, la personne est indifférente, dans ce système d'un argent tournoyant sur lui-même. Chacun est sensible à la magie de la finance internationale, cette régression du ré-enchantement archaïque du monde par de l'argent. Il s'agit d'un enchantement d'une tout autre nature que celui qu'avait décrit Max Weber, car, attaché au seul argent, ce n'est plus d'une ou de personnes divines qu'il procède. Dans ce désert affolé, l'État est un investisseur, un consommateur, essentiellement un débiteur, mais il n'est plus personne en particulier, juste un émetteur de messages et une personne ordinaire plus assoiffée de financement que les autres. Ce phénomène ne signe pas seulement une absorption de l'État dans l'intendance : c'est la perte de la distinction des corps du Roi et l'évanouissement de l'argent souverain.

40 V. *supra* n° 36.

46. Or, le monde devient le marché financier et celui-ci entend le résumer. Il y a un lien causal entre la mondialisation et la financiarisation car c'est sur l'immatérialité de l'argent que s'est construite la globalisation des activités sans lien avec le territoire ⁴¹. L'argent privé, en rapport avec le simple économique, a dissout l'argent public et sa revendication d'une nature politique ; ce que l'on pourrait appeler « l'argent financier » a absorbé l'argent privé en l'arrachant à l'activité industrielle. Ce pur financier n'est plus en prise qu'avec lui-même. La distinction entre le privé et le public n'a plus de sens pour lui. C'est à la fois une libération et une régression, dont le cumul a accru la puissance de l'argent et réduit les personnes – qu'elles soient privées ou publiques – à peu, si elles veulent se mesurer à lui. La liberté qui reste à celles-ci est précisément de s'y refuser.

*Université Paris-Dauphine
Place de Lattre de Tassigny 75775 Paris Cedex 16*

⁴¹ M.-A. Frison-Roche, « Le versant juridique de la mondialisation économique », *Revue des deux mondes*, à paraître.

[p. 197-211]

M.-A. FRISON-ROCHE

Arch. phil. droit 42 (1997)