

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XIII

Herausgegeben von
DIETER SIMON UND WALTER WILHELM



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1985

JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ

La reterritorialisation contemporaine du droit civil espagnol*

Envisager une analyse des dernières transformations de l'ordre juridique civil espagnol, exige de se défaire des représentations réifiées du nouveau système normatif, territorialement réorienté, pour détecter ses mécanismes constitutifs. C'est dire nécessairement dépasser le stade de pure interprétation textuelle de la Constitution espagnole de 1978 et de son aménagement des compétences législatives en matière de droit privé. De même pour une deuxième manière de traiter un tel sujet, la comparaison des institutions, méthode aussi répandue parmi les juristes étrangers s'intéressant à l'Espagne que dans les milieux juridiques espagnols s'intéressant à la légitimation étrangère du droit espagnol. Et il en est de même pour les explications, en fin de compte partiales et intéressées, dont les fondements ne révèlent que les alternatives figées depuis l'invention de la tradition des «derechos forales» au siècle passé. Nous pensons à quelques opinions toutes faites comme l'hégémonie du centralisme étatique castillan ou la persistance de l'autonomie naturelle de certains droits régionaux, leur conservatisme ou leur sens aigu du futur, leur caractère antiparlementaire ou par nature hautement démocratique.

Le fait que les commentaires tendent à s'organiser dans la plupart des cas autour de telles variantes idéologiques, ne doit pas faire oublier que le réarrangement visé est au fond historiquement conditionné. C'est la logique historique des modifications qui est à saisir: les déterminants conjoncturels inscrits dans la pratique juridique. Etudier la réorganisation territoriale du droit civil espagnol, c'est écrire un chapitre de l'histoire sociale de la rationalisation contemporaine du discours juridique en réinsérant l'histoire de ce phénomène partiel dans l'histoire moderne du champ de la reproduction pro-

* Sous une forme abrégée, ce texte fut présenté pour la première fois en octobre-novembre 1983 à Barcelone à l'occasion d'un cycle de conférences, organisé et financé par la «Fundació Caixa de Pensions», sous le thème général «Canvi social i dret civil a Catalunya».

fessionnelle des juristes et, par là, dans l'histoire de la modernité dans son ensemble¹.

Pour comprendre l'abandon d'un droit civil gravitant autour d'un seul centre d'attraction, le *Código civil* de la fin du siècle dernier, il faut de prime abord rompre avec l'expérience vécue et les notions communes, en l'occurrence avec la célébration quotidienne de la démocratisation du droit privé dans une Espagne modernisée. Seule une hypothèse théorique préalable permet, en principe, d'échapper aux interrogations inconscientes et de rendre la recherche féconde et contrôlable. Elle seule lui fournit un point de vue critique par rapport aux données trompeuses, des outils d'observation conçus pour reconstruire au cours de l'analyse le réseau des relations explicatives et ainsi l'agencement en question.

Construire l'objet théorique de notre analyse sous forme d'un corps d'hypothèses méthodiquement formulées et théoriquement enrichies, oblige à souligner ce que l'arrangement du discours juridique doit aux conditions sociales dont il est issu. Offrant des instruments de perception et d'orientation du monde antagonique en transfigurant les rapports de classes en fonction de leur légitimation, cette pratique symbolique — au sens de Pierre Bourdieu — est le produit des contraintes sociales, plus précisément du champ juridique doublement déterminé, et par sa propre logique et par les rapports de force contemporains à l'extérieur du champ. Lieu de luttes internes et de retraduction euphémisante des luttes externes, le champ juridique est loin d'être un espace d'ordre statique où les agents plus ou moins actifs occupent, une fois pour toutes, les positions conquises. A la fois champ de concurrence et, à l'âge moderne du moins, premier parmi plusieurs champs également intéressés à la composition des modèles de domination, il est plutôt un univers instable de places sans cesse à défendre contre les attaques venant de l'extérieur comme de l'intérieur du champ. D'où les conflits de compétence au double sens du mot: mises au défi d'éprouver la capacité de prononcer des mots d'ordre au nom de toutes les remises en question du pouvoir de le faire d'une façon légitime. Et de là — mais sans qu'il s'agisse dans tous les cas des actes conscients, rendus explicites ou mutuellement ajustés — les stratégies offensives des agents dépossédés de compétence d'une part et de l'autre les calculs défensifs de ceux qui sont en possession d'une compétence reconnue: la programmation et la coordination de leurs opérations afin de

¹ Cf. JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, *Eléments pour une histoire du droit moderne*, in JOAQUÍN CERDÁ RUIZ-FUNES/PABLO SALVADOR CODERCH (eds.): *Primer Seminario de Historia del Derecho privado. Nuevas técnicas de investigación*, Barcelona (sous presse).

s'assurer le droit exclusif de révéler ce qui est du droit, à savoir de l'ordre, selon le *common sense*. Bourdieu parle à ce propos d'une loi sociale selon laquelle la division du travail varie en fonction du développement socio-économique, i. e. du degré de l'accumulation et de la répartition dissymétrique des capitaux sociaux, économiques et culturels. Etant donné que le monopole professionnel se base en droit comme partout sur des aptitudes socialement reconnues d'effectuer, à bon droit, tel ou tel acte dans des conditions déterminées, il va de soi que toutes sortes de critiques, résistances ou offensives, dues à des mutations au sein de la formation sociale, suscitent des efforts des monopolistes menacés pour réorganiser leur mode de production. Pour réaffirmer leur compétence contrariée, ils s'efforcent, contraints par une logique de marché de l'offre et de la demande, d'offrir des solutions aux conflits sociaux accordées aux nécessités quotidiennes, à un *modus vivendi* rentable, vu la logique économique de toute domination. Les nouvelles formes de bonne conduite seront désormais à nouveau bonnes à mobiliser la croyance dans l'ordre, en ultime instance arbitrairement imposé par les mêmes monopolistes, qui sont toujours au service de la classe dominante ou d'une de ses fractions, sans négliger pourtant leurs propres intérêts. Ce qui fait que ce n'est pas la valeur d'une idée abstraite, ni la force intrinsèque des raisons explicitées, ni l'influence directe des forces économiques, mais le réinvestissement inévitable, la rationalisation adéquate de la compétence qui fait progresser la maîtrise pratique vers un ordre juridique univoque, universel et tout-puissant, sans que celui-ci doive obligatoirement émaner d'un lieu central².

En enregistrant de plus la transformation graduelle de l'Espagne vers un pays démocratique, conçu et objectivé comme Etat de droit constitutionnel, démocratique et social, il paraît possible d'affirmer grâce à cette théorisation que la territorialisation successive de l'ordre juridique civil au cours des années 60 et 70 est le produit homologue des bouleversements politiques, économiques et sociaux d'une société en voie de modernisation. Comme l'article 149 de la Constitution espagnole de 1978 garantit, en matière civile, la coexistence des ordres juridiques différents sur la base des compétences législatives de l'Etat et des Communautés autonomes, la régionalisation pro-

² Pour ce modèle théorique, voir PIERRE BOURDIEU, Sur le pouvoir symbolique, in *Annales. Economies-sociétés-civilisations* 32 (1977) 405-411; BOURDIEU, La distinction. Critique sociale du jugement, Paris 1979, p. 271-272, 279; BOURDIEU, Le sens pratique, Paris 1980, p. 191 ss.; BOURDIEU, La représentation politique. Eléments pour une théorie du champ politique, in *Actes de la recherche en sciences sociales* 36-37 (1981) 3-24 (3-7); BOURDIEU, Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques, Paris 1982.

gressive du nouveau droit civil, officiellement légitimée comme réaction inévitable contre le régime autoritaire antérieur dans le cadre d'un «obligado asalto al centralismo burocrático y uniformista de los últimos años»³, correspond à la fois à un partage et à une concentration du pouvoir : à la restauration d'un monopole professionnel dans les mains de quelques nouveaux juristes. Ces derniers récupèrent leur compétence exclusive à mesure qu'ils installent soit par leur propre travail, soit avec le concours des mandataires politiques, un système d'ordres paradoxalement opposé à toute sorte de monopolisation. En assurant aussi bien l'univocité de l'ordre à établir que sa flexibilité, ils élargissent leur position sociale au moyen d'une réponse aussi sublime que sublimant une société en mutation. Ils poursuivent leurs propres intérêts, tels qu'ils leur sont assignés par la structure du champ juridique, en poursuivant la rationalisation juridique du monde social et, par là, la recherche du mode de domination le plus adéquat, à savoir le plus économique. Spécialement dirigée contre tous ceux qui méconnaissent la réorganisation territoriale comme mise en question du marché intérieur, comme institution risquée d'une compétition entre ensembles régionaux, comme improvisation coûteuse aux frais de l'efficacité de l'appareil étatique et — crainte typique de la gauche espagnole — comme soutien de la renaissance du conservatisme nationaliste, donc en plein contraste avec, par exemple, la thèse de Carlos Lasarte d'après laquelle l'économie moderne est par nature incompatible avec des ordres juridiques civils territorialement divergents, l'hypothèse sera même précisée comme suit⁴. Compte tenu de la tradition juridique espagnole, la décentralisation en matière de droit civil, sanctionnée par la Constitution de 1978, constitue le seul chemin possible pour réorganiser le discours juridique concernant la production, la circulation et la répartition des capitaux sociaux au sens le plus large, puisque la territorialisation en question contribue, au moment d'une gradation extraordinaire de la complexité sociale, à instituer grâce à la dénégation de cette tradition-là un autre mode de domination : la juridification de l'Espagne nouvelle se fondant en bonne partie sur une concertation locale tant différentielle qu'adéquate et ceci eu égard au développement économique et à ses conséquences sociales si difficiles à prévoir, à projeter, voire à dominer. Cette hypothèse implique à faire

³ (RAFAEL RIBÓ et alii), *Asalto al centralismo. La reivindicación de la autonomía en las nacionalidades y regiones del Estado español*, Barcelona 1976, épilogue.

⁴ CARLOS LASARTE, *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid 1980, p. 154-156; JUAN JOSÉ SOLOZÁBEL ECHEVERRÍA, *Sobre el modelo de organización territorial del Estado según la Constitución de 1978*, in *Revista de Derecho político* 13 (1982) 53 ss. (72).

une deuxième précision. Elle fut suggérée par la discussion actuelle en Espagne sur la nature du droit constitutionnel, sur son analyse politique ou sa défense comme corpus de règles juridiques ne permettant aucune mise en cause, à moins de favoriser le chaos social. Nous nous référons à la controverse entre Pablo Lucas Verdú et Eduardo García de Enterría⁵. Tandis que ce dernier légitime le nouvel ordre en insistant sur l'objectivité de la technique juridique au service de la paix sociale ou même de l'humanité et que Lucas Verdú polémique contre une telle technocratie fondée sur le positivisme et le formalisme juridiques comme bases du conservatisme politique, notre deuxième point de départ se distingue aussi bien de la désidéologisation poussée de la pratique juridique que d'une vue statique de la rationalité juridique. Pour comprendre la raison juridique ici à l'œuvre, nous visons l'évolution inévitable du formalisme maudit vers une autre rationalité, c'est-à-dire ouverte et informelle. Sortant des limites inscrites aussi bien dans l'orthodoxie marxisante que dans une quelconque justification de la juridification constitutionnelle des rapports sociaux, il s'agit de mettre en lumière les opérations spécifiques de reconstruction juridique. Considérant qu'elles aussi sont conditionnées par des rapports de domination, il s'ensuit — par hypothèse — qu'elles ne peuvent plus être les mêmes qu'à l'époque où le pouvoir des fractions de la bourgeoisie conquérante se basait en dernier lieu sur la fiction d'une rigueur juridique plutôt abstraite.

Par définition, l'observation des données en fonction de cet ensemble d'hypothèses ne peut s'arrêter aux apparences. Au lieu de dresser une simple liste des meilleures intentions, des bons arguments et des décisions prises par la fraction dominante des représentants juridiques, sanctionnée par l'ancien régime franquiste ou instituée par le nouvel ordre dont elle fait partie intégrante, il faudrait s'intéresser à l'orchestration conceptuelle, telle qu'elle émane d'un champ juridique passant objectivement une phase critique lors d'une crise générale. Ce qui sera à examiner par la suite, c'est une pratique spécifique à la recherche des standards voués à éviter des conflits violents ou, ce qui revient au même, une pratique en quête des instruments d'un contrôle social acceptable. Pour ce faire, nous ne nous concentrerons pas sur la problématique de la reterritorialisation (III) avant d'avoir analysé, d'abord, les perturbations qu'entraînaient les changements extérieurs dans le champ juri-

⁵ Voir surtout PABLO LUCAS VERDÚ, *El Derecho constitucional como Derecho administrativo* (La «ideología constitucional» del profesor García de Enterría), in *Revista de Derecho político* 13 (1982) 7-52 (13); EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *El Derecho constitucional como Derecho*, in *Revista de Derecho político* 15 (1982) 7-20 (12-13, 15-17).

dique (I), puis la juridification simultanée, notamment son objectivation finale sous forme de la Constitution de 1978 et au moyen de l'érection de la Cour constitutionnelle (II).

I.

Du fait que, en dehors des périodes de crise, la production des catégories juridiques est à l'ère moderne fermement aux mains des juristes, donc soumise essentiellement à des contraintes spécifiques en acte, si l'on veut, et en tant que telles exemptes de la nécessité d'être rendues explicites, toute apologie, toute dispute interne sur l'extension ou l'importance d'une crise et tout intérêt insolite des spécialistes pour la meilleure manière de produire, pour le fonctionnement des moyens de production et pour les réactions des consommateurs sont les premiers indices d'un champ juridique frappé par une crise grave comptant, aujourd'hui encore, comme crise de légitimation de la structure sociale dans son ensemble. Sous cet angle, il suffit de porter l'attention sur les années autour de 1970 et ainsi sur la remarquable hausse des contributions à une discussion agitée du niveau du droit civil ou, ce qui revient au même pour ses protagonistes, du danger de «nuestra disciplina». Ne pensons qu'à l'exemple spécialement significatif des études en hommage à Castán Tobeñas. Ici, trois des articles particulièrement canonisés, ne serait-ce que par la position extraordinaire de la personne honorée, reprennent explicitement le thème formulé par Castán même quarante ans auparavant, à savoir s'il est nécessaire de se tourner «Hacia un nuevo Derecho civil»⁶. Soit qu'il s'agisse du plaidoyer d'Elías Díaz pour un «Estado de Derecho y (una) sociedad democrática» ou de l'utopie libertaire d'une communauté sans droit de Juan Ramón Capella, soit qu'il s'agisse — apparemment sur un plan comparativement inférieur — des accusations de Díez-Picazo, dirigées contre les anachronismes du droit des obligations, fixé sur le contrat individuel et, en conséquence, peu préparé pour la société de consommation et de concentration des entreprises lors de la troisième industrialisation, soit qu'il s'agisse seulement quelques années plus tard de la simple dénégation de toute crise du droit privé par Santos Briz: l'ensemble des agents engagés se montre, de

⁶ GABRIEL GARCÍA CANTERO, Releyendo «Hacia un nuevo Derecho civil», in *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, I, Pamplona 1969, p. 73-91; JUAN-MANUEL PASCUAL QUINTANA, *La encrucijada del Derecho civil*, ibidem, p. 417-457; PLUTARCO MARSÁ VANCELLS, *Hacia un nuevo Derecho civil*, ibidem, II, Pamplona 1969, p. 393-440.

toute évidence, inquiet du sort du champ juridique, l'emplacement idéologique et ainsi le projet social de chacun important peu⁷. Tandis que les uns fondent leurs appels expressément sur ce qu'ils désignent comme «concepción cristiana del Derecho» (Castán Tobeñas), «perspectiva judicialista» (Alvaro d'Ors) ou, en matière civile, comme «personalismo ético» (Santos Briz), les autres plaident pour des réformes au nom d'un droit instrumentalisé. Il promet, d'après eux, de fonctionner comme un moteur faisant avancer vers un changement, vers une société moderne, voire socialiste, sous le contrôle d'un Etat de droit, celui-ci légitimé par la participation démocratique de ses citoyens (Ruiz-Giménez, E. Díaz, García de Enterría)⁸. Contraints d'y faire face, ce n'est sans doute pas par hasard si les profanes — hommes politiques de droite (Fraga Iribarne) comme de gauche (Solé Tura), exclus des détails sans être trop éloignés pour savoir évaluer les traits généraux de ce débat de spécialistes de l'ordre — ne peuvent que parler en termes imprécis de la crise de l'Etat, du vide politique, du manque de confiance, bref: de la crise générale de légitimation à maîtriser par un nouveau consensus⁹.

Rien ne serait cependant plus trompeur que l'illusion de pouvoir penser la crise, en fait dérèglement objectif du champ juridique, uniquement sur le modèle subjectiviste des intentions subjectives, des actions individuelles et, surtout, des conceptions que se font les acteurs, et de leurs actions, et des rapports objectifs à découvrir au cours de l'analyse. On ne peut tenter

⁷ ELÍAS DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid 1966; JUAN-RAMÓN CAPELLA, *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*, Barcelona 1970; LUIS DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona 1973, surtout p. 315-317; JAIME SANTOS BRIZ, *El Derecho civil. Evolución de su concepto y tendencias actuales*, in *Revista de Derecho privado* 61 (1977) 14-44 (25, 30-33).

⁸ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Crisis mundial y crisis del Derecho*. Discurso en la solemne apertura de los Tribunales (15 nov. 1960), Madrid 1960, p. 93, 96; ALVARO D'ORS, *La pérdida del concepto de excepción a la ley* (1971), in D'ORS, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Roma—Madrid 1973, p. 147 ss. (148); SANTOS BRIZ, *Derecho civil* (N. 7), p. 26-27; JOAQUÍN RUIZ-GIMÉNEZ, in *El País* du 26 mai 1983, p. 68; DÍAZ, *Estado de Derecho* (N. 7) et *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid 1978; sur la controverse, soulevée par l'article «Reflexiones sobre los estudios de Derecho» de Eduardo García de Enterría, et publiée dans *Revista de educación*, déc. 1952, cf. MARIANO GARCÍA CANALES, *Los planes de estudio de la carrera de Derecho. Algunas reflexiones críticas*, in (JUAN VELARDE FUERTES, ed.), *El primer año de Derecho. Actas de las jornadas de profesores de primer año de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Rábida*, Madrid 1978, p. 276-277.

⁹ MANUEL FRAGA IRIBARNE, *La crisis del Estado español*, in FRAGA IRIBARNE, *La crisis del Estado español*, Barcelona 1978, p. 15-46; JORDI SOLÉ TURA, *La Constitución y la lucha por el socialismo*, in GREGORIO PECES-BARBA et alii, *La Izquierda y la Constitución*, Barcelona 1978, p. 19 ss. (19-24); LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid 1981, p. 25, 35.

d'échapper aux contradictions dans lesquelles s'enferment notamment les débats sur l'urgence d'une réforme qu'à condition d'essayer de comprendre comment ces discours dépendent des conditions objectives à l'intérieur comme à l'extérieur du champ concerné. A ce titre, il paraît suffisant d'évoquer, d'abord, quelques symptômes au sein du champ juridique, tels les troubles méthodologiques, la perte d'une légitimation ultime de nature religieuse, les problèmes d'organisation et, avant tout, le fait surprenant de l'évasion des litiges civils en période de croissance économique. Nous avons après affaire au *take off* économique de l'Espagne des années soixante et à ses conséquences structurelles, c'est-à-dire à la désintégration sociale et aux standards culturels et idéologiques de plus en plus diffus.

En mettant au premier plan le champ juridique et ses pratiques légitimatrices, la défaillance du paradigme de la loi et la fin proche d'une dogmatique juridique incontestée sont évidentes. Même si la critique clairvoyante se fait encore attendre, leur règne absolu s'achève durant les années soixante — d'ailleurs comme en Allemagne, modèle préféré d'un civiliste espagnol reconnu. De là les premiers doutes sur l'idéologie centrale du juridisme moderne, à savoir sur l'application des normes aux faits sociaux au moyen d'une soumission du juge au texte posé. De même pour la dogmatique juridique, rationalisation ultérieure des actes législatifs, complément subtil, parfois substitution consécutive, légalisée par la suite dans le meilleur des cas. On commence à mettre sérieusement en doute un système de règles garantissant aussi bien l'interprétation autonome de la norme, en dépit de sa dépendance contextuelle, que la pénétration analytique et l'énonciation systématique de l'ordre juridique, l'une et l'autre jusqu'alors effectuées d'une manière purement juridique et sans tenir compte du développement des sciences voisines et de leur rhétorique scientifique. Des juristes comme Hernández Gil, depuis longtemps détenteurs des positions-clés dans la hiérarchie politico-juridique, ne se contentent plus de déplorer la confusion des concepts et le niveau relativement bas de la discussion méthodologique espagnole. Stimulés par l'étranger, ils se mettent au travail. Cette révision épistémologique, linguistique et sociologique de la science juridique traditionnelle, ou ce qu'on méprise à partir des années soixante-dix de plus en plus comme telle, se révèle ainsi et bien au delà des ambitions scientifiques des agents comme indicateur fiable de réorganisation discursive d'un champ en transformation sociale¹⁰.

¹⁰ ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, I ss., Madrid 1971, et HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Madrid 1981; cf. aussi JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos a la luz*

En faisant appel une fois de plus à Castán Tobeñas et à son fondement chrétien du droit, nous sommes de surcroît obligés de constater pour les mêmes années que la coexistence efficace du droit naturel et du droit positif finit par s'effondrer. La hiérarchie des valeurs à laquelle on était habitué, la taxinomie des critères de référence telle qu'elle fut incorporée pendant des années d'études, ne trouve plus le même écho comme dix ans auparavant, malgré tous les efforts pour la ranimer, c'est-à-dire pour orienter de nouveau le droit privé vers des valeurs spirituelles, solennellement fixées par des encycliques papales, de Léon XIII à Paul VI. Quoiqu'il ne manque pas, même jusqu'à la fin des années soixante-dix, de tentatives de sauver un canon argumentatif, en réalité déjà dépassé par les événements, afin de mettre le droit civil et ainsi, selon les mêmes auteurs, le droit entier à l'abri des interventions de l'Etat, des influences du grand capital et du communisme¹¹, dès le timide *aggiornamento* de l'Eglise espagnole autour de 1971, à savoir dès son renoncement à l'idéologie de la « croisade » et par conséquent dès son rejet de l'alignement antérieur sur les forces les plus réactionnaires, se trouvent marginalisés non seulement ces dernières, faute de leur principale source de légitimité¹², mais aussi le discours juridique tentant en vain de s'opposer au nouveau discours de légitimation déterminé par des valeurs plutôt sécularisées.

Mais la nécessité de fonder le pouvoir sur des nouveaux principes de légitimité n'aurait sans doute pas suffi à opérer les transformations conceptuelles dont il sera question par la suite, si des difficultés organisationnelles, suivies d'une fuite des litiges et de la peur des juristes de perdre leur prestige social, n'avaient contribué, parallèlement, à réorganiser le champ juridique, voire à redéterminer sa position dans le classement social. De ce dysfonctionnement de l'appareil juridique, la désorganisation de l'enseignement constitue sans doute un indicateur privilégié. Elle renvoie aux problèmes de reproduction des producteurs professionnels des formes judiciaires apparemment bonnes à résoudre les conflits sociaux d'une manière légitime comme elle renvoie aux difficultés d'organiser la production de façon telle que ses produits correspondent à la demande contemporaine, ce qui équivaut, en quelque sorte, à leur légitimation. Sans entrer dans les détails: la rationalisation des carrières

del nuevo título preliminar del Código civil desde una perspectiva teórica, Madrid 1975; SANTOS BRIZ, *Derecho civil* (N. 7), p. 35-36.

¹¹ Cf. PASCUAL QUINTANA, *Encrucijada* (N. 6), p. 419-420, 429, 431, 433; MARSÁ VANCELLS, *Derecho civil* (N. 6), p. 397-398; SANTOS BRIZ, *Derecho civil* (N. 7), p. 27.

¹² GUY HERMET, Espagne — changement de la société, modernisation autoritaire et démocratie octroyée, in *Revue française de science politique* 27 (1977) 582 ss. (588-590).

res juridiques, leur adaptation aux nécessités du jour, constitue une des préoccupations dominantes autour des années 70. Tous les indicateurs disponibles insinuent qu'on avait, en général, convenu d'abandonner le plan de 1953, vu que son orientation académique l'écartait de plus en plus des problèmes de toute urgence. Ce qui sera désormais demandé, c'est la professionnalisation des études et la possibilité de se spécialiser le plus tôt possible, notamment dans des nouvelles disciplines, tels le droit administratif, le droit des entreprises, etc. Face à la concurrence des écoles de perfectionnement, les facultés de droit — lieu traditionnel de recrutement et en tant que tel sous le contrôle ferme des dominants du champ juridique — ne cessent dès lors de réorienter leurs cours ayant comme leitmotiv le nouveau juriste, apte à jouer son rôle dans une société avancée¹³.

Il est peu surprenant de voir les praticiens lutter contre les mêmes difficultés. Nous nous référons à cet égard spécialement aux analyses de Angel Zaragoza¹⁴. Selon lui, c'est à partir de la deuxième moitié des années soixante que les avocats espagnols intensifièrent leur recherche pour une réponse adéquate à une société en plein changement. Le thème de la «*Función del abogado en una sociedad en evolución*» est aussi bien significatif pour le quatrième congrès national des avocats d'Espagne en 1970 que pour cet état d'esprit¹⁵. Poussés par le fait qu'ils observent avec inquiétude leur domaine envahi par d'autres concurrents professionnels¹⁶, les avocats commencent, dès ce moment, à se rendre compte que c'est leur organisation qui est responsable des difficultés d'adaptation aux nouvelles formes de leur métier et des rapports difficiles avec leur clientèle. Leur éthique professionnelle se trouve être de plus désuète. En témoignent particulièrement bien les luttes pour la présidence du puissant «*Colegio de Abogados*» de Madrid avec ses 8000 membres. Opposant en 1969 et en 1973 d'une façon jamais vue les partisans d'un renouveau et les défenseurs de l'ordre vacillant, ce combat suscite un intérêt public jusqu'alors inconnu¹⁷. L'ébranlement paraît à la haute magistrature du régime antérieur comme une décomposition du corps des magistrats de l'ordre judiciaire, comme une destruction de la «*familia judicial*»,

¹³ Pour toutes sortes de critiques, de réformes et de projets, voir GARCÍA CANALES, *Planes de estudio* (N. 8), surtout p. 273-275, 280-284.

¹⁴ ANGEL ZARAGOZA, *Abogacía y política*, Madrid 1975; ZARAGOZA, *Los abogados y la sociedad industrial*, Barcelona 1982.

¹⁵ Cf. ZARAGOZA, *Abogacía* (N. 14), p. 50.

¹⁶ Voir le candidat à la présidence du «*Colegio de abogados*» de Madrid, José Luis del Valle Iturriaga, le 4 décembre 1969 (ZARAGOZA, *Abogacía* (N. 14), p. 37).

¹⁷ Cf. ZARAGOZA, *Abogacía* (N. 14), *passim*, spécialement p. 9, 15, 191, 193.

comme une «cáncer corrosivo de la armonía interna del estamento judicial» et ainsi comme le mal espagnol du post-franquisme en préparation dès les années soixante. A en croire l'autobiographie de Adolfo de Miguel Garcilópez¹⁸, un des plus hauts juges espagnols de cette époque, c'est la politisation de la justice qui, revendiquée par le mouvement de la «Justicia democrática» et théorisée par les quelques représentants espagnols de l'«uso alternativo» italien, détruit au cours du «cambio político» la base centrale de tout fonctionnement judiciaire: l'image du juge indépendant. Exposée directement à la pression des intérêts politiques, la justice perd — toujours selon la même source — la force de faire croire à ses décisions. En effet, du fait que le système judiciaire du franquisme disposait de l'autorité déléguée pour exercer une action d'inculcation durable en matière de domination juridique, autorité se fondant idéologiquement sur la doctrine de l'indépendance du juge telle qu'elle fut présentée solennellement en 1951 à l'occasion de l'ouverture des tribunaux par José Castán Tobeñas comme président du «Tribunal Supremo», la démocratisation de la justice et ses effets de démystification se prêtent dès le début à une déstabilisation des mécanismes de transmission juridique assurant d'une manière partielle et spécifique la reproduction des rapports sociaux.

On n'a pas à s'étonner que les signes les plus alarmants proviennent de la justice. De ce côté, c'est une résistance passive, le décrochage de plusieurs secteurs conflictuels, qui se révèle dans l'analyse, même si ce mouvement de recul, cette déroute, se dérobe en bonne partie aux regards immédiats des juristes contemporains. Grâce à Toharia¹⁹ et ses enquêtes ouvertes sur la justice civile de la fin des années soixante, nous disposons de données statistiques fort éclairantes. Après avoir pris en considération même la variation interprovinciale des transformations socio-économiques dont les Espagnols furent dernièrement l'objet, il en vient à conclure, pour ce qui est du champ juridique: alors que le nombre des actes notariaux a considérablement augmenté en cette période de croissance économique, spécialement dans les provinces les plus développées économiquement, comme on pouvait s'y attendre, le chiffre relatif des conflits, résolus formellement devant des tribunaux civils, a diminué, étant donné que le volume des conflits sociaux

¹⁸ Pour les citations et pour ce qui suit, voir ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *Jaque a la Justicia. Duelos y quebrantos judiciales*, Barcelona 1980.

¹⁹ JOSÉ-JUAN TOHARIA, *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid 1974, surtout p. 194 ss.; et TOHARIA, *Economic Development and Litigation: The Case of Spain*, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 4 (1976) 39-82.

en matière civile accédant à la justice officielle se maintient, surtout dans des zones de développement accéléré, toujours exceptées les affaires concernant le droit d'héritage et les procédures d'exécution. Ce qui explique qu'on peut parler d'une «*evasión de conflictos jurídicos en lo civil ante los tribunales*». Cette abstention active — connue aussi en Italie contemporaine — se manifestant par des recours fréquents à des arbitres extra-judiciaires, notamment du côté des grandes sociétés mercantiles, constitue, pour Toharia, l'effet le plus remarquable du processus de développement économique par rapport au champ en question. Du fait que ces résultats lui permettent de formuler la règle générale que, vers 1970, l'attraction de la justice est indirectement proportionnelle au progrès économique, tout incline à supposer que l'emprise des juristes-juges sur le développement social en général, leur «*señorío*»²⁰, fut alors objectivement menacé, faute de remède au dysfonctionnement de l'organisation juridique. En présence de cette menace, redoublée, par exemple, par l'abandon des carrières juridiques à l'avantage des carrières techniques ou scientifiques, les juristes se voyaient forcés de réagir pour sauvegarder leur compétence, jusqu'alors seulement reconnue à crédit, afin de préserver, en dernier lieu, leur capital social. Preuve que, au début des années soixante-dix, les juges espagnols des zones industrialisées tendent à placer en moyenne, donc indépendamment des divergences personnelles et de l'avis de leurs porte-paroles, les dirigeants des entreprises au dessus des magistrats quant au prestige social, tandis que les juges des zones relativement sous-développées se réservent une place dans l'échelle sociale située devant ces *homines oeconomici* par excellence²¹. Comme l'homogénéité relative des conditions d'existence a pour conséquence l'homogénéisation objective des habitus d'un groupe social déterminé²², il est même permis d'étendre les observations effectuées sur la magistrature à l'ensemble des juristes espagnols bien que des recherches empiriques fassent encore défaut pour la totalité du groupe concerné.

Puisqu'on est fondé à penser la double détermination du champ juridique, analogue à ce que Bourdieu²³ constate, par exemple, pour le champ politique, comme homologie des structures internes et externes ou comme sublimation ou *mimesis* politique des luttes extérieures par des luttes à l'intérieur du champ juridique, et non comme mécanisme cédant directement soit aux

²⁰ GARCÍA CANALES, Planes de estudio (N. 8), p. 280.

²¹ JOSÉ-JUAN TOHARIA, El juez español. Un análisis sociológico, Madrid 1975, p. 122-123.

²² BOURDIEU, Sens (N. 2), p. 98.

²³ BOURDIEU, Représentation politique (N. 2), p. 8-9.

ajustements conscients, soit aux influences, on est tenu de s'approcher des transformations du soi-disant contexte social de telle sorte que ces relations se révèlent comme objectives et de nature symbolique. Autant dire que le moment opportun semble être venu de déterminer les rapports entre l'offre juridique et la demande sociale en définissant l'écart entre l'ordre juridique civil hérité, plutôt centripète, et la conjoncture historique donnée. Car après tout ce qui a été dit auparavant, il s'ensuit que la compétence, i. e. le pouvoir sur les mécanismes de production des biens juridiques et, par conséquent, des profits sociaux, bref: le capital des différentes fractions des juristes se battant pour le monopole des monopolistes de l'ordre social est fonction de leur capacité à mobiliser la croyance dans un ordre juridiquement conçu, d'autant plus que le dysfonctionnement du champ juridique est fonction des changements socio-économiques subis et que les forces rénovatrices sont fonction des déficiences survenues.

Sans aucun doute, l'Espagne vit, dès les années soixante, l'expérience d'un *take off* économique. Les détails sont trop connus pour être exposés une fois de plus: le produit national quadruple, la dépendance technologique s'amoindrit après le bond qualitatif de 1965, la commercialisation des produits agricoles s'étend en même temps que la diversification professionnelle s'accélère, l'urbanisation atteint un niveau jamais connu, etc. Quant au droit civil, alors encore modelé — au grand regret des juristes progressistes²⁴ — d'après les exigences d'un monde plutôt agraire, l'un des indices les plus éloquents pour la nouvelle activité, le nouveau dynamisme économique et l'augmentation des interactions, des transactions et, ainsi, des conflits en matière civile, est la hausse sensible des sociétés anonymes: tandis que leur nombre augmente de 54 % entre 1951 et 1960, il atteint 74 % pour les années entre 1961 et 1968. Mais, voyons ce point de plus près. C'est à travers les sociétés anonymes que s'affirme la thèse du développement inégal, vu qu'en 1967 le siège de 83 % des sociétés se trouve dans les 17 provinces les plus industrialisées²⁵. Tout porte donc à accepter provisoirement la conclusion de Guy Hermet²⁶ que la croissance économique a créé, en affectant avec une intensité

²⁴ Cf. par exemple la critique de Díez-PICAZO à propos de l'article 135 du Código civil (*Experiencias* (N. 7), p. 311-313).

²⁵ Pour les dernières données statistiques, voir TOHARIA, *Cambio* (N. 19), p. 50-52, 69-71.

²⁶ HERMET, *Espagne* (N. 12), p. 587; une analyse très nuancée contre la thèse du nivellement automatique des différences spatiales à l'âge de la croissance économique: JULIO-GASPAR SEQUEIROS TIZÓN, *La polarización espacial en el crecimiento económico español. El caso gallego*, Santiago de Compostela 1979, spécialement p. 26, 35, 43, 95 ss.

disproportionnée notamment les provinces du Centre, des pôles de richesse situés à la périphérie comme au Centre, en sorte que le schéma dualiste, puisque concentrique, d'habitude évoqué pour caractériser, voire pour expliquer la structure socio-économique espagnole, se trouve remis en cause au profit d'un modèle plus diffus.

Il en va de même en ce qui concerne les mutations sociales. Pendant les mêmes années, l'Espagne passe d'un pays démographiquement en retard à un pays à natalité décroissante et à mortalité faible. Bien que la croissance industrielle n'avance pas au même rythme que la modernisation démographique, décalage réduit par la forte émigration des années soixante, elle provoque un profond changement dans la répartition de la population active: le nombre des employés agricoles passe de 42 % (1960) à 18 % en 1972; et tandis que le quota de la population active dans le secteur primaire tombe pour les vingt-six années précédant 1976 de 48 % du total à 21 %, celui du secteur tertiaire passe de 26 % à 42 %. Les mêmes transformations aboutissent à une accélération des courants migratoires: 13 % de la population changent de province, migration se concentrant sur dix provinces d'accueil²⁷. A la diminution du prolétariat agricole (journaliers du sud, petits propriétaires du nord) correspond une augmentation du prolétariat industriel, mais surtout la constitution d'une nouvelle classe moyenne: plus instruite, créative et active, en même temps et pour l'ordre et pour la liberté, bref: module pour la nouvelle société de consommation, parfois contradictoire, par manque d'idées nettes sur la réalisation politique des formes institutionnelles du post-franquisme. C'est la France, mais notamment l'Allemagne fédérale, et non plus une Espagne auto-référentielle qui constituent le modèle de cette classe en plein essor et avant tout intéressée à un mieux-être immédiat. Ces facteurs de déstabilisation socio-politique sont accrus du fait qu'ils sont, primo, localement ancrés dans les anciens centres urbains et dans les nouvelles agglomérations, les uns comme les autres se trouvant — il faut le répéter — aussi bien au Centre qu'à la périphérie, et du fait qu'ils sont, secundo, socialement fixés à une famille elle-même en train de perdre son axe, son unité. Si les juristes issus du catholicisme traditionnel réduisent la crise du droit privé, de l'Etat et de l'ordre en général à la destruction des structures concentriques de l'ancienne famille espagnole²⁸,

²⁷ Cf. TOHARIA, Juez (N. 21), p. 178; HERMET, Espagne (N. 12), p. 583; EMILE TÉMIME et alii, Histoire de l'Espagne contemporaine de 1808 à nos jours, Paris 1979, p. 279-281; mais surtout AMANDO DE MIGUEL, Manual de estructura social de España, Madrid 1974, et DE MIGUEL, La pirámide social española, Madrid 1977.

²⁸ Voir PASCUAL QUINTANA, Encrucijada (N. 6), p. 451-452.

c'est parce qu'en Catalogne, mais aussi ailleurs, les structures multiformes de la société de consommation se substituent à la vie familiale, les parents perdent le rôle central dans l'éducation des enfants et, un exemple parmi d'autres, la cohabitation est progressivement remplacée par la parcellisation de l'espace domestique, ne serait-ce que par le rêve de devenir propriétaire d'un logement²⁹. La Catalogne est à ce propos spécialement intéressante à cause de son niveau de modernisation en général et, juridiquement, à cause de la liaison étroite entre l'organisation familiale et les facilités du droit local (*legítima curta*, etc.), accordées pour accumuler les biens de famille. Des nouvelles formes de socialisation plutôt diffuses, la famille éclatée du franquisme tardif n'en est pourtant pas la seule. Célébrée comme signe du progrès, la constitution progressiste des nouveaux groupes intermédiaires complète la dissolution de la famille, tels des rassemblements relativement inconstants et insaisissables comme les syndicats non-corporatistes ou les partis politiques constitutionnellement protégés, mais vivant comme ceux-ci sous la menace du flux et reflux d'opinions de leurs adhérents.

La décomposition des projets sociaux traditionnels, nettement différenciés, fait pendant à cette gradation de l'émiettement, tel qu'il est accompagné des institutionnalisations des nouvelles arènes politiques quasi indéterminables du fait qu'elles sont apparemment concentrées autour des intérêts communs. Il est grand temps de dégager ces questions de l'abstraction pour faire ressortir, contrairement à ce que propose Fraga Iribarne³⁰, que l'Espagne actuelle ne quitte tout simplement pas les idéologies particularistes d'antan pour des représentations harmonisantes et universalistes. A l'opposé d'une telle simplification intéressée, dénégation utopique des luttes sociales à l'avantage de l'utopie légitimatrice d'une société post-industrielle sans classes, ce pays est plutôt en train de surmonter des clivages séculaires séparant l'Espagne cléricale et traditionaliste d'une Espagne sécularisée, européenne et ouverte à la modernité. Idéologiquement, ce qui est caractéristique, malgré la dépolitisation forcée au moment du régime franquiste, c'est l'abandon des orbites théoriquement conçues pour toujours, mais non la disparition totale des oppositions dans une humeur moderniste, garantie d'équilibre social, faite pour suspendre à jamais les antagonismes sociaux. Comme le montre le

²⁹ Sur ce point, cf. pour la Catalogne FRANÇOISE BRETON / LOREA BARRUTI, *La família i el parentiu*, Barcelona 1978, en particulier p. 79 ss.; pour l'Espagne en général, voir LUIS GONZÁLEZ SEARA (dir.), *Estudios sociológicos sobre la situación social de España* — 1975, Madrid 1976, p. 390-392 (desintegración de la familia extensa), 399-401; et Instituto de sociología aplicada (dir.), *Estudio sociológico de la familia española*, Madrid 1976.

³⁰ FRAGA IRIBARNE, *Crisis* (N. 9), p. 33-34.

changement des comportements religieux, particulièrement la baisse de la pratique dominicale, sur la base d'une cartographie religieuse dont les différences de l'Espagne septentrionale et de l'Espagne méridionale sont de plus déterminées par le degré de l'urbanisation et de l'industrialisation³¹, le rejet des systèmes de valeurs traditionnelles a trouvé, dans l'espace social, des liens où se réaliser: le bavardage idéologique n'est aucunement la seule source de renseignements sur ce sujet. Changement toutefois d'autant plus perturbant qu'il n'est pas automatiquement relayé par des propositions aussi fixes et déterminables que les modèles d'excellence d'autrefois. Dans l'entreprise de remise en ordre, le dialogue joue, désormais, un rôle stratégique de premier ordre au désavantage des déterminations précises, voire préalables. Cette nouvelle stratégie ne s'exprime nulle part aussi clairement que dans les «Cuadernos para el Diálogo» de l'opposition chrétienne, dans la constitution ou la reconstitution tolérée des partis politiques aussi divergents que la PSOE, la PCE et les différents partis nationalistes, dans le succès instable de ces partis et dans la survivance des forces sociales antérieures soit au moyen d'appareils d'Etat depuis longtemps établis (justice, administration, etc.), soit par l'intermédiaire de l'armée ou des partis à peine camouflés comme successeurs de l'ancien régime (Fuerza Nueva, Alianza Popular). Au delà de ces phénomènes, on pourrait suivre l'institution idéologique du pluralisme idéologique en rappelant des faits comme l'alphabétisation, couronnée de succès au cours des années soixante, en évoquant la scolarisation, dès lors à peu près complètement assurée, et en pensant à la liberté d'information, de moins en moins mise en cause à partir de 1966. Comme la renaissance des cultures régionales, notamment au pays basque et en Catalogne, ils contribuent à favoriser l'ambiguïté du projet social se fondant, selon les nouveaux idéologues, sur un consensus général. C'est ainsi qu'ils concourent à forcer les spécialistes de légitimation de l'ordre social, les juristes, à se mettre à concerter les différences réelles, rendues momentanément idéologiquement méconnaissables, avant que les tensions sociales, jamais atténuées, éclatent avec d'autant plus de violence.

Néanmoins, on ne peut comprendre la logique à laquelle ont obéi les débats agités parmi les juristes ainsi que leurs démarches définitives s'opposant à un ordre juridique d'ordre concentrique, on ne peut saisir les intérêts accrus qu'ils lui portent particulièrement à partir des premières années 70,

³¹ Voir GONZÁLEZ SEARA (dir.), *Estudios sociológicos* (N. 29), p. 572-573; ROGELIO DUOCASTELLA, *El mapa religioso de España*, in PAULINE ALMERICH et alii, *Cambio social y religión en España*, Barcelona 1975, p. 129-162.

si on ignore l'accélération des processus de différenciation, la progression rapide de la complexité des structures sociales. Autrement dit, voir l'érection pompeuse de l'«Estado autonómico», à savoir la territorialisation constitutionnelle de 1978 — commémorée, peu de temps après, par un des représentants de la science politique comme la plus importante innovation politique depuis la Reconquête du Moyen Âge³² — ne s'explique que par le fait que le développement des années précédentes sert à renforcer les tendances étudiées. Il importe peu qu'il s'agisse des événements à l'intérieur ou à l'extérieur du champ juridique: en tant que cette ultime poussée, transformation supplémentaire des mutations profondes, assigne aux agents du champ leur stratégie, considérant qu'en général le champ assigne à chaque agent son comportement social, elle précise de surcroît le point de départ des investissements envisagés, elle détermine exactement l'intensité des actions prévues depuis quelque temps et elle indique précisément la direction des démarches dont la nécessité était hors de question auparavant.

Dès le début des années 70, c'est une crise conjoncturelle qui met objectivement en cause le modèle d'un développement indéfini. A en croire Carlos Ferrer³³, président du patronat espagnol, et son exposé présenté dans le cadre d'un cycle de conférences organisé par le «Club Siglo XXI» et titré «Perspectivas de una España democrática y constitucionalizada», la croissance économique n'atteint que 8 % pour les années entre la crise du pétrole et 1977, alors que le niveau des prix augmente de 60 %, l'endettement permanent vis-à-vis des crédateurs étrangers ne cesse de s'accroître, ainsi que le chômage qui passe de 300.000 chômeurs en 1973 à 700.000 pour l'année 1977. La même tendance se poursuit, s'accélère même en 1977: hausse inouïe des prix, accroissement du déficit extérieur, montée extraordinaire du nombre des sans-travail, baisse des investissements productifs, du niveau de l'activité et de la productivité. Mais, et cela toujours selon la même source, à l'encontre du gouvernement des années autour de 1970 s'obstinant à poursuivre la politique économique et monétaire et à négliger, ainsi, notamment le problème du chômage, les nouveaux hommes politiques, même s'ils viennent du franquisme, reconnaissent la crise profonde en tant que telle, ce qui ne fait que redoubler ses effets. Soit qu'ils acceptent les réformes nécessaires,

³² Cf. SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), p. 359-360; GARCÍA DE ENTERRÍA parle du «milagro histórico».

³³ CARLOS FERRER, *La economía española en la etapa de transición*, in (Club Siglo XXI, ed.), *Perspectivas de una España democrática y constitucionalizada*, I, Madrid 1979, p. 513 ss. (514-515).

soit qu'ils brûlent même d'en exiger³⁴. Ajoutons que l'entrée de l'Espagne dans le Marché Commun, désormais sérieusement envisagée, aggrave les symptômes observés, vu que ce projet défie de surcroît la compétitivité de l'économie espagnole en crise. C'est donc dans ce contexte qu'il faut interpréter certaines rencontres textuelles dans la déclaration-programme du nouveau président du gouvernement, Adolfo Suárez, promettant, à côté de la demande définitive et officielle de l'Espagne d'être reçue parmi les membres de la CEE, la réorganisation constitutionnelle de l'Etat espagnol, soit pour lui, l'autonomie des régions. Enfin, l'intérêt accru que les mandataires politiques, y compris leurs maîtres des lois, porteront désormais aux relations Centre-Périphérie, a aussi un fondement politique au sens étroit: le terrorisme basque contemporain, résurgence violente des conflits de nature divergente, mais saisi, par le sens commun, de préférence sans distinction comme refus du centralisme.

Eu égard aux efforts simultanés de réorienter la rhétorique de légitimation, on est forcé de supposer que l'organisation du champ juridico-politique, ses modèles concentriques inclus, fut alors touchée à un tel point par la crise que la position, le capital social des détenteurs du monopole, leur «prestigio»³⁵, fut sérieusement en péril. Nous nous référons, sous cet aspect, spécialement à la modernisation conservatrice de la figure de l'«adhesión al Jefe del Estado», personnalité charismatique, équipée d'un pouvoir constitutionnel et, à ce titre, axe de l'intégration politique et pierre angulaire de tout le système de pouvoir. Cet euphémisme sera remplacé par le concept de la «participación» dont seront exclus, bien entendu, les groupes vraiment oppositionnels³⁶. Il semble bien que, à ce moment-là, tout mot d'ordre autoritaire, issu d'après la représentation dominante d'un seul endroit, perd ses capacités à

³⁴ Cf. MANUEL FRAGA IRIBARNE, *De los complejos en política*, in FRAGA IRIBARNE, *La crisis del Estado español*, Barcelona 1978, p. 161 ss. (167); ALFONSO GUERRA, *Perspectivas de una España democrática y constitucionalizada*, in (Club Siglo XXI, ed.), *Perspectivas de una España democrática y constitucionalizada*, I, Madrid 1979, p. 3 ss. (17).

³⁵ Sur les années autour de 1974 et notamment sur la situation précaire des avocats, cf. ZARAGOZA, *Abogacía* (N. 14), p. 10-11.

³⁶ Voir le président des Cortès, ALEJANDRO RODRÍGUEZ DE VALCÁRCCEL Y NEBREDÀ à l'occasion de la nécrologie consacrée à Carrero Blanco, mais surtout CARLOS ARIAS NAVARRO, à l'occasion de l'avènement au pouvoir gouvernemental, in *Boletín oficial de las Cortes Españolas*, X Legislatura, num. 11, *Diario de las sesiones del pleno*, Sesión plenaria celebrada el día 12 de febrero de 1974, p. 5-7 et 12; sur les modifications successives du concept antérieur du «Jefe del Estado» comme «representante supremo de la nación» et en tant que tel comme personnification de la «soberanía nacional» exerçant «el poder supremo político y administrativo» (art. 6 de la «Ley Orgánica» de 1967), cf. JUAN FERRANDO BADÍA, *El régimen de Franco. Un enfoque político-jurídico*, Madrid 1984.

convaincre par les apparences, en sorte qu'il ne parvienne plus à mobiliser la croyance dont tout ordre dépend. Donc, ce n'est pas un hasard si les avocats espagnols refusent en 1970, à l'occasion de leur congrès national, de prêter serment en invoquant directement l'ordre étatique. Pour leur nouvel «*Estaduto General de Abogacía*», ils proposent qu'on prête plutôt serment de fidélité au «*imperio del Derecho y de la Justicia y a los deberes inherentes a la profesión*»³⁷. Abstraction faite du déclin général de l'ordre autoritaire, poser en objectif un Droit tellement abstrait, purifié, politiquement neutre et socialement détaché, tout au plus professionnellement déterminé, cela revient à la fois et en dernier ressort, à prendre distance au profit des professionnels du droit et de leur reproduction.

En dissipant d'un coup les dernières illusions à propos de la perpétuité naturelle des équipements du pouvoir et, ainsi, de leur légitimation a priori, la mort de Franco ne peut qu'accélérer le processus en cours. Si les compromis ultérieurs se fondent aussi sur les ruines du pouvoir franquiste, c'est que le pouvoir symbolique de l'ancien régime s'épuise de plus en plus vite au cours des ultimes années de Franco et ce dans la mesure où les réformes de la justice, par exemple, se faisaient depuis trop longtemps attendre, vu que les dernières adaptations profondes datent, dans ce secteur, de l'après-guerre. Le droit civil fournit une preuve supplémentaire. Ici, le déclin du relais classique de toute intercommunication juridique, composé d'un système concentrique organisant les dits «*Derechos forales*» autour du «*Derecho común*», et l'essor d'un système discursif, plutôt différentiel, mais concerté à un niveau plus élevé, se manifestent pour la première fois d'une façon persistante au moment de la crise analysée, pour s'accomplir sous forme de territorialisation constitutionnelle de l'ordre juridique civil en 1978. Si la compilation du droit de Navarre donne en 1973 le coup de grâce à l'ancien modèle unitaire en se distanciant plus fortement que ses homologues catalan (1960) et aragonais (1967) de l'ordre commun par une hiérarchie tout à fait souveraine des différentes sources du droit, c'est que la culture juridique espagnole est essentiellement conditionnée, du moins à partir du milieu du siècle passé, par ce qu'on appelle la «*cuestión foral*». Depuis ce temps-là, c'est une définition plus ou moins concentrique des droits espagnols qui permet de penser les problèmes socio-économiques comme elle oblige à mener les luttes sociales en tant que confrontation des droits régionaux avec un système de règles étatiques rapporté à un centre codifié: le droit castillan phantasmagorique.

³⁷ Cf. ZARAGOZA, *Abogacía y política* (N. 14), p. 51, 57.

Dans la mesure où le *Fuero de Navarra* se constitue expressément comme «ordenamiento jurídico autónomo»³⁸, il contribue à mettre définitivement en jeu, sans garantir pour cela la flexibilité nécessaire, non seulement cette cohérence concentrique³⁹ et, par là, la compétence et les capitaux des juristes professionnels, faute d'univocité de l'ordre juridique civil établi, mais aussi la base d'identification sociale d'un bon nombre de juristes espagnols. Ces derniers risquent de perdre le fondement de leurs forces magiques, car le pourcentage qui se déclare alors pour le maintien des droits régionaux traditionnels dans le cadre d'un droit national, et ainsi pour la pluralité de l'ordre hérité, est fonction de la situation sociale, à savoir du lieu de naissance des juges enquêtés et de leur place de travail⁴⁰.

II.

A condition que, théoriquement, le champ juridique doublement façonné délimite la stratégie des juristes-politiciens, leurs investissements doivent, dans le cas présent, nécessairement chercher à surmonter un modèle de communication juridique d'ordre concentrique tel qu'il était encore typique pour le droit civil espagnol à l'aube des années 70. Toute adaptation de l'ordre social, étant en même temps une rationalisation supplémentaire de la compétence des détenteurs du monopole juridique, ne pouvait aboutir qu'à l'institution d'un ordre juridique civil de nature aussi différentielle qu'homogène. Plus précisément, celui-ci ne pouvait sensibiliser la structure sociale de plus en plus complexe que par l'intermédiaire d'un agencement discursif territorialement différencié qui n'expose à aucun risque la cohésion du discours de l'ordre et, par là, l'ordre même. Voilà la réponse adéquate aux demandes sociales, le «tratamiento jurídico nuevo», dont l'urgence fut évidente dès 1973, pour un juriste prévoyant comme Díez-Picazo⁴¹.

Mais tant que la décentralisation annoncée par des politiques de gauche et de droite⁴² n'a pas été instituée comme pratique spécifique, l'essentiel des changements subis ou projetés se transmettait à la pratique politique sans

³⁸ ALVARO D'ORS, *El regionalismo jurídico* (1972), in: D'ORS, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Roma—Madrid 1973, p. 75 ss. (77).

³⁹ Cf. LUIS DíEZ-PICAZO / ANTONIO GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid 1979, p. 95-96.

⁴⁰ Voir TOHARIA, *Juez* (N. 21), p. 150-152.

⁴¹ DíEZ-PICAZO, *Experiencias* (N. 7), p. 314-315.

⁴² MANUEL FRAGA IRIBARNE, *Nación, nacionalidades y autonomías*, in FRAGA IRIBARNE, *La crisis del Estado español*, Barcelona 1978, p. 169 ss. (172-173).

accéder réellement au discours de l'ordre d'une société espagnole jusqu'alors en transformation plutôt désordonnée. Suivant les règles de la division du travail, c'était aux juristes et ainsi aux agents spécialisés de rendre le corpus des normes juridiques — sans égal, aujourd'hui encore, quant à l'économie de domination — vraiment opérationnel afin d'obtenir des résultats socio-politiques optimaux, toujours vu sous l'aspect d'une Espagne modernisée. Sans que la tradition juridique espagnole fournisse du moins le cadre, à savoir le modèle dialectique d'un ordre juridique civil territorialement concentrique ou divergent, il était pratiquement impossible d'aller au delà des distorsions spécifiquement espagnoles entre l'offre et la demande d'une société pas encore ordonnée selon les exigences des sociétés économiquement avancées. Cela tient en bonne partie au fait que les sociétés appartenant à la civilisation occidentale se sont habituées, au cours des derniers siècles, à repérer la justification de leur structure en dernière instance dans le droit, spécialement dans le droit privé tel qu'il est géré par des juristes au fond autorisés à apaiser les conflits sociaux d'une manière juridique au moyen d'un modèle discursif hautement dématérialisé. De là les efforts communs et des partisans de la modernisation conservatrice et des amis de la rupture totale de marquer juridiquement la fin de l'ancien régime franquiste en instituant constitutionnellement un Etat de droit aux droits civils divergents⁴³, ordre aussi univoque que multiple, apte à permettre de franchir les obstacles empêchant l'Espagne de se moderniser selon les modèles du capitalisme occidental.

Pour saisir la portée sociale des investissements effectués, il faut cependant prendre en considération non seulement les limites stratégiques dont le choix opéré était prisonnier, mais aussi l'ampleur de l'espace stratégique dans lequel s'inscrit la nouvelle rationalisation de la compétence des juristes et ainsi la légitimation du classement social de l'Espagne actuelle et future. Sur ce terrain, la ruse de la raison juridique post-moderne réside dans le fait de parvenir à mettre de nouveau en harmonie un système juridique, caractérisé par son degré d'abstraction élevé, avec l'irrationalité apparente du monde vécu. A mesure que dans les sociétés les plus modernisées les conflits mêmes sont déterminés par la divergence des rationalités des agents, par l'intransitivité de leurs objectifs et par l'impossibilité logique de rendre raison, bref, par une propriété développée de réagir aussitôt et de manière spécifique aux excitants extérieurs⁴⁴, le champ juridique produit des formes corrélatives

⁴³ Voir GUERRA, *Perspectivas* (N. 34), p. 4-5.

⁴⁴ Cf. HELMUT WILLKE, *Die Disjunktion von Rechtsformen und Machtformen* — am

afin de corriger certains excès de la raison pure et intransigeante des XVIII^e et XIX^e siècles. Comme on le verra par la suite à maintes reprises, il propose des modèles d'intercommunication juridique de nature relationnelle, réflexive et sui-référentielle, tels qu'ils sont voués à résoudre ce nouveau type de conflits se dérochant aux systématisations rigides du droit traditionnellement ordonné et ainsi, à toute surveillance.

Du fait que la compétence reconnue du juriste moderne est fonction de la flexibilité contextuelle de ses mots d'ordre, il est peu surprenant que les juristes espagnols lucides, confrontés à la fois aux modèles étrangers et aux difficultés espagnoles, tendent aussi à contribuer au progrès social de leur pays en réfléchissant sur la conceptualisation intensifiée de la réalité à première vue diffuse. C'est ainsi que Díez-Picazo théorise, depuis le début des années 70, le droit comme ensemble des expériences vécues, à l'opposé des conceptions purement normatives telles qu'elles sont caractéristiques pour la théorisation de la majorité de ses collègues concurrents⁴⁵. Comparable au courant espagnol de l'«uso alternativo» à l'italienne, il plaide pour la politisation de la justice et contre toute compréhension du droit privilégiant la technicité des concepts juridiques⁴⁶. Il en va de même pour la dynamisation de la hiérarchie des sources du droit en vigueur. A partir des mêmes années, on commence à classer, avec prudence, les décisions du Tribunal Suprême parmi les critères du développement du droit actuel, bien à l'encontre de toute interprétation classique du Code civil espagnol (Article 1, 6), pour capter les changements sociaux là, où ils apparaissent en premier: dans les conflits quotidiens d'une certaine importance⁴⁷. Et c'est la logique sociale qui fait enfin coïncider une redéfinition réaliste des obligations des maîtres du droit⁴⁸ avec l'appel à la reconstruction juridique de la réalité espagnole⁴⁹. Cette revendication des hommes politiques, aussi bien que le réalisme poli-

Beispiel der Konzertierte Aktion, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 8 (1982) 200 ss. (211).

⁴⁵ Díez-PICAZO, *Experiencias* (N. 7), p. 5 ss.

⁴⁶ Cf. PLÁCIDO FERNÁNDEZ VIAGAS, *Uso alternativo del Derecho y control democrático de la Justicia*, in *Revista de Derecho público* 68-69 (1977) 621-642 (625, 629-631).

⁴⁷ Voir d'un côté Díez-PICAZO / GULLÓN, *Sistema* (N. 39), I, p. 193 ss. (197 ss.), de l'autre SANTOS BRIZ et sa position traditionnelle (*Derecho civil* (N. 7), p. 16).

⁴⁸ Pour ce qui est des opinions de Díez-Picazo, Latorre, Peces-Barba et l'écho des juristes espagnols, cf. CESÁREO RODRÍGUEZ-AGUILERA, *Consideraciones sobre la legitimación del Derecho y la conciencia del juez*, in *Revista jurídica de Cataluña* 81 (1982) 617 ss. (621, 625-626).

⁴⁹ Cf. ELISEO AJA, *Presentación*, in GREGORIO PECES-BARBA et alii, *La Izquierda y la Constitución*, Barcelona 1978, p. (III)-(IV).

tique des nouveaux juristes-démocrates dans la tradition d'Ortega, s'accomplira en 1978 par l'orchestration constitutionnelle de l'activité stratégique d'un Tribunal constitutionnel et d'une Constitution à nomenclature ouverte comme c'est le cas pour la territorialisation progressive de l'ordre juridique civil à réaliser par des régions autorisées à moderniser leur propre droit civil.

Or, l'apport de notre analyse à une compréhension générale du développement de la culture juridique au sein des sociétés économiquement avancées dépend entièrement du fait si nous parvenons à faire comprendre la territorialisation constitutionnelle du droit civil espagnol comme objectivation d'une prise de conscience et de la diversification sociale extraordinaire et de la crise du champ juridique concentriquement organisé et si nous parvenons à identifier cette objectivation locale comme spécification de la nouvelle rationalité juridique. Nous le savons, depuis Max Weber: pour si éloignée qu'elle paraisse, la rationalisation du droit moderne et, par là, la compétence des initiés n'est pas liée au paradigme de la loi codifiée⁵⁰. De même que l'arrangement concentrique des XVIII^e et XIX^e siècles est en corrélation avec des exigences sociales particulières, la rationalisation actuelle doit obligatoirement aboutir à l'adaptation de la rhétorique normative des siècles passés, c'est-à-dire à la disparition de leurs schèmes rigides au profit d'une orchestration différentielle, en dernière instance à la sublimation des antagonismes sociaux d'aujourd'hui et de demain. A cet effet, il suffit d'observer la République fédérale d'Allemagne. Pour parler avec Luhmann, Ladeur et d'autres juristes-analystes, dans ce pays, la loi, entendue comme programme conditionnel, est déjà remplacée, du moins en partie, par des règles s'orientant de plus en plus vers des objectifs généraux. En Allemagne, on vient de centrer les droits constitutionnel et administratif sur des principes d'ordre apparemment irrationnel, tel celui de la pondération des valeurs (Güterabwägungsprinzip) ou celui du rapport entre les fins poursuivies et les moyens appliqués, rapport défini par référence à un équilibre idéal (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit). Notamment en droit du travail et en droit économique, les tribunaux allemands sont déjà parvenus à formuler des stratégies juri-

⁵⁰ MAX WEBER, *Rechtssoziologie* (ed. JOHANNES WINCKELMANN), Neuwied am Rhein—Berlin ²1967, p. 332 ss. (Die antiformalen Tendenzen in der modernen Rechtsentwicklung); sur le concept weberien de la rationalité juridique au-delà de la loi générale, cf. FRIEDHELM HASE / MATTHIAS RUETE, *Dekadenz der Rechtsentwicklung? Rationalität und Allgemeinheit des Gesetzes in der Rechtstheorie Franz Neumanns*, in Leviathan. Zeitschrift für Sozialwissenschaft 11 (1983) 200 ss. (208), et SCHOLZ, *Eléments* (N. 1), III.

diques hautement flexibles⁵¹. Par manque d'orientation rationnelle au sens traditionnel, il va quasi de soi que le champ juridique allemand, autant que son homologue français⁵², également incité par la crainte des monopolistes de l'ordre de risquer par leur inactivité les privilèges obtenus, produit des concepts obéissant à la logique sociale de nature différentielle. Celle-ci n'exprime que la dégradation du consensus général au moment d'une augmentation de la complexité sociale. En somme, rien ne s'oppose à supposer pour l'Espagne en voie de modernisation ce qui vaut, selon les derniers constats, pour l'Allemagne après la modernisation: le degré de la complexité à atteindre du côté des régisseurs du discours juridique est proportionnel à la diversification sociale subie ou prévue. Ou plus concrètement, à l'âge post-moderne, le niveau de différenciation obligatoire des concepts juridiques dépend de la nouvelle variabilité des exigences fonctionnelles de la société de marché. D'après tout ce qu'on commence à comprendre, celle-ci devient impossible à gouverner, voire à organiser d'une façon légitime avec des instruments orthodoxes.

Il existe deux manières fondamentales et dialectiques de redéfinir la structure du discours juridique ou de changer sa qualité. C'est dire que, par exemple, toute sorte de réinvestissements négatifs représentent en même temps une contribution constructive, favorable à la réorganisation de l'ordre. En principe, il n'y a pas de différence fonctionnelle entre la dénégation des fondements d'un ordre donné et la reconstruction rationnelle d'un autre ordre, sinon de mobiliser d'autant plus économiquement la croyance dans le nouveau droit qu'on réussit à convaincre de la possibilité et de la nécessité du changement d'une organisation sociale dépassée à une organisation juridique moderne. Ici trouvent leur place les ardentes campagnes menées pour ou contre la permanence du droit, les querelles acharnées et apparemment ésotériques concernant ses ultimes fondements et les disputes à l'égard de la vraie représentation scientifique de son développement plus ou moins autonome. On ne peut comprendre les effets symboliques de quelques contro-

⁵¹ Sur les premières théorisations et les exemples cités, cf. VOLKMAR GESSNER / GERD WINTER (eds.) *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft* (= *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 8 (1982)), Opladen 1982, surtout les contributions de GERD WINTER (Literaturbericht), RUDOLF WIETHÖLTER (Entwicklung des Rechtsbegriffs), KARL-HEINZ LADEUR (Verrechtlichung der Ökonomie — Ökonomisierung des Rechts?) et WILLKE (Disjunktion von Rechtsformen und Machtformen, N. 44); mais avant tout KARL-HEINZ LADEUR, *Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung. Zur Genealogie des Verwaltungsrechts, in Leviathan. Zeitschrift für Sozialwissenschaft* 7 (1979) 339-372.

⁵² Sur la soi-disant décadence du droit français actuel, cf. les analyses titrées «Crise et droit — Droits et crise», in *Procès. Cahiers d'analyse politique et juridique* 6 (1980).

verses soi-disant scientifiques des vingt dernières années sans prendre en compte le fait que ces discussions effectuent des investissements destinés à défendre ou à réformer, jusqu'à la limite du possible, les structures juridiques d'une société en transformation. Incrire la définition du droit dans le «cambio social» (Díez-Picazo) ou plaider contre le «nihilismo jurídico», à savoir contre la relativisation des nouveaux juristes-sociologues (A. D'Ors) n'est rien d'autre que chercher à dominer le concurrent à l'intérieur du champ juridique et, en même temps, à préserver l'ordre juridique ou à le rétablir d'une façon différente, i. e. socialement convenable au sens d'adéquat et d'acceptable⁵³. Avec assez de recul, il en est de même pour les débats méthodologiques en histoire du droit espagnol, menés tout au long des années 70. La distance prétendue entre le droit en vigueur et son histoire, ainsi que ses historiens, l'insensibilité apparente aux exigences du jour d'une discipline presque oubliée ne devraient pas faire obstacle. S'opposer aux méthodes dominantes telles qu'elles furent instituées par l'Ecole de García Gallo, rejeter ce positivisme et sa préférence pour les institutions juridiques apparemment intemporelles pour souligner l'historicité du droit (Peset) afin de comprendre, par exemple, la révolution bourgeoise en Espagne comme révolution juridique (Clavero), c'est aussi rendre, consciemment ou non, service aux spécialistes des spécialistes d'un nouvel ordre nécessaire, à savoir à tous ceux qui sont au même moment en train de forger l'ordre juridique post-franquiste: l'«Estado autonómico» et sa différenciation territoriale de l'ordre juridique civil⁵⁴.

Par peur d'exposer la société au chaos, à la «anarquía» et à la «guerra civil»⁵⁵, ou ce qui revient au même pour les monopolistes du champ juridique, par peur de mettre leurs privilèges sociaux en danger, l'ancien ordre, privé de ses légitimations, est un ordre à re-fonder au double sens du mot. Même objectivement, il n'y avait pas de choix, vu la logique économique de domination: le nouvel ordre était à reconstruire sur les ruines de l'ancien modèle; travail à effectuer le plus vite possible et au moyen d'un seul acte de rationalisation consistant à la fois dans la rationalisation de la compétence des

⁵³ Díez-PICAZO, *Experiencias* (N. 7), surtout p. 302-303, 306-307, 320-321; D'ORS, *Pérdida del concepto de excepción a la ley* (N. 8), p. 155-156.

⁵⁴ Cf. JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, *Zum Forschungsstand der Neueren Rechtsgeschichte Spaniens und Portugals*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 3-4 (1980) 164 ss. (166-167), version espagnole: *Acerca de la historia del Derecho en España y Portugal*, in *Revista crítica de derecho inmobiliario* 58 (1982) 633 ss. (635-638).

⁵⁵ Cf., par exemple, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid 1981, p. 205.

juristes et, par là, dans la stabilisation de leur position sociale, ainsi que dans la structuration juridique de la nouvelle société et dans la légitimation de cette structure, tout cela sur la base du dernier savoir politico-juridique. En effet, bon nombre des agents concernés s'y emploient avec zèle; chacun de son mieux, à des moments et des endroits différents, très souvent sans rien savoir l'un de l'autre et les uns au grand jour, les autres plutôt dans la clandestinité, mais tous ensemble, réunis par le travail symbolique qui reste à faire. D'après tout ce qu'on peut dire aujourd'hui, leur «genialidad jurídica» (García de Enterría⁵⁶) — n'étant en réalité qu'un ensemble d'actes de magie sociale, opérés par des agents sociaux potentiellement investis d'un pouvoir symbolique spécifique — parvient en très peu de temps à sublimer la désintégration sociale, comme elle s'est produite à la suite du *take off* économique, et à renforcer la propre position, contrariée par les conséquences du même phénomène. Ce faisant, ils ne recourent pas seulement à la reterritorialisation constitutionnelle de l'ordre juridique civil, mais aussi, et avant tout, à la conceptualisation d'un Etat de droit et à son objectivation moyennant la fixation par écrit des nouvelles règles fondamentales et à l'aide de l'érection du nouveau Tribunal constitutionnel, thèmes qui sont par la suite à approfondir et à connecter. Plus ils rationalisent leur compétence contrariée, plus ils produisent de l'ordre en offrant des formes aussi adéquates que bonnes à garantir, à nouveau, l'intégration sociale, mais cette fois-ci sur un niveau très élevé, puisque dépersonnalisé, donc plus abstrait qu'au temps du franquisme. Comme on le verra par la suite, cette intégration se manifestera par l'artefact juridique du consensus général, légitimation nouvelle du nouvel ordre démocratique. Nous voici en présence de «una cultura política» acceptable «por la mayoría», selon Fraga Iribarne, malgré toute opposition verbale un des représentants du nouvel ordre, en présence de la réponse à la «desconfianza de las masas» à l'égard du droit, dans les milieux bien informés des juristes-civilistes espagnols, défiance fort regrettée depuis le jeune Castán Tobenas⁵⁷.

Comparant ses revendications de 1967 avec la Constitution de 1978, Elías Díaz avait, dans ce sens, bien raison lorsqu'il allait dernièrement jusqu'à prétendre que «lo racional se hace real». Son investissement symbolique, plaidoyer engagé contre la dictature et pour l'Etat de droit démocratique et social, concrétisé dans les années 60 en partie, et non pour la moindre, la

⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, *ibidem*.

⁵⁷ Cf. FRAGA IRIBARNE, *Crisis* (N. 9), p. 43, et FRAGA IRIBARNE, *Crisis económica y pacto social*, *ibidem*, p. 177 ss. (181); quant à Castán, cf. GARCÍA CANTERO, *Releyendo «Hacia un nuevo Derecho civil»* (N. 6), p. 79.

nouvelle rationalité juridique socialement exigée. En tant que telle, et comme tout discours juridique, sa contribution particulière constitue une parole créatrice, capable de faire exister ce qu'elle énonce, pour paraphraser Bourdieu⁵⁸. Et ce qui vaut pour Elías Díaz vaut aussi pour la critique gauchiste, mesurée à l'échelle du champ en question. Le nouvel Etat de droit post-franquiste demeure impensable sans les querelles apparemment scientifiques au sein de l'opposition où, au cours des années soixante, les prises de position de Lucas Verdú et d'Elías Díaz polarisent les esprits les plus agiles de la philosophie du droit et du droit politique, objectivement associés, malgré eux, dans leur lutte pour l'Etat de droit⁵⁹.

Lorsqu'elles ne précèdent pas, les interventions vouées à propager ou à concevoir un Etat de droit moderne rejoignent son institutionnalisation. Pratique symbolique relativement autonome, la rationalisation juridique des rapports sociaux peut donc coïncider ou non avec d'autres investissements symboliques, également d'ordre juridique, mais de nature plutôt matérielle, c'est-à-dire avec l'établissement des mécanismes objectifs, susceptibles d'assurer les profits de la juridification effectuée sans interventions supplémentaires et ainsi susceptibles de faciliter d'autant plus le redoublement du capital objectivement accumulé que celui-ci servira de base pour la production d'autres effets symboliques d'ordre plutôt immatériel. Illusion, cependant, de croire comprendre l'économie du nouveau mode de domination, de savoir évaluer les profits assurés par le seul fait de l'écriture du texte constitutionnel et de l'érection du Tribunal constitutionnel en tant que contrepartie de la diversification territoriale de l'ordre juridique civil, sans prendre d'abord en considération la juridification dans son ensemble. Etant donné que d'une part le droit en vigueur, resacralisation secondaire produite pour stabiliser la différenciation sociale, ne dispose pas de la capacité attendue, et que d'autre part cette organisation sociale est évidemment, vu l'aspect économique, plus intéressante que l'exploitation brute et ouverte⁶⁰, établir ou rétablir le «imperio del Derecho» (García de Enterría) ou le «imperio de la ley» (Elías Díaz) et, par là, le monopole des monopolistes contrariés, deman-

⁵⁸ ELÍAS DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid 1979, p. 10 (Nota preliminar a la séptima edición); BOURDIEU, *Parler* (N. 2), p. 21.

⁵⁹ Cf. notamment le cahier 17-18 (1977) de la revue «Sistema», titré «Socialismo y Constitución», en particulier l'article d'ELÍAS DÍAZ, *El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas* (p. 51-70), et la contribution de PABLO LUCAS VERDÚ, *Socialismo y Derecho constitucional* (p. 25-50).

⁶⁰ BOURDIEU, *Sens* (N. 2), p. 209-231; sur le droit moderne comme violence douce et mode de domination économique, cf. SCHOLZ, *Éléments* (N. 1), IV.

de que ceux-ci mobilisent toutes les forces pour vaincre toute résistance afin que soit à la longue atteint cet état de domination économique idéal. Dépolitiser les caprices politiques, les rendre moins arbitraires à travers une juridification intense, comme le souhaite le même García de Enterría et comme Tomás y Valiente le voit enfin réalisé sous forme d'un Tribunal constitutionnel⁶¹, donc faire connaître moyennant des nouveaux modèles d'interactions pour faire méconnaître et susciter la reconnaissance des rapports de domination ainsi restructurés, exige, au-delà de ces démarches symboliques, des connaissances approfondies de leur économie. D'où, avec à leur tête García de Enterría, l'intérêt des constitutionnalistes dominants aux institutions constitutionnelles étrangères, intérêt dont témoigne notamment le travail de García Enterría, en particulier son recours à la situation nord-américaine et aux dernières améliorations corrélatives en République fédérale d'Allemagne⁶², et dont rend finalement compte la conception de la Constitution de 1978, sa technique juridico-constitutionnelle la plus moderne, selon Adolfo Suárez, alors président du gouvernement espagnol⁶³. Le vrai contrôle juridique n'a rien d'automatique, même au moment d'une croyance potentielle dans l'ordre juridique. Pour dissiper les moindres doutes et pour refouler les moindres attaques, il faut de la compétitivité généralement reconnue et pour cela sans cesse renouvelée, il faut des spécialistes hautement qualifiés comme García de Enterría les prévoit pour le nouveau Tribunal constitutionnel espagnol⁶⁴. Quand la pensée économique sophistiquée domine, le pouvoir des technologies augmente et les sciences sociales se concentrent sur des problèmes purement techniques, bref: au moment où la raison instrumentale règne, l'univers du droit doit accroître la maîtrise pratique de ses professionnels en mettant à leur service des techniques rationnelles. Il n'est pas de manifestation plus évidente de ces exigences que les discussions des dernières années portant sur l'installation des banques de données socio-juridiques, que le vif intérêt aux ultimes méthodes et résultats du droit comparé ainsi qu'au droit des pays hyper-développés, que la préparation des réformes universitaires par des experts envoyés en Allemagne fédérale pour étudier ses expériences avec un enseignement juridique combinant la théorie et la pratique, et pour ne

⁶¹ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, La defensa de la Constitución, in: *Revista de Derecho político* 16 (1982-1983) 185-192 (187).

⁶² Cf. DÍAZ, Estado (N. 58), p. 13; GARCÍA DE ENTERRÍA, Constitución (N. 55), surtout p. 185-188.

⁶³ Cf. Constitución española. Trabajos parlamentarios, IV, Madrid 1980, p. 4935.

⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Constitución (N. 55), p. 198.

prendre qu'un dernier exemple significatif, que la fondation d'un Institut des études constitutionnelles sous la direction d'Elías Díaz.

Comme il ne faut pas oublier que l'Etat de droit le plus rigoureusement rationalisé doit son existence et son efficacité sociale au fait que, à l'âge de la raison instrumentale, tout agencement discursif fondé sur la croyance, tel le droit rationnel de la modernité, est tenu d'emprunter des formes «scientifiques», la conceptualisation rationnelle de l'Etat de droit espagnol, les investissements préalables y compris, peut sans peine coexister avec d'autres actes d'alchimie sociale préparant ou renforçant l'ordre prévu ou imposé. Ainsi, la plus grande partie de la pratique de juridification générale, effectuée au cours des années 60 et 70, consiste dans la pure propagande, dans l'établissement d'un réseau d'oppositions phantasmagoriques et dans l'entraînement d'une nouvelle scientificité. De toute évidence, de telles actions ont produit, aux yeux des agents concernés, des effets symboliques supplémentaires, d'autant plus que ce travail d'euphémisation n'est pas séparable d'investissements importants, purement économiques. A côté des «Cuadernos para el diálogo», c'est le cas pour des phénomènes aussi hétérogènes que l'essor des maisons d'édition «Civitas» et «Siglo XXI», le succès fulgurant du journal «El País» ou les rééditions des sources du droit régional. Chacun d'eux prêche à sa façon et selon ses moyens la nouvelle Espagne organisée comme Etat au droit différentiel en favorisant en commun une seule vision du monde social, si ce n'est qu'en faisant étalage de leur dynamisme, par exemple, par un *lay out* moderne qui décline comme tels la production et les produits symboliques d'autrefois. De plus, c'est en affirmant une position transcendante au droit et à sa retraduction spécifique de la société moderne que les détenteurs contestés du monopole juridique peuvent réinstaller leur pouvoir spécifique consistant, en principe, à gérer d'une façon légitime, parce que meilleure que toute autre, le monde antagoniste d'aujourd'hui. L'importance stratégique de «Estado de Derecho y sociedad democrática» d'Elías Díaz, les multiples éditions de ce livre après 1966 et son classement, par Tuñón de Lara⁶⁵, parmi les événements-clés de la scène culturelle et idéologique de ces années de crise sociale et juridique, s'expliquent aisément si on prend en considération que ce plaidoyer pour une organisation sociale au moyen d'un Etat de droit, démocratique et respectant les régions autonomes, se base fondamentalement sur un travail de distinction. Elle effectue la transformation en vue par une suite ordonnée d'actes de dénégation de l'Etat autoritaire et totalitaire fran-

⁶⁵ JOSÉ ANTONIO BIESCAS / MANUEL TUÑÓN DE LARA, España bajo la dictadura franquista (1939-1975), Barcelona ²1981, Cronología (p. 549).

quiste, pratique positivement complétée par Elías Díaz même à travers son essai titré «Legalidad y legitimidad en el socialismo democrático», paru en 1978 chez «Civitas»⁶⁶. Il n'en est pas autrement pour la discrimination du «amiguismo español» ou de la «oligarquía española», rendus responsables par les juges espagnols de l'inexistence d'un vrai Etat de droit en Espagne et, à peu près au même moment, invoqués par la nouvelle gauche en se distinguant du centralisme traditionnel au profit de ce qu'on appellera quelques années plus tard le «Estado autonómico»⁶⁷. Les recours simultanés à la science constitutionnelle et au fonctionnement des institutions constitutionnelles aux USA ou en République fédérale d'Allemagne, pratiques analysées ci-dessus, ne pouvaient que se prêter à un redoublement des capitaux symboliques accumulés.

A ces raisons de redoublement des capitaux, s'y en ajoute une autre, capitale: l'objectivation de la juridification par la Constitution de 1978 et à travers l'érection d'une Cour constitutionnelle⁶⁸. D'après le préambule et l'article 1 de cette loi fondamentale, l'Espagne s'est ainsi constituée comme Etat de droit, social et démocratique, assurant l'empire de la loi en tant qu'expression de la volonté populaire. Vue de plus près, la nouvelle emprise juridique, plus précisément la restructuration juridique et ainsi la reconquête des terrains perdus se fondent à part égale sur la rationalisation investie et sur l'effet du passage de l'implicite à l'explicite. Le fixage textuel de la juridification effectuée par la charte de 1978 se révèle dans l'analyse comme manifestation cérémonieuse des concepts d'organisation sociale juridiquement élaborés, comparable à la mise en possession solennelle d'un appareil judiciaire spé-

⁶⁶ Díaz, Estado (N. 62), surtout «Nota preliminar a la séptima edición».

⁶⁷ Cf. TOHARIA, Juez (N. 21), p. 96-97; Aja, Presentación (N. 49), p. (III).

⁶⁸ Pour une introduction bibliographique, voir MIGUEL HERRERA LERA, Repertorio bibliográfico sobre el proceso constituyente español, in Revista de Dereche político 14 (1982) 241-256 et 15 (1982) 377-408, ainsi que JAIME NICOLÁS MUÑOZ / RICARDO BLANCO CANALES, Materiales para el estudio de la jurisdicción constitucional, in Revista de Derecho político 16 (1982-1983) 323-352; pour ce qui est des travaux préparatoires, des débats devant le Congrès et le Sénat, du texte de la Constitution, etc., nous nous référons explicitement à: Constitución española. Trabajos parlamentarios, I-IV, Madrid 1980; sur la Constitution et ses rapports avec le nouveau régime politique, cf. ENRIQUE ALVAREZ CONDE, El régimen político español, Madrid 1983; sur le tribunal constitutionnel, cf. de plus FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, La jurisdicción constitucional en España, Madrid 1984; sur son «précurseur» franquiste à la suite de la «Ley Orgánica» de 1967 et — plus intéressant encore — sur une certaine critique juridique d'une telle adaptation à l'Etat libéral de droit, voir DIEGO SEVILLA ANDRÉS, La defensa de la Constitución en la Ley Orgánica española, in Revista de estudios políticos 152 (1967) 279-303, et LUIS SÁNCHEZ AGESTA, El Recurso de Contrafuero y la protección del orden constitucional, ibidem, 181 (1972) 5-33.

cialisé dans la réactualisation permanente du consensus constitutionnel (García de Enterría⁶⁹). En considérant spécialement la relation entre les capitaux investis et leur rendement, l'intronisation de tels dispositifs exerce son effet de dépossession à l'avantage du nouvel ordre juridique et au profit des nouveaux dominants grâce aux deux vecteurs de toute rationalisation juridique objectivée des rapports sociaux: primo, par la fixation des acquis provenant de la juridification antérieure ou simultanée de la vie sociale, accumulation objective et pour cela indépendante de toute intervention individuelle ultérieure; secundo, par l'instauration d'une garantie objective cautionnant même le raffinement successif du mode de domination établi et, par conséquent, la domination future. Quant à la matérialisation textuelle, il suffit de songer aux études de l'anthropologue Jack Goody concernant l'essor de la raison graphique et les possibilités de stockage, d'analyse et de création dans l'ordre du savoir tel que l'acte de l'écriture les offre⁷⁰, pour comprendre ce qui fait, après 1978, commenter les différents articles de la Constitution, ce qui fait se mettre à la recherche d'une interprétation constitutionnelle de l'ordre juridique civil reçu et ce qui fait désigner la Constitution comme moteur de la dynamisation sociale et comme meilleur équipement pour gouverner⁷¹.

On note, dans la même logique économique de la domination symbolique, que la Constitution, raison juridique objectivée et ainsi redoublée, réussit à sublimer la désintégration sociale de l'Espagne des années 70. Attendu que, d'après la *communis opinio doctorum* du Tribunal constitutionnel, la Constitution institue la communauté nationale comme «marco de una convivencia humana, justa y pacífica plasmada históricamente en el Estado de Derecho...»⁷², il s'agit, en somme, des transformations conceptuelles d'ordre juridique, donc des transformations symboliques spécifiques des pulsions socio-économiquement inacceptables — puisqu'occasionnant des conflits à

⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Constitución (N. 55), p. 207.

⁷⁰ JACK GOODY, La raison graphique. La domestication de la pensée sauvage (The domestication of the savage mind, Cambridge 1977), Paris 1979, surtout p. 86-87; sur l'anthropologie historique de Goody et l'analyse de la rationalité juridique moderne, cf. JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, Warum Jack Goody lesen, in Rechtshistorisches Journal 2 (1983) 62-82.

⁷¹ Voir à ce propos RAMÓN GARCÍA COTALERO, El régimen económico-social de la Constitución española, in TOMÁS R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (coord.), Lecturas sobre la Constitución española, I, Madrid 1978, p. 69 ss. (72-74).

⁷² Cf. la sentence du 14 juillet 1981 (Boletín Oficial del Estado du 13 août 1981, supplément au num. 193), in ANTONIO CANO MATA (ed.), Sentencias del Tribunal constitucional sistematizadas y comentadas, I: 1981, Madrid 1982, p. 182.

l'intérieur de la société au détriment d'une société de marché idéale — en normes socialement reconnues, vu leur caractère apparemment neutre et intégrationniste et leurs qualités différentielles. Tout se passe comme si la désagrégation simulée pouvait écarter la désintégration réelle à travers la constitution constitutionnelle d'un seul corps de règles soumettant à la fois tous les citoyens et le pouvoir public⁷³. Signe officialisé du consensus rétabli, la Constitution — architecture du jeu démocratique⁷⁴ — représente aux yeux du président du club influent «Siglo XXI» «el hecho en el que se expresa la voluntad de pacífica convivencia, el amor a la libertad y el respeto a la ley, en el mejor servicio de España»⁷⁵. Face à la crise, à la peur générale du chaos et aux craintes des lacunes du système juridique donné, inquiétude dont profitent en premier lieu les professionnels juridiques de l'ordre, la Constitution constitue à cette optique le *deus ex machina*, «la tabla de... salvación (del pueblo español)»⁷⁶.

Un tel succès se base avant tout sur l'orchestration parfaite, sur l'harmonisation sans faille de l'ordre juridique sous la primauté du texte constitutionnel. Celui-ci fait foi comme source de toute légitimité des rapports sociaux par l'intermédiaire de son institution comme *norma normarum* dont se déduisent toutes les autres normes juridiques de rang inférieur, elles-mêmes rigoureusement hiérarchisées⁷⁷. De surcroît, tandis que l'on a intérêt à déstabiliser l'ancien ordre en détruisant systématiquement l'idée d'un droit immuable, fondé sur des raisons extra-sociales, le nouvel ordre constitutionnel tire sa force intégrationniste du fait qu'il ne peut éprouver pratiquement aucun changement⁷⁸, raison suffisante pour la doctrine de limiter et de légitimer, par exemple, la compétence des Communautés autonomes⁷⁹. Cette position extraordinaire, la Constitution la doit, de plus, en grande partie à

⁷³ Cf. l'article 9,1 de la Constitution espagnole.

⁷⁴ Cf. GUERRA, *Perspectivas* (N. 34), p. 5-6.

⁷⁵ ANTONIO GUERRERO BURGOS, in (Club Siglo XXI, ed.), *Perspectivas* (N. 34), I, p. XVI.

⁷⁶ FRAGA Iribarne, le 31 octobre 1978, devant le Congrès, à l'occasion de l'adoption de la Constitution, in *Constitución española. Trabajos parlamentarios* (N. 68), IV, p. 4923.

⁷⁷ Cf. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La nueva Constitución española desde la filosofía del Derecho*, in *Documentación administrativa* 180 (1978) 32-37; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), p. 19; et la sentence du Tribunal constitutionnel du 31 mars 1981 (*Boletín Oficial del Estado* du 14 avril 1981), in CANO MATA (ed.), *Sentencias* (N. 72), I, p. 520 («La Constitución es... la norma fundamentadora de todo el orden jurídico»).

⁷⁸ Voir les articles 166 ss. de la Constitution espagnole.

⁷⁹ Cf. ENCARNA Roca i Trias, *L'estructura de l'ordenament civil espanyol*, in *Revista jurídica de Catalunya* 82 (1983) 125 ss. (136, note 29).

des investissements destinés à susciter l'impression qu'il ne s'agit aucunement d'un compromis occasionnel, mais d'une œuvre se fondant sur le seul grand consensus historique possible. Gardant ainsi distance par rapport au positivisme totalitaire, on essaie, dans la tradition kélsénienne⁸⁰, de démontrer l'existence d'un tel consensus en recourant à toute sorte d'actes démonstratifs. Nous pensons à l'intégration des partis marxistes, à la concertation économique du pacte de Moncloa, à l'ouverture aux revendications autonomistes, à l'élection aux Cortès constituantes de 1977, à la manifestation des efforts communs d'élaborer un texte commun pour une nouvelle Constitution et, enfin, à l'adoption à l'unanimité de cette loi fondamentale au Congrès et au Sénat. Placer des capitaux dans la «monstration» du modèle consensuel, comme dirait Bourdieu avec Pascal⁸¹, le rationaliser par sa représentation bien organisée, c'est favoriser les apparences pour les apparences et concourir ainsi à constituer une sorte d'intégration sociale imaginaire, constitutionnellement suscitée, à savoir conçue comme Constitution consensuelle s'affirmant publiquement comme telle. Sans illusions, Fraga Iribarne l'explicite à sa façon directe: pour surmonter la crise actuelle «hay que relanzar la idea y la ilusión de una España clara, grande, viva, con ilusiones para todos»⁸². L'espoir de tous ceux qui ont activement pris part à l'élaboration du texte constitutionnel, indépendamment de leur appartenance à un parti de gauche ou de droite, s'appuie sur le caractère prospectif de cette «constitución de concordia», assez puissante pour transformer le passé en société ouverte⁸³. Reste à évaluer l'effet symbolique de l'imprécision des catégories constitutionnelles. Au grand regret des juristes progressistes souvent méconnue ou même dépréciée⁸⁴, l'imposition des concepts flous, l'introduction des normes programmes sans contenu immédiat, uniquement destinées à guider l'action socio-économique du pouvoir public⁸⁵, telle la sanction de certaines valeurs

⁸⁰ Voir à ce propos Díez-PICAZO, *Experiencias* (N. 7), p. 182-185; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), p. 178.

⁸¹ BOURDIEU, *Sens* (N. 2), p. 226.

⁸² FRAGA IRIBARNE, *Crisis económica y pacto social* (N. 57), p. 184.

⁸³ Ainsi, à l'occasion de l'adoption de la Constitution, le 31 octobre 1978, devant le Congrès, le président du gouvernement, Suárez (p. 4936), le représentant de la UCD, Pérez-Llorca Rodrigo (p. 4932, 4934), le socialiste González Márquez (p. 4928), et Reventos Carner, socialiste catalan (p. 4925), in *Constitución española. Trabajos parlamentarios* (N. 68), IV.

⁸⁴ Voir, par exemple, la perspective de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), p. 92, 97, 100-101.

⁸⁵ Cf., à ce propos, les articles 39 à 53 de la Constitution espagnole ainsi que leur interprétation par PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Constitución* (N. 77), p. 34, 41-43.

idéologiques comme la liberté et l'égalité, établit en réalité des espaces d'interprétation sans frontières en fonction d'une sublimation sublime de la complexité sociale allant croissant, analogue à la seule fixation des compétences formelles et à la préférence pour des règlements de procédés — phénomènes également typiques pour la Constitution de 1978. Ces garanties d'une nouvelle flexibilité de l'ordre parviennent à mobiliser la croyance dont le même ordre est fonction, puisqu'elles facilitent l'acceptation en acte dont le nouvel ordre dépend au moment de la reconstitution des rapports de domination. Pour en finir, l'invocation forcée du destin de la république de Weimar ou des démocraties modèles du Nord (USA, RFA, etc.) se comprend en ayant égard au fait qu'on tente ainsi d'affermir la croyance provoquée par d'autres moyens présentant le modèle constitutionnel choisi pour l'Espagne de manière qu'il paraisse être inévitable, naturel et, par là, légitime⁸⁶.

Certes, la conception constitutionnelle de l'Etat de droit et son objectivation textuelle sous forme de la Constitution de 1978 satisfont déjà en bonne partie à la rationalisation de la compétence juridique et à la légitimation de l'ordre nouveau, donc aux demandes sociales retraduites d'une manière homologue par la crise du champ juridique au sein d'une société en crise. Il n'en reste pas moins que c'est l'institution d'une Cour constitutionnelle, son investiture, qui accomplit le réaménagement entamé dès les années 60 et ceci de concert avec la reterritorialisation de l'ordre juridique civil. Sous l'angle de l'objectivation, l'érection d'une justice constitutionnelle constitue le double du redoublement spécifique de la Constitution espagnole. Au dire de García de Enterría, ce nouveau tribunal suprême, comparable au Supreme Court américain, pour ce qui est de sa compétence et de sa fonction sociale, fournit un instrument d'intégration politique et sociale incomparable, vu qu'il réussit à «hacer constantemente operativa una Constitución inmutable», afin de suffire à «las aspiraciones cambiantes de todos los grupos» et ainsi, en fin de compte, à la «legitimidad, que es la estabilidad de un buen Gobierno a lo largo del tiempo»⁸⁷. Incarnation de la Constitution, le Tribunal constitutionnel n'est pas seulement une simple instance de contrôle judiciaire de la légalité constitutionnelle, jusqu'alors inconnue en Espagne, étant donné que c'était le «Jefe del Estado» qui comptait après la «Ley Orgánica» de 1967 et son «recurso de contrafuero» comme «defensor de la Constitución»: dès 1980, la Cour constitutionnelle remplit aussi une fonction

⁸⁶ Cf. GUERRA, *Perspectivas* (N. 34), p. 13-14, 16; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), p. 194.

⁸⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), p. 192.

mystique. Dans la mesure où elle fait fonction de médium spécialement voué à symboliser, grâce à sa position singulière, l'arrangement toujours possible, où elle doit même garantir comme tel les conditions institutionnelles de l'homogénéité de l'ordre social, cette Cour est douée pour faire croire, selon notre connaissance plus que toute autre institution moderne, à la communauté de citoyens, à l'unité nationale, bref: au monde non-antagonique. Et, de fait, d'après Tomás y Valiente, juge à la Cour constitutionnelle, celle-ci fait sans cesse appel à la seule alternative possible: ou bien l'Espagne se perd dans le chaos, ou bien elle se décide pour le Droit — espérance partagée par la grande majorité des Espagnols⁸⁸. De concert avec la Constitution, symbiose d'éthique, d'utopie et de technique juridique (Tomás y Valiente), la juridiction constitutionnelle constitue en réalité le pôle symbolique de la paix sociale dans la mesure où la progression de la société de marché favorise la différenciation sociale. Comme tel, ce tribunal génère à la fois du consensus général et de la reconnaissance de la compétence des monopolistes du champ juridique pourvu qu'il se manifeste symboliquement comme ultime instance, politiquement neutre, bien orchestrée et inquiète de satisfaire aux exigences d'une société en transformation perpétuelle où les majorités et les minorités se font et se défont selon une logique de la répartition asymétrique des capitaux sociaux.

Il y a très peu de temps, le grand quotidien «El País» annonçait l'arrêt le plus important de la jeune histoire de la Cour constitutionnelle, la constatation de l'inconstitutionnalité du projet gouvernemental d'homogénéiser à tout prix la décentralisation en cours, comme suit: «El Tribunal Constitucional pone fin a dos años de polémica»⁸⁹. Avant que le tribunal soit en état de renverser le projet d'une «Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico» (LOAPA), il était nécessaire de lui concéder la compétence d'accorder en ultime instance toute autre compétence de faire de l'ordre, que celui-ci provienne de l'Etat central ou des Communautés autonomes⁹⁰. Le poste de censeur omnipotent tient pourtant, en dernière analyse, au fait que

⁸⁸ TOMÁS Y VALIENTE, Constitución (N. 61), p. 190-192.

⁸⁹ El País du 10 août 1983, p. 9; pour ce qui est de la sentence du Tribunal constitutionnel du 5 août 1983, cf. Boletín Oficial del Estado du 18 août 1983, supplément au num. 197, p. 29-66; quant aux rapports entre droit étatique et droit des Communautés autonomes d'après la LOAPA, cf. JOAQUÍN TORNOS MAS, La prevalença del dret estatal i l'article 4 de la LOAPA, in Materials de les II jornades de dret català a Tossa, celebrades els dies 29 i 30 de setembre i 1 i 2 d'octubre de 1982, (Tossa de Mar 1982), p. 365-386.

⁹⁰ Cf. l'article 161,1c de la Constitution espagnole et la sentence du Tribunal constitutionnel dont nous avons parlé précédemment (p. 56).

la Cour qui est en cause montre chaque jour combien elle est hors de toute querelle, de tout intérêt politique. Il faut qu'elle se montre comme dispositif d'équilibre, pouvoir neutre, uniquement guidé par «el rigor de la razón jurídica»⁹¹. Justice apparemment indépendante, elle définit les règles du jeu, mais non le jeu même, suivant la représentation officielle de la Cour constitutionnelle: «En un sistema de pluralismo político (artículo 1 de la Constitución) la función del Tribunal Constitucional es fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opiniones políticas...»⁹² De là la puissance de sa parole, tenue pour juste parce que tenue pour unique. Ce pouvoir lui advient de sa position placée démonstrativement au-dessus de la mêlée: position à crédit dont la mise en œuvre est fonction des conditions institutionnelles de la production des mots d'ordre, donc du fondement et du fonctionnement institutionnels de la dénégation des divisions sociales que les arrêts de la Cour constitutionnelle contribuent à reproduire sous des formes aussi nouvelles que méconnaissables. La reconnaissance découle de l'observance de toute une liturgie de la rationalité juridique moderne. Celle-ci est nullement limitée au nombre restreint des règles explicites et capitales, telle la garantie constitutionnelle de l'indépendance et de l'immovibilité des membres de la Cour constitutionnelle, telle l'incompatibilité de leur position avec toute (autre) activité politique, économique ou professionnelle⁹³, tel le «recurso de inconstitucionalidad», épée de Damoclès, suspendue au-dessus de tous les actes législatifs, tel le privilège de la compétence-compétence mentionnée⁹⁴, etc. De même que la publication des sentences dans le «Boletín Oficial del Estado» se plaît à évoquer la délégation démocratique et consensuelle de la Cour constitutionnelle, la publication même des *dissenting opinions* fait apparaître l'image de la grande transparence du pouvoir moderne⁹⁵. Par exemple, la rhétorique stéréotypée des arrêts invoque à

⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Constitución (N. 55), p. 191.

⁹² Voir la sentence du 2 février 1981 (Boletín Oficial del Estado du 24 février 1981, supplément au num. 47), in CANO MATA (ed.), Sentencias (N. 72), I, p. 21; de plus, sur les rapports directs entre consensus démocratique, neutralisation des confrontations sociales et légitimité de l'ordre démocratique, cf. le député PÉREZ-LLORCA RODRIGO (UCD), à l'occasion de l'adoption de la Constitution: «... hemos establecido las bases para que a través del reconocimiento de la riqueza (del) pluralismo... los españoles puedan reconocerse; porque hemos establecido el consenso necesario para poder discrepar y enfrentarnos democráticamente; porque hemos consolidado un Estado con legitimidad» (Constitución española. Trabajos parlamentarios (N. 68), IV, p. 4934).

⁹³ Cf. l'article 159 de la Constitution espagnole.

⁹⁴ Cf. l'article 161 de la Constitution espagnole.

⁹⁵ Voir les articles 38, 1 et 90,2 de la «Ley Orgánica del Tribunal Constitucional» du 3 octobre 1979.

la fois l'excellence et la dépendance de cette institution comptant comme indépendante: de l'évocation symbolique du roi d'Espagne, lui-même symbole de l'unité et de la permanence de l'ordre étatique⁹⁶, en passant par les multiples références au seul texte constitutionnel jusqu'au langage aussi rationnel et désintéressé qu'apparemment accessible. De même pour ce qui est des attributs symboliques régissant l'apparition de l'autorité pour que celle-ci s'impose d'une façon absolue. Nous songeons, par exemple, à toute sorte de signes extérieurs soulignant soit la distinction (toge de magistrat), soit la non-distinction recherchée (costume de confection), mais surtout à l'architecture majestueuse de l'édifice du «Tribunal constitucional» nous rappelant par sa monumentalité, par sa splendeur d'un modernisme accentué et par ses reflets métalliques dûs au revêtement extérieur du bâtiment, à la fois le fameux portrait du Léviathan hobbesien et le Roi Soleil. Et n'oublions pas que seul le Tribunal constitutionnel dispose des possibilités de réadapter le plus économiquement possible l'ordre juridique constitutionnellement assuré. Du fait qu'elle décide suivant le cas et d'une façon informelle⁹⁷, à la grande stupeur des juristes maintenant dominés, puisque dépassés par les événements, la Cour constitutionnelle n'est pas obligée de se contenter des critères d'orientation par comparaison abstraits, tel le législateur toujours en retard, en sorte qu'elle parvient, comme personne, à rendre cet ordre constitutionnel vraiment opérationnel. La reconquête de «las nuevas tierras al imperio del Derecho»⁹⁸ est rendue possible par sa disposition institutionnelle qui permet de développer l'ordre social d'une manière hautement stratégique⁹⁹ moyennant un droit sans cesse réactualisé par des décisions toujours actuelles, parce que jamais générales. Considérant qu'elle ne risque pas pour cela l'unité du discours juridique, son jugement est généralement reconnu. Ainsi, arrive-t-elle à concerter rationnellement ce qui semble être ingouvernable: l'avenir incertain d'une Espagne en voie de modernisation.

⁹⁶ Cf. l'article 56,1 de la Constitution espagnole.

⁹⁷ Cf. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BACQUER, *Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de la Justicia constitucional*, I, in *Revista de Derecho político* 16 (1982-1983) 39-64 (59, 61).

⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), p. 187-188.

⁹⁹ Sur la généalogie de la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne ou la constitution d'une rationalité stratégique et multiple de l'Etat, cf. KARL-HEINZ LADEUR, *Konsensstrategien statt Verfassungsinterpretation?*, in *Der Staat* 21 (1982) 391-412; et LADEUR, *Das Bundesverfassungsgericht und die Entwicklung des Verfassungssystems der Bundesrepublik Deutschland*, in *Demokratie und Recht* 11 (1983) 10-21.

III.

Parallèlement à la juridification générale, mais d'une manière spécifique, la reterritorialisation constitutionnelle de l'ordre juridique civil concourt essentiellement à rationaliser la compétence des monopolistes contestés et à renforcer les rapports de domination se formant depuis le «bond en avant» des années 60. A force de faire croire à un ordre effectivement adéquat, parce que localement différencié, on gomme, paradoxalement, la tradition juridique du XIX^e siècle à l'aide de la même tradition pour établir durablement un ordre social de la fin du XX^e siècle de nature juridique et au plus haut degré flexible. Dorénavant, les monopolistes du champ juridique auront de nouveau les mains libres pour ordonner les rapports sociaux à leur façon et au profit de nouvelles fractions des dominants. Pour autant que nous le comprenons, c'est notamment la déconcentration du droit civil qui accomplit à sa manière symbolique ce qui a été commencé par d'autres pratiques symboliques, objectivées sous forme de l'Etat de droit de 1978, lui-même constitutionnellement conçu et stratégiquement dirigé par la Haute Cour constitutionnelle. Autrement dit, si nous voulons nous rendre compte de la performativité particulière de la territorialisation du droit privé ou — pour le dire moins précisément, mais selon la terminologie habituelle — si nous voulons déterminer sa fonction sociale dans la nouvelle économie du pouvoir¹⁰⁰, nous sommes amenés à renverser la thèse de l'incompatibilité du capitalisme avancé et de la pluralité de l'ordre juridique civil. Au temps de la diversification totale, la régionalisation relativement indéterminée du droit civil constitue plutôt le seul moyen valable pour substituer un droit avancé, bon à concerter les futures arènes politiques aujourd'hui encore imprévisibles, à un droit rationnel par comparaison statique, puisque uniquement fondé sur la calculabilité et la prévisibilité.

Pour expliquer la reconstitution de la pluralité territoriale du système juridique, et spécialement la territorialisation de l'ordre juridique civil, comme précision de l'«Estado regional» et de l'autonomisation générale et celle-ci comme véritable décentralisation politique¹⁰¹, il faut se débarrasser avant tout de trois malentendus fondateurs. En premier lieu et contrairement

¹⁰⁰ Quant à l'énoncé juridique comme énoncé à valeur performative ou acte d'institution de l'ordre social, cf. SCHOLZ, *Eléments* (N. 1), III.

¹⁰¹ Voir la vingtième séance de la «Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas», spécialement la contribution de FRAGA Iribarne, sa théorisation du nouvel «Estado autonómico», in Cortes. *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*. Año 1978, núm. 88, 14 de junio 1978, p. 3231-3306 (3271-3275, 3281-3282).

à la thèse, très répandue particulièrement parmi les civilistes espagnols¹⁰², selon laquelle le droit civil n'est pas le produit d'une construction rationnelle et scientifique, mais le fruit d'une «*elaboración histórica*», le même droit civil moderne et contemporain doit son existence, sa force sociale, à une rationalisation historique n'ayant rien à voir avec un processus historique d'ordre naturel et neutre. Pour concrétiser le premier constat: nous n'avons pas affaire à des actes socialement innocents quand il s'agit de refondre, au dire de Solé Tura¹⁰³, la structure étatique espagnole dans son ensemble sur la base de la décentralisation territoriale ou quand il s'agit d'attribuer le droit du self-government aux «*territorios insulares*», aux «*provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes*» et aux «*provincias con entidad regional histórica*» (Articles 2 et 143 de la Constitution). Tracer des frontières, c'est retracer, rappeler à l'esprit. Même si on se réfère à des soi-disant frontières naturelles, au «*concepto sustantivo de región*», à la «*naturaleza histórica profundamente arraigada*» ou à la «*unidad natural*», la définition des zones d'influence constitue un acte de représentation, une pratique symbolique par excellence. António Manuel Hespanha l'a observé en analysant les espaces politiques de l'Ancien Régime comme territorialisations du pouvoir¹⁰⁴. Et Pierre Legendre, psychanalyste du juridisme occidental, le dit d'une façon analogue lorsqu'il précise sa thèse de la mythologie fondatrice du système juridique dans la tradition du droit romain, parlant à ce propos du fait fondateur de la géographie, de l'aménagement du territoire comme réaménagement symbolique¹⁰⁵. Enjeu fondamental des luttes politiques, l'espace physique et sa redistribution géo-politique font partie de la stratégie de la rationalisation juridique de la modernité. Comme la politique juridique du XVIII^e siècle transfigure l'espace en territoire national et étatique, en unité nationale, la différenciation locale des dernières

¹⁰² Cf. SANTOS BRIZ, *Derecho civil* (N. 7), p. 18.

¹⁰³ SOLÉ TURA, *Constitución* (N. 9), p. 26.

¹⁰⁴ Très typique pour cette vision euphémisante: (JOSÉ GONZÁLEZ PAZ, dir.), *Divisiones territoriales en España* (Centro de estudios de ordenación del territorio y medio ambiente, Ministerio de Obras Públicas y urbanismo, ser. monogr. 3), Madrid 1980, p. 111, 124 (citations); ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *L'espace politique dans l'Ancien Régime*, in *Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz* (numéro spécial du «*Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*»), Coimbra 1983, p. 3-58 (pagination du tirage à part).

¹⁰⁵ PIERRE LEGENDRE, *Les maîtres de la Loi. Etude sur la fonction dogmatique en régime industriel*, in *Annales. Economies-sociétés-civilisations* 38 (1983) 507-531 (530); LEGENDRE, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris 1983, p. 215 ss. (217).

années transfigure le même espace — soit en France, soit en Espagne — en espaces sociaux différents, à savoir en arrangements spatiaux diffus, non-concentriques au premier degré, mais homogénéisés au deuxième degré par un ordre constitutionnellement conçu et objectivé. Pour illustrer cette nouvelle perspective, deux exemples suffiront. L'un comme l'autre sont faits pour jeter une certaine lumière sur l'invention du territoire français par l'Etat absolutiste, y compris la production et la reproduction du territoire inventé par l'administration française¹⁰⁶, mais surtout sur notre sujet: la constitution des Communautés autonomes, après 1978, au travers des délimitations de leur propre territoire, fictions spatiales pour délimiter leurs compétences sans limiter l'autorité de leurs décisions dans le cadre de l'ordre juridique national (principe d'extraterritorialité)¹⁰⁷. A ce titre, soit d'une part les investissements des sciences sociales naissantes telles qu'elles se révèlent dans l'analyse de Roger Chartier, leurs contributions, dès la Restauration, au découpage régional et ainsi aux changements concrets de l'espace socio-économique; et d'autre part les réflexions de Lluís Muñoz Sabaté, présentées dans un des derniers numéros de la «Revista jurídica de Catalunya», combinant les données statistiques concernant la superficie, la densité démographique, les moyens de communication et le volume de litigiousité avec les données juridiques concernant la compétence des tribunaux établis pour découper d'une façon idéale les circonscriptions territoriales de la future justice catalane¹⁰⁸.

Bien qu'il ait déjà été question de la nouvelle raison juridique, de la rationalité juridique d'ordre relationnel, stratégique et dynamique, telle que les analyses de Luhmann, Ladeur, Wiethölter, etc. la révèlent, la font avancer et devenir règle commune pour l'Allemagne fédérale, force est d'éviter un troisième malentendu — avant de discuter des détails symptomatiques de l'établissement de l'ordre juridique civil reterritorialisé — pour faire remarquer dès le début dans le cas de l'Espagne post-constitutionnelle: la «unidad del poder» ne doit pas être la victime de telles opérations différentielles. Ob-

¹⁰⁶ Cf. PAUL ALLIÈS, *L'invention du territoire*, Grenoble 1980.

¹⁰⁷ Voir l'article 147.2b de la Constitution espagnole et la sentence du Tribunal constitutionnel du 16 novembre 1981 (Boletín Oficial del Estado du 23 novembre 1981. Supplément au num. 285), in ANTONIO CANO MATA (ed.), *Sentencias del Tribunal constitucional sistematizadas y comentadas*, I, Madrid 1982, p. 310.

¹⁰⁸ ROGER CHARTIER, *Science sociale et découpage régional*. Note sur deux débats (1820-1920), in *Actes de la recherche en sciences sociales* 35 (1980) 27-36; LLUIS MUÑOZ SABATÉ, *Notas para una nueva ordenación judicial territorial de Catalunya*, in *Revista jurídica de Catalunya* 81 (1982) 235-239; sur l'impact et l'importance des réflexions stratégiques, cf. (GONZÁLEZ PAZ, dir.), *Divisiones territoriales* (N. 104), notamment p. 35, 111-113, 123 ss.

jet tabou, elle n'est pas touchée par le bouleversement constitutionnel, à en croire les affirmations timorées de Sánchez Agesta¹⁰⁹. Discursivement formulé, l'univocité du discours juridique ne fait pas les frais de la pluralité de l'ordre reterritorialisé, même si les apparences suggèrent le contraire. Avant comme après, le pouvoir se fait écouter par une seule voix; ce qui change, c'est qu'il parle maintenant à l'unisson, malgré la variété des voix. C'est l'urbanisme, notamment l'exemple de la modernisation de Barcelone au milieu du siècle passé, qui enseigne que l'homogénéité des espaces sociaux, et par conséquent le contrôle social, n'est nullement liée au groupement concentrique et que le quadrillage décentralisant est même favorable à la programmation sociale tant que la décentralisation repose sur la perfection de l'arrangement¹¹⁰. Il est bien vraisemblable que des raisonnements analogues faisaient déjà plaider Duran i Bas vers 1883 pour l'unité juridique civile espagnole et contre l'uniformité d'un ordre octroyé par de mauvaises stratégies privilégiant à tort l'ordre centraliste¹¹¹. A l'encontre de la raison juridique rajeunie, toute rationalisation de la compétence juridique fut, à l'âge classique de la codification, obsédée par l'idée de faire apparaître le discours juridique comme discours parfait, parce qu'unitaire. Tandis qu'on rattache alors, au dire du philosophe-juriste Lerminier, l'obéissance aux lois directement à leur caractère centraliste, systématique et univoque au sens le plus immédiat¹¹², le nouveau réalisme juridique se détache consciemment ou non, comme tout savoir moderne, du classifié, du classifiable, de l'identique et du centré pour s'orienter vers l'a-centré. Tout semble indiquer que c'est l'extra-centrique et le non-formel qui constituent les pivots autour desquels s'orga-

¹⁰⁹ SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), p. 19-20.

¹¹⁰ Sur les projets concurrents, notamment sur ILDEFONSO CERDÁ, *Teoría general de la urbanización y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona*, Madrid 1867 (réed.: Madrid 1968), cf. ANTONIO LÓPEZ DE ABERASTURI, *Ildefonso Cerdá — La théorie générale de l'urbanisation*, Paris 1979, et ANDRÉ BAREY, *Barcelona — De la ciutat pre-industrial al fenomen modernista*, Barcelona 1980, notamment p. 17 ss.

¹¹¹ MANUEL DURÁN Y BAS, *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña*, écrite par arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.º del Real decreto de 2 de Febrero de 1880, Barcelona 1883, p. XXXVI; à propos de l'abandon du centralisme codificateur, de la réorganisation, voire de la constitution de l'urbanisme moderne et du nouveau Barcelone du siècle passé, cf. JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, *Unidad y diversidad en la codificación*, in *Memoria del II Congreso de historia del derecho mexicano*, Ciudad de México 1981, p. 705 ss. (710-711).

¹¹² Sur JEAN-LOUIS EUGÈNE LERMINIER (*Philosophie du droit*, Bruxelles 1832, surtout p. 374-378) et son influence à l'époque de la préparation du Code civil portugais de 1867, cf. JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, *Portugiesische Privatrechtsgesetzgebung des 19. Jahrhunderts*, in HELMUT COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III 1, München 1982, p. 738-739.

nisent aussi les efforts conceptuels des nouveaux maîtres du champ juridique, toujours à la recherche des dispositifs garantissant le consensus nécessaire. Leur point de repère est la rationalité d'action multiple pour surdéterminer stratégiquement les contingences de la vie quotidienne¹¹³. Le cas espagnol le montre: une structure juridique vraiment moderne connaît tout aussi peu des aires sociales fixées une fois pour toutes que des impératifs centralistes. Preuve que le Tribunal constitutionnel désavoue, en août 1983, le projet précité d'une «Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico»¹¹⁴. A la place d'une harmonisation superficielle, au lieu d'étouffer dans l'œuf les conflits entre le pouvoir central (Estado: Cortes Generales, Gobierno) et les régions autonomes, la Cour constitutionnelle se décide pour l'intégration des conflits potentiels, à savoir non seulement pour une normalisation à longue échéance, mais surtout pour une normalisation à un niveau moins immédiat. Discursivement, l'égalité formelle en tant que négation des antagonismes réels et, ainsi, la légitimité de l'ordre en train de s'établir sont arrangées comme processus d'adaptation lente et pour cela hautement flexible. Dans la mesure où le changement social s'accélère sensiblement, il n'y a plus de place pour des formations discursives à grande stabilité, tel le droit civil espagnol concentriquement systématisé depuis le début du XIX^e siècle. L'instabilité des rapports de production et de reproduction sociales n'admet plus d'offrir des solutions de conflits axées autour d'un point par comparaison concret et facile à trouver. Au risque de se perdre dans un non-système juridique, mais pour dépasser le modèle monolithique à la fois sans rapport réciproque avec la réalité non-systématique et sans chance d'être reconnu, on accorde à l'expérience conflictuelle, par nature imprévisible, la place centrale. Le discours juridique apparaît ainsi de plus en plus opaque, ce qui n'est pas identique à une simple gradation de la densité institutionnelle à laquelle aboutirait, selon Julián Marías¹¹⁵, la future régionalisation. La nouvelle administration juridique vit de l'expérimentation, de l'enrichissement successif du savoir politico-juridique: elle est, en effet, une science expérimentée de domination.

¹¹³ Voir, à côté des autres analyses de Ladeur: KARL-HEINZ LADEUR, *Abwägung — Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus*, Frankfurt/M.—New York 1984; LADEUR, *Sprachformation und Rechtsparadigma. Eine modelltheoretische Skizze zum Strukturwandel des deutschen Verwaltungsrechts im 20. Jahrhundert*, in: ERK VOLKMAR HEYEN (ed.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten (= Ius Commune. Sonderhefte, 21)* Frankfurt/M. 1984, p. 189-210.

¹¹⁴ Pour la sentence du Tribunal constitutionnel, voir N. 89.

¹¹⁵ JULIÁN MARÍAS AGUILERA, *Elasticidad y enquistamiento*, in MARÍAS, *La España real*, Madrid 1976, p. 39.

Comme telle est comparable à la stratégie de confrontation de la nouvelle politique économique des pays industrialisés en crise, aux efforts en Grande Bretagne, en Allemagne occidentale ou en France après la première année d'un gouvernement socialiste, tendant à restaurer — plus ou moins vite — le jeu de forces du marché. Le métapouvoir des monopolistes du champ juridique, maintenant moins menacés dans leur position sociale, s'installe sur la base de la nouvelle transparence d'opacité, paradoxe qui vient du fait que la grande transparence suggérée dès le XVIII^e siècle se fonde en droit civil sur une formation discursive typiquement concentrique.

Pour analyser la nouvelle raison juridique à l'œuvre, il faut observer d'abord la décentralisation générale à l'échelle des régions, puis le transfert des compétences, en matière de droit privé, aux Communautés autonomes. Au cas où nous ne voudrions plus accepter la dimension affective du discours juridique telle quelle, il ne reste qu'à ressaisir l'humanisme démocratique et, en particulier, la démocratisation au travers de l'attribution du pouvoir législatif aux nouvelles unités territoriales comme acte d'ouverture placé sous le signe de la participation réelle, mise en route des interactions à fin ouverte, si on se fie aux apparences. Cela se vérifie peut-être moins par la pluralité des soi-disant sources du droit que par le fait que la reconnaissance des entités régionales déclenche même au niveau local des compétitions entre majorités et minorités changeantes, luttes dont l'issue est incertaine, alors que le profiteur est connu: l'ordre social juridiquement rénové, parce qu'assagi par l'expérience. En enracinant, pour la première fois depuis la dictature franquiste, les oppositions violentes de la réalité dans un système d'oppositions relativement discrètes et territorialement canalisé et stimulé à la fois, on fait une économie de l'ordre dans la mesure où tout ordre non-différentiel est sérieusement mis en doute par la gradation de la diversification sociale. C'est dire qu'on met en exploitation des mines d'informations à l'avantage d'un ordre aussi fort que dynamique, puisque bien informé. Cet ordre sera plus facilement reconnu, ne serait-ce qu'en étant accepté comme pourvoyeur de données ou d'expériences virtuelles. Toute inachevée qu'elle est, c'est parce que la «nueva máquina política», ou ce qui revient au même pour Alfonso Guerra, la «máquina democrática» s'établit — après transfiguration — comme champ de luttes démocratiques en provenance de luttes sociales réelles, qu'elle dispose d'une flexibilité, d'une force d'agitation inconnue sous le règne de l'ordre direct, unidimensionnel et au ton dictatorial. De là l'espoir de Díez-Picazo pronostiquant en 1973 le changement alors tant attendu pour le moment où la coopération générale concourra au rajustement perpétuel de

la vie juridique¹¹⁶. Et quant à l'exploitation de l'hétérogénéité sociale, les projets pour la réorganisation de l'Espagne franquiste divergent peu, du moins si on écoute les protagonistes immédiats de la démocratie constitutionnelle de 1978. Soit qu'on songe à la «*sociedad realmente democrática*» en tant que «*organización real de las fuerzas y elementos de la producción*» destinée à orienter le «*desarrollo industrial y tecnológico*» (E. Díaz), soit qu'on adhère à l'utopie d'une société de marché sans classes sur la base d'un «*pacto social*» (Fraga Iribarne) ou qu'on rattache l'actualité de la Constitution de 1978 à la mobilisation des agences politiques (partis, syndicats, etc.) comme représentants de la «*voluntad popular*» (Sánchez Agesta)¹¹⁷; tout progrès dépend toujours du fonctionnement politique, à savoir de l'organisation démocratique d'un ordre juridique expérimenté.

Pour ce qui est de l'orchestration différentielle, le concept des régions autonomes constitue sans doute un atout maître. Là, où le «*Derecho es la experiencia vivida*», comme disait l'un des membres de la Cour constitutionnelle¹¹⁸, répartir des compétences entre l'Etat central et les Communautés autonomes, c'est opter pour un processus d'homogénéisation difficile, lente et par cela riche d'expérience: c'est choisir l'intégration du conflit comme meilleur informateur, d'autant plus qu'il s'agit non seulement des compétences exclusives, mais aussi des compétences concurrentes, voire des compétences à déterminer en fin de compte par la législation régionale même¹¹⁹. L'importance de cette question est cause de disputes, aussi bien au Congrès qu'au Sénat, sur le degré de la rationalité nécessaire pour atteindre le niveau où la parole devient norme, sur la nécessité d'accorder la préférence à une régionalisation à concepts flexibles, contre tout cartésianisme juridique et pour un système qui devient de lui-même de plus en plus cohérent, qui se stabilise donc au fur et à mesure grâce au «*juego de la propia experiencia autonómica*» (Solé Tura)¹²⁰. D'ailleurs, le caractère pluri-national du nouvel Etat espagnol n'est aucunement imposé en une fois. Bien au contraire, au lieu

¹¹⁶ GUERRA, *Perspectivas* (N. 34), p. 6; Díez-PICAZO, *Experiencias* (N. 7), p. 307-308.

¹¹⁷ DÍAZ, *Estado* (N. 62), p. 143-145; FRAGA IRIBARNE, *Crisis económica y pacto social* (N. 57), p. 180-181, 184; SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), p. 18-19.

¹¹⁸ Díez-PICAZO, *Experiencias* (N. 7), p. 307.

¹¹⁹ Cf. SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), p. 375.

¹²⁰ Voir la confrontation entre les partisans de la logique juridique traditionnelle (Villar Arregui) et les protagonistes du réalisme (González Seara) pendant la session du 12 septembre 1978, au sein de la commission constitutionnelle du Sénat, in *Constitución española. Trabajos parlamentarios* (N. 68), IV, p. 3992-3993 et 3994; cf. aussi Solé Tura devant le Congrès, le 19 juillet 1978 (*ibidem*, II, p. 2448).

d'instituer d'un coup, par exemple, une fédération des régions reconnues comme telles, on l'interdit. Le nouveau mode de pensée juridique opère avec la plus grande précaution, c'est pourquoi il cède l'initiative de se constituer comme Communauté autonome aux institutions régionales intéressées (parlements régionaux, villes, etc.)¹²¹. Puisqu'on est objectivement forcé de profiter de leur savoir spécifique, si ce n'est pour le manque d'informations dû à un régime autoritaire, par principe sans contact, surtout en période de déclin, c'est leur expérience vécue qui décide si l'évolution vers une société à instances politiques intermédiaires et sous une direction décentralisée doit être accélérée ou freinée. Toute autre conduite aurait violé les règles de l'efficience économique de tout acte de domination, vu que la compétence reconnue des détenteurs du monopole juridico-symbolique et la légitimation juridique des rapports sociaux sont fonction de la collaboration dissimulée, mais néanmoins étroite, entre les dominés et une des fractions dominées des dominants, à savoir entre les monopolistes du champ juridique et les dominés tout court. Loin d'un déclenchement abrupt ou d'une réglementation matérielle détaillée, les futures Communautés autonomes ont eu pour cela, pendant les cinq années suivant 1978, le choix entre trois formes d'autonomies plus ou moins réduites. Tout compte fait, pour sublimer d'autant mieux les différenciations réelles, l'établissement des régions autonomes est conçu comme une trajectoire temporellement différenciée, comme un système d'autonomies se constituant progressivement, comme un «proceso de maduración y reflexión» (Sánchez Agesta)¹²².

D'autres exemples ne font pas défaut, à condition qu'on abandonne une perspective ne percevant que du désordre là où il s'agit de comprendre la logique sociale du nouvel ordre informel. Ainsi, la conception des compétences, pour les uns cercle vicieux des références croisées¹²³, pour les autres

¹²¹ Cf. les articles 143, 145 de la Constitution espagnole.

¹²² Cf. notamment l'article 148,2 de la Constitution espagnole; SÁNCHEZ AGESTA, Sistema (N. 9), p. 373.

¹²³ Cf., par exemple, JOAQUÍN TOMÁS VILLAROYA, Las fuentes del Derecho en las Comunidades autónomas, in Dirección general de lo contencioso del Estado (ed.), La Constitución española y las fuentes del Derecho, I, Madrid 1979, p. 163; JUAN LUIS CASTRO SOMOZA, Las leyes de las Comunidades autónomas en las Constituciones españolas de 1931 y de 1978, ibidem, p. 491; LUIS Díez-PICAZO, Constitución y fuentes de Derecho, ibidem, p. 658; SÁNCHEZ AGESTA, Sistema (N. 9), p. 378-379, 381, 390-391; JOSÉ CERDÁ GIMENO, Baleares ante el artículo 149, 1-8.º de la Constitución, in Revista de Derecho privado 1982, p. 787 ss. (790, 793); BARTOLOMÉ CLAVERO, Los fueros en la España contemporánea: De la reacción antiliberal al federalismo vergonzante, in CLAVERO, El Código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea, Madrid 1982, p. 16.

lieu de prédilection pour développer ses propres positions¹²⁴, n'est en fait qu'un droit de crise après des périodes de crise du droit. Cet arrangement compétentiel est structurellement comparable à l'ambiguïté sémantique du régime économique post-constitutionnel, oscillant entre l'économie de marché et l'économie planifiée socialiste, toutes deux théoriquement incompatibles. Autant le projet ambivalent concernant l'économie espagnole sert objectivement à franchir des barrières, plus concrètement: à surmonter la crise économique¹²⁵, autant un certain manque de clarté, pour ne pas dire la confusion des compétences attribuées, ne peut que susciter des efforts des professionnels de l'ordre. Sans exception, c'est l'ordre juridique, sa modernisation stratégique, qui en tire des avantages. Grâce aussi à une telle complexification conceptuelle, il sera de nouveau accepté, même par ses victimes, parce que celles-ci, démunies du capital culturel nécessaire, manquent spécialement de points d'orientation au moment d'une effroyable complexité sociale, complexité favorisée de plus par un droit de plus en plus sublime. Tôt ou tard accompagnée, même en Espagne, par l'abandon des formes contractuelles, phénomène connu dès les années soixante aux Etats-Unis, la régionalisation «ouverte» — officiellement conçue comme formation des grands espaces économiques¹²⁶ — va donc de pair avec la dynamisation de l'économie à laquelle contribue la politique économique ambiguë de la Constitution de 1978. Une telle comparaison se justifie, vu que, en général, la compétence des planificateurs de tout ordre est fonction de la flexibilité de leurs modèles et la légitimité de ceux-ci est fonction du fait que ces modèles sont la réponse adéquate aux exigences nouvelles, en l'occurrence caractérisée par un dynamisme jamais vu. C'est le Tribunal constitutionnel même qui a dernièrement confirmé l'interprétation proposée. Nous nous référons à sa sentence précitée au sujet de la régulation du processus de la décentralisation. Pour la Cour constitutionnelle, il n'y a aucun doute: dans un système démocratique, la rigueur de l'ordre juridique doit nécessairement céder sa place au jeu des forces politico-sociales, c'est pourquoi toute intervention étatique consacrée à limiter ce jeu imprévisible demande au moins l'autorisation explicite de la Constitution¹²⁷.

Comme nous l'avons déjà observé à plusieurs endroits, bien que chaque

¹²⁴ Voir la discussion de l'article 143,3 de la Constitution espagnole, présentée in Roca, Estructura (N. 79), p. 166-168.

¹²⁵ Cf. GARCÍA COTARELO, Régimen económico-social (N. 71), p. 77, 81.

¹²⁶ FRAGA Iribarne devant le Congrès, le 19 juillet 1978, in Constitución española. Trabajos parlamentarios (N. 68), II, p. 2412.

¹²⁷ Cf. la sentence du 5 août 1983 (N. 89), p. 55-56.

fois sous des formes différentes, risquer par la régionalisation une certaine instabilité conceptuelle et temporaire ne signifie, là non plus, mettre définitivement en jeu l'univocité du discours juridique pour une modernisation à tout prix. L'art de la réorganisation territoriale est un art d'équilibre. Il se reflète dans la phraséologie réformiste de la « compatible autonomía » et des « bases flexibles de autonomía bien integrada », pour ne citer que Fraga Iribarne¹²⁸. Cet équilibre n'est ni identique à un quelconque juste rapport, ni synonyme d'équilibre stable. La physique nous permet de distinguer qu'il s'agit plutôt d'un équilibre instable, système où les corps, écartés de leurs positions, se mettent en équilibre dans des positions différentes, voire d'un équilibre dynamique où l'accomplissement des processus opposés laisse le système inchangé, tant que la vitesse ne varie pas trop. Or, l'orchestration des différentes arènes sous forme de la régionalisation consiste essentiellement à stimuler le changement, sans s'exposer au chaos. Rien de plus significatif que le refus catégorique de tout séparatisme ou d'une Espagne fédérale, tous deux tout de suite associés aux tendances centrifuges des guerres civiles et au désordre de la première République. S'exposer à des expériences nouvelles ne veut pas dire mettre en danger l'unité nationale indivisible (Article 2 Constitution espagnole). Et ce qui est l'Etat unitaire pour la répartition territoriale des compétences en général, c'est la « unitat de l'ordenament civil » ou le « conjunt ordenament civil espanyol » pour les défenseurs les plus ardents du droit catalan¹²⁹ : l'extrême limite au-delà de laquelle la politique symbolique de la reterritorialisation n'a plus de droit d'action. Une deuxième garantie conceptuelle réside dans la solidarité obligatoire telle que la Constitution l'impose aux régions reconnues. Elle est même renforcée par le droit de l'Etat central d'intervenir au cas où le déséquilibre économique entre les régions se montrerait insupportable, c'est-à-dire dangereux¹³⁰. Il en est de même pour l'institution du droit étatique comme droit supplétif, pour le privilège de l'Etat de déterminer les sources de droit ou pour son autorisation de rappeler les Communautés autonomes à l'ordre constitutionnel¹³¹. Mais, d'autre part, comme les « Estatutos » — lois fondamentales des régions autonomes — ne constituent que des explicitations spécifiques de la Constitution de 1978, la conceptualisation du contrôle de la régionalisation est corrélative à la texture du concept de la régionalisation même, vu des concepts ouverts

¹²⁸ FRAGA IRIBARNE, *Crisis* (N. 9), p. 41-42, 44.

¹²⁹ ROCA, *Estructura* (N. 79), p. 148-149.

¹³⁰ Cf. les articles 2, 131,1, 138,2 de la Constitution espagnole.

¹³¹ Cf. l'article 149,1-8 et 3 ainsi que l'article 155 de la Constitution espagnole.

comme celui de la solidarité interrégionale ou celui de l'équilibre économique. Sans exception, l'orchestration territoriale, elle-même objectivement structurée par les affrontements du champ de force spécialement concerné, est structurée comme concertation différentielle, peu importe qu'à première vue on pense avoir encore affaire au centralisme d'antan: la différenciation sociale croissante ne permettait plus d'agir autrement.

Enfin, la reterritorialisation du droit privé obéit à la même logique. Il convient d'abord d'observer que, du moins à partir de 1978, l'ancien modèle hiérarchique disparaît pour faire place à une structure autrement organisée. Maintenant les *Derechos forales* ne gravitent plus autour du droit subsidiaire du *Código civil*. Ne retenons que trois des signes caractéristiques du nouveau modèle de la non-subordination, pour les expliquer par la suite dans leur ensemble. Premièrement, tandis que les Constitutions du XIX^e siècle insistent sur l'unification de l'ordre juridique civil espagnol, la Constitution de 1978 renonce implicitement à un tel objectif, du moins d'après la théorie dominante¹³². Indépendamment du fait que l'article 149 de la Constitution s'adresse *expressis verbis* aux Communautés autonomes vivant selon des «derechos forales y especiales», il est certain que, deuxièmement, le concept du droit «foral» comme principe d'organisation du siècle de la codification unitaire est remplacé par le concept des droits civils provenant et des Communautés autonomes et de l'Etat espagnol¹³³. Car, troisièmement, la Constitution de 1978, investissement symbolique objectivé, représente l'idée abstraite de l'égalité des agents historiques, en réalité inégaux, par un système de droit civil de nature non-concentrique, non-hiérarchique, égalitariste. Donc, plus d'application directe ou subsidiaire du Code civil dans les zones de droit «foral», mais orientation moyennant un système normatif à titre concurrentiel. Il est déterminé par la Constitution à travers deux critères interdépendants constituant la structure conceptuelle du nouveau droit civil espagnol en voie de transformation. Nous avons affaire à une combinatoire de facteurs compétentiels et territoriaux: agencement symptomatique pour

¹³² Pour la perspective du XIX^e siècle espagnol, voir JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, *Spanische Privatrechtsgesetzgebung des 19. Jahrhunderts*, in HELMUT COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III 1, München 1982, surtout p. 475 ss., 486 ss.; RODRIGO BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *Las competencias de las comunidades autónomas en materia de Derecho civil*, in Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea/Instituto Vasco de Administración Pública (ed.), *Primer congreso de Derecho vasco: La actualización del Derecho civil*, Oñati 1983, p. 73 ss. (4.2).

¹³³ Voir notamment l'article 5 de la «Ley de bases» du 11 mai 1888 autorisant le gouvernement espagnol à publier un Code civil, in *Gaceta de Madrid* du 22 mai 1888.

le droit civil étatique comme pour le droit privé régional, nonobstant la réticence des Communautés autonomes dont seulement quelques unes, telle la Catalogne, l'ont jusqu'à maintenant assumé¹⁸⁴.

Puis, vu que les pratiques ne cessent de suivre une logique économique, même celles qui se veulent culturelles, en l'occurrence exclusivement juridiques, tout porte à poser l'hypothèse suivante: économiquement, les interventions en faveur de la compétence des mainteneurs de l'ordre légitime d'une Espagne à la hauteur de son temps sont aussi des investissements bien placés. Si toutes les pratiques tendent à maximiser le capital investi, raison pour laquelle le vrai investisseur ne laisse jamais rien aux caprices du hasard, à plus forte raison les organisateurs professionnels de l'ordre social doivent être intéressés à choisir les instruments les plus adéquats et la manière d'agir la plus profitable pour regagner leur monopole en réorganisant la légitimation de l'ordre, imposé de façon conventionnelle ou arbitraire. De ces options économiquement façonnées, notamment du choix du point de départ le plus propice, il en a déjà été plusieurs fois question au cours de cette analyse. N'évoquons que la fin de la première partie de notre analyse où nous avons mis en relation la complexité sociale en pleine croissance avec le déclin de l'organisation concentrique du droit civil, phénomène dont la compilation autonomiste du droit de la Navarre fournit un des indicateurs les plus significatifs, eu égard au fait qu'elle était bientôt relayée par des efforts insolites au profit d'un droit civil espagnol non-concentrique. A présent, il suffit de rappeler que ces réformes, dénégations constructives aboutissant à la territorialisation constitutionnelle de l'ordre juridique civil, s'inscrivent d'une manière très rationnelle, parce qu'économique, justement dans une culture juridique opérant elle-même, dès le XIX^e siècle, sur la base d'un tout petit nombre de principes, grâce à une combinatoire discursive extrêmement simple, mais orientée en sens inverse. Conditionnée par l'économie des modes de domination et par la conjoncture historique donnée, la sagesse pratique fait substituer un relais d'intercommunication juridique à caractère non-hiérarchique à un relais d'ordre dépassé, hiérarchique. Ainsi, les réinvestissements symboliques pouvaient jusqu'à un certain degré bénéficier des investissements effectués, attendu que la compétence professionnelle reconquise et la légitimité sociale regagnée se basent sur une simple manœuvre d'inversion mettant tout de même, cette inversion exceptée, tout le canon des figures

¹⁸⁴ Cf. ROCA, Estructura (N. 79), p. 160; quant à la Catalogne, cf. *Compilaciones forales y leyes civiles de las comunidades autónomas*, 1. Legislación general. Cataluña (eds.: JOAN EGEA FERNÁNDEZ / ENCARNA ROCA TRÍAS), Madrid 1983, prólogo (p. 18).

juridiques héritées pleinement au service du nouvel ordre juridique civil de nature diversifiée.

Spécialement la concentration sur la réorganisation discursive du droit civil fait partie de la même raison juridique d'origine économique. A ce titre, signalons la place dont jouit le droit privé dans l'économie de la réorganisation sociale à partir de l'Ancien Régime. Abstraction faite de la conceptualisation du droit privé comme centre de tout ordre juridique, systématisation due principalement à la doctrine allemande (G. Hugo, Savigny), soit pour l'Espagne du XIX^e siècle, une fois de plus, Durán y Bas. Selon lui, comme toute transformation sociale se reflète dans la législation civile, tout changement conceptuel en matière de droit privé suscite des mutations sociales¹³⁵. Il semble que la Constitution de 1978 soit devenue prisonnière du même réductionnisme, ce qui est, d'autre part, relativement peu étonnant, vu que la science juridique espagnole des années soixante-dix fut obsédée par l'idée du rapport direct entre le droit civil, l'unité de l'ordre juridique et une organisation sociale stable¹³⁶. Aujourd'hui encore, les commentateurs de l'article 149 de la Constitution espagnole n'arrêtent pas de souligner combien nous sommes obligés d'élargir le concept de la législation civile qui y est fixé. Pour accroître le capital symbolique investi, on ne cesse d'insister sur le fait qu'en font partie non seulement les prescriptions du Code civil, mais toute sorte de réglementations juridiques des relations humaines, en tant que les règles concernées se fondent sur l'égalité formelle de ceux qui prennent une part active à la reproduction sociale¹³⁷.

Le recours aux principes générateurs permet d'évaluer aussi le recours à la répartition des compétences législatives comme elle se manifeste pour le droit civil notamment dans l'article 149 maintes fois cité. Face au paradigme de la loi des deux derniers siècles, toute réorganisation économique de la formation discursive établie se voit obligée, dans le cas de l'Espagne, d'arran-

¹³⁵ MANUEL DURÁN Y BAS, *El Derecho en las legislaciones civiles del siglo XIX*. Discurso inaugural leído en la sesión pública (de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona) celebrada en 26 de diciembre de 1869, in DURÁN Y BAS, *El Derecho en el siglo XIX*, Barcelona 1875, p. 47 ss. (54, 83); DURÁN Y BAS, *La Codificación*, in *Escritos de Manuel Durán y Bas... con una introducción de... LUCIANO RIBERA*, I: *Estudios jurídicos*, Barcelona 1888, p. 271-346 (271: «La organización social de un pueblo se encuentra reflejada en las leyes civiles, o lo que es lo mismo en el derecho privado...»).

¹³⁶ Cf., par exemple, PASCUAL QUINTANA, *Encrucijada* (N. 6), p. 446-447, 451; ENRIQUE RUIZ VADILLO, *La Constitución española y el Derecho civil*, in *Revista de Derecho privado* 63 (1979) 233 ss. (235-236).

¹³⁷ Cf. ROCA, *Estructura* (N. 79), p. 141-142; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *Competencias* (N. 132), 1.

ger le nouveau système des droits civils territorialisés à travers une redistribution des *potestates normandi*. A moins qu'elle ne veuille risquer le concept-clé du discours juridique moderne, la reterritorialisation de l'ordre juridique civil doit inévitablement conduire à la distribution différentielle des pouvoirs législatifs. Seule cette opération, consistant à répartir les compétences de légiférer des droits civils territorialement différents, promet de surmonter les contradictions de la deuxième moitié du siècle passé où la reconnaissance des *derechos forales* se heurtait à l'autorité de l'Etat central de définir de façon absolue le droit positif en vigueur¹³⁸ — problème quasi insoluble comme on va le voir par la suite.

Des expériences historiques comparables font de plus recourir aux droits traditionnels de l'Espagne. De là l'appel aux droits dits «forales» et à leur conservation dans le cadre de l'article 149 précité. D'un point de vue économique, même la modernisation de l'ordre juridique au cœur d'un pays rattrapant le temps perdu ne peut renoncer d'un coup à l'ordre ancien, territorialement aussi divergent que le nouveau système. Stratégiquement, il y avait peu de choix au moment des renaissances des cultures régionales. Sans relier les droits privés de la Constitution aux bribes provenant du fond de l'Histoire, le projet d'un droit civil progressif se condamnait d'avance à l'échec. En raison de l'homogénéité du futur discours juridique, plus précisément à cause d'une véritable rationalisation économique de la compétence des monopolistes du futur ordre juridique légitime, l'ordre juridique civil existant ne doit pas faire les frais de l'actualisation. Comparable au législateur de la fin du XIX^e siècle, fortement intéressé à garder de bonnes relations avec le *ius commune*, si ce n'était pour éviter des lacunes du propre système juridique¹³⁹, l'orchestration différentielle de 1978 se montre préoccupée de protéger «los derechos históricos de los territorios forales»¹⁴⁰. Comme on le verra plus tard, c'est la continuité, entendue comme expérience vécue, qui constitue un des meilleurs garants de l'identité sociale et, par là, de la légitimité des rapports sociaux en cours de stabilisation grâce au nouvel ordre juridique civil économiquement conçu, parce que respectant les ordres juridiques historiques.

¹³⁸ Cf. BARTOLOMÉ CLAVERO, *Historia jurídica y código político: Los Derechos forales y la Constitución*, in CLAVERO, *El Código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid 1982, p. 27-29.

¹³⁹ Cf. «Proyecto de ley facultando al gobierno para publicar un Código civil con sujeción a las condiciones y bases que en dicho proyecto se establecen, presentado al Senado por el Ministro de Gracia y Justicia Sr. D. Francisco Silvela» du 7 janvier 1885, in *Diario de sesiones, Senado, Madrid 1885*, «Apéndice» à la session du 12 janvier 1885 (num. 54), p. 3-4.

¹⁴⁰ Cf. «Primera disposición adicional» de la Constitution espagnole.

Même rationalité économique, pour ce qui est du rythme de la reterritorialisation du droit privé concentrique. Ne nous référons pas à cet égard tout de suite à la Constitution de 1931. Dans la mesure où ses articles 15 et 16 correspondent quasiment mot pour mot à la revalorisation du droit civil régional de l'article 149 de la Constitution de 1978, ils ne constituent guère des précurseurs immédiats comme le soufflent maintenant quelques juristes démocrates¹⁴¹, intéressés à renouer, coûte que coûte, avec les traditions républicaines pour se distancier d'autant plus démonstrativement du régime franquiste. Qu'une telle légitimation du nouvel ordre soit notée, mais non spécialement annotée. En revanche, il paraît nécessaire de rompre avec le mythe de l'originalité de la Constitution afin de comprendre à quel point la territorialisation de l'ordre juridique civil est liée à la crise provoquée par le *take off* des années 60 et comme la réorganisation territoriale du droit privé se réalise petit à petit au rythme de la crise générale qui est en même temps une crise du champ juridique, de sa production et de ses producteurs. Tant qu'on se livre à l'illusion de la rupture, on ne parvient pas à évaluer ce que signifie que la territorialisation visée est non seulement en bonne partie une affaire des années avant 1978, donc du franquisme agonisant, mais surtout le gain d'un processus lent et d'une durée supérieure à celle suggérée par les travaux préparatoires de la Constitution de 1978. Les spécialistes du droit civil le savent depuis longtemps¹⁴², bien que leurs méthodes a-historiques se heurtent au fait que la nouvelle Constitution s'oppose à penser la continuité historique: l'abandon explicite de l'ordre concentrique en matière de droit privé date de l'année 1974, plus exactement de la reformulation du titre préliminaire du Code civil espagnol et surtout du nouvel article 13. Il compte parmi les préceptes déterminant «El ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles *coexistentes* (J.-M. S.) en el territorio nacional» et renonce, de plus, implicitement à l'objectif de l'ancien article 12 du *Código civil*, à savoir à toute unification du droit privé au détriment du *Derecho foral*. Ce qu'il importe de remarquer, c'est qu'il ne s'agit à ce propos aucunement de «una pura reforma *elegantias iuris*», comme la qualifie Díez-Pica-

¹⁴¹ Voir, par exemple, CASTRO SOMOZA, Las leyes de las Comunidades autónomas en las constituciones españolas de 1931 y de 1978 (N. 123), p. 491; JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, Los Derechos civiles forales en la Constitución, in Revista jurídica de Catalunya 78 (1979) 643-667 (645-647).

¹⁴² Cf. PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH, Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades autónomas, in Dirección general de lo contencioso del Estado (ed.), La Constitución española y las fuentes del Derecho, II, Madrid 1979, p. 749-750.

zo¹⁴³, mais d'une réaction à la désagrégation sociale et à la constitution simultanée de nouvelles arènes politiques, alors difficilement discernables par les monopolistes contrariés du champ juridique. A l'opposé de ce qu'on pourrait croire, l'application d'efforts extraordinaires à une telle question théorique est, en fait, une pratique hautement pratique. Car réorchestrer le corpus des normes dans son ensemble, au temps des transformations sociales désordonnées, témoigne d'autant plus d'une grande sagesse pratique de nature politico-juridique que la concertation différentielle de 1974 s'appuie sur de longues discussions remontant aux années 1962 et 1966. S'agissant d'un premier pas, d'une tentative probablement précipitée, on ne s'étonne pas qu'échoue le projet gouvernemental de modifier à ce moment-là la relation des *Derechos forales* par rapport au *Código civil* prédominant¹⁴⁴. Par contre, c'est le Tribunal suprême qui frayait un passage à la même modification. Il quitte d'une façon relativement discrète sa jurisprudence constante en mettant le *Código civil*, le *Derecho común*, au même rang que le droit catalan alors compilé depuis 1960¹⁴⁵. Les commentaires favorables des juristes catalanistes ne se sont naturellement pas faits attendre, surtout parce que la sentence de la Haute Cour se basait essentiellement sur les arguments de Francesc F. Villavicencio i Arévalo, un des directeurs de la chaire «Duran i Bas» au sein de la Faculté de droit de Barcelone. Puisque le même Villavicencio parvient de plus à accepter, par le deuxième congrès juridique catalan de 1971, son concept d'une Espagne politiquement unitaire, mais juridiquement «plurilegislatiu», ne connaissant donc ni subordination ni dépendance directe, sa victoire devant le *Tribunal Supremo de Justicia* marque une étape sur le chemin vers l'abandon définitif d'un Code civil centraliste dominant les autres droits régionaux¹⁴⁶. C'est certainement un des signes les plus éloquents de la territorialisation de l'ordre juridique civil qu'un changement d'une telle importance ne fut pas l'affaire d'une mutation soudaine. Autant dire, pour en conclure, qu'on arrivait à doser savamment au long des quinze années

¹⁴³ Díez-PICAZO / GULLÓN, Sistema (N. 39), I, p. 86.

¹⁴⁴ Cf. JOSÉ MARIA CASTÁN VÁZQUEZ, La génesis de la reforma del Título preliminar del Código civil, in Revista del Derecho privado 1976, p. 3 ss. (14 ss.); ENRIQUE LALAGUNA, Artículo 13, in MANUEL ALBALADEJO (dir.), Comentarios al Código civil y compilaciones forales, I, Madrid 1978, p. 459 ss.

¹⁴⁵ Cf. les extraits de la sentence du 28 juin 1968, commentés par LUIS PUIG FERRIOL, in El Derecho civil catalán en la jurisprudencia, VI: Año 1968, Barcelona 1970, p. 119-149 (120-122, 124-125, 134-141).

¹⁴⁶ Cf. FRANCESC F. VILLAVICENCIO I ARÉVALO, Títol preliminar de la Compilació de Dret civil català, in Llibre del II Congrés jurídic català 1971, Barcelona 1972, p. 67-77; Conclusions del II Congrés jurídic català, ibidem, p. 803.

précédant 1978 les investissements et les innovations en résultant. Assujettis aux règles de la rationalité économique de toute pratique symbolique se prêtant à faire face aux exigences sociales, à savoir à rétablir au profit des dominants les rapports de domination, on n'avait même pas besoin d'un projet préalable pour déterminer le rythme des procédés nécessaires, de même qu'on ne dépendait pas, en fin de compte, d'une décision du législateur. Au contraire, la réorganisation territoriale du discours juridique est l'œuvre des réinvestissements bien placés d'après une stratégie objective qui sait aussi bien profiter du moment convenable que du lieu opportun pour faire avancer ce qui est seulement plus tard reconnu comme inévitable.

Mais, comme on ne pouvait analyser historiquement les placements stratégiques de la territorialisation du droit civil sans prendre en compte leur obéissance à la rationalité économique des pratiques de domination, on ne peut se rendre compte de la portée historique du modèle ainsi élaboré, de son impact sur la réorganisation de l'ordre social espagnol objectivement demandée, sans constater en détail son caractère stratégique, flexible et dynamique, en un mot: non-concentrique. Le premier indice d'une telle flexibilité constitue l'arrangement compétentiel même dont fait partie intégrale la répartition de la compétence concernant le droit privé, compétence restée en fin de compte indéfinie considérant que celles des Communautés autonomes ne sont limitées en matière de droit civil que par les compétences explicitement accordées à l'Etat¹⁴⁷. Ce n'est pas à nous à regretter ce manque de précision comme «*técnica varia y confusa*», pas plus qu'à chercher des redéfinitions à la manière de Sánchez Agesta¹⁴⁸. En parlant de «*competencias compartidas*», il essaie en vain de capter le processus ainsi mis en marche. Représentation spéciale d'une nouvelle rationalité juridique à titre différentiel, cette imprécision apparente ne se laisse même pas théoriser au moyen des doctrines française, italienne et allemande à propos des lois-cadre, ce qui s'explique par le fait, méconnu par Sánchez Agesta, que ce concept date, du moins en partie, d'une époque, par comparaison, pré-rationnelle. Ce qui compte pour nous, c'est que même une telle rationalisation ultérieure ne peut s'empêcher de reconnaître que la répartition des compétences oblige à chercher le compromis, jamais à déterminer à l'avance, et que les Communautés autonomes sont autorisées à revendiquer, le moment venu, toutes les matières dont il n'est pas question dans la Constitution, nonobstant le fait qu'elles se montreront un jour comme problème social de première urgence. Ne connaissant ni

¹⁴⁷ Articles 149, 1-8, et surtout 149,3 de la Constitution espagnole.

¹⁴⁸ SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), p. 372, 380-384.

subordination, ni intersection, comme le dit Encarna Roca à l'aide de la théorie des ensembles¹⁴⁰, ce système ouvert autorise les Communautés autonomes à statuer qu'elles seules sont les maîtres de la conservation, de la modification et du développement de leur propre droit civil. A part la Catalogne, ce sont les pays basques, l'Aragon, la Galice et la région de Valence qui se sont servis de cette autorisation de l'article 149. Dans la mesure où ces régions ont assumé leur tâche constitutionnelle, elles ont commencé à fonder, au double sens du mot, un ordre juridique civil conforme à l'utopie démocratique de la société ouverte. Dans cet ensemble territorial de sous-ensembles territoriaux, la dynamique de l'un n'est plus forcément celle de l'autre, à moins que l'un ne fasse concurrence à l'autre. Faute d'un objectif commun trop précis et grâce au fait que le nouveau modèle promet que l'expérience accumulée par l'Etat ou par une des régions servira à l'autre sans empêcher ses propres initiatives, le droit civil post-constitutionnel vise, somme toute, par rapport à la société espagnole en train d'être modernisée, un modèle d'ordre systémique effectuant l'intégration sociale dans la mesure où il parvient à faire croire que nul autre modèle, surtout pas un système concentrique, arrive à mieux coordonner les activités et, par conséquent, les conflits sociaux les plus divergents. Ce médium d'intercommunication se distinguera de l'ancien ordre concentrique au fur et à mesure que les Communautés autonomes se mettront à organiser les détails des rapports sociaux se réformant pour les légitimer en même temps. Ainsi, la dynamisation exigée se concrétisera d'une manière spécifique, à savoir par une pluralité des droits privés espagnols en «cambio permanente». Le modèle pris en bloc, cette multiplicité de schèmes discursifs s'imposera d'autant plus facilement qu'elle est assurée à la fois par la Constitution à concepts ouverts et par le Tribunal constitutionnel comme stratège en chef.

C'est la permission de développer le propre droit qui constitue la *sedes materiae* de la différenciation constitutionnelle du droit civil espagnol. Il est donc peu surprenant que les débats actuels tournent autour de ce passage de l'article 149, affirmé en outre par l'annonce de l'actualisation des «derechos históricos de los territorios forales» (*Primera disposición adicional* de la Constitution espagnole). Pour démontrer que le modèle post-constitutionnel du droit privé s'efforce d'atteindre un système de droits expérimentés que l'on doit à la différenciation territoriale préalable, il suffit d'évoquer le différend concernant l'autorisation des Communautés autonomes à laisser derrière elles les Compilations du *Derecho foral* telles qu'elles furent effectu-

¹⁴⁰ ROCA, Estructura (N. 79), p. 129, 160.

ées entre 1959 (pays basques) et 1973 (Navarre). Pendant que Delgado Echeverría se concentre aussitôt sur le «Derecho foral posible» et Roca défend, avec lui, la dynamisation *in extremis*, Elizalde y Aymerich ne craint que le chaos et Lasarte s'appuie sur la Constitution, protectrice des droits historiques, pour s'opposer aux réformes régionales allant au-delà des matières classiques du *Derecho foral*, tels le droit de famille et la réglementation des successions¹⁵⁰. Au fond, c'est le droit patrimonial qui est controversé, la forme de la propriété, du contrat, des sociétés, etc., bref: la zone centrale de ce qu'on s'est habitué à désigner comme le droit bourgeois. En se référant aux conditions socio-économiques comme principe générateur de ces concepts-clés, la dernière perspective, centraliste, donc traditionnelle malgré tout progressisme verbal, fait à tort front à la vraie adaptation historique constitutionnellement garantie, étant donné que la division du travail demande avant tout la révision de la structure juridique de l'ordre actuel, spécialement du droit privé, depuis que la société espagnole se trouve en pleine transformation, suscitée par le *take off* économique après 1960. Au contraire de ce point de vue a-historique, les protagonistes du nouvel ordre, les Delgado Echeverría, Roca ou Puig i Salellas, recommandent de ne pas s'arrêter devant de tels domaines théoriquement tabous. A leur avis, le droit catalan possible, par exemple, comprendra aussi bien des matières généralement reconnues comme faisant partie du droit catalan que des matières, tel le droit des obligations, dont la compétence générale appartient à l'Etat central alors que le droit civil *foral* connaît des institutions particulières. Tout ce qui exige d'être réglé au niveau régional devrait être réglé ici et non ailleurs, notamment les grands thèmes du futur comme l'urbanisme¹⁵¹.

D'ailleurs, tant que la Cour constitutionnelle ne le limite pas, de peur de risquer l'univocité du discours juridique en droit privé, ce programme régionaliste d'une extrême croyance dans le progrès social repose, de plus, sur d'autres éléments conceptuels. Dans leur ensemble, ils montrent objectivement la territorialisation constitutionnelle de l'ordre juridique du droit civil comme pratique symbolique vouée à accommoder, pas à pas, le droit en vigueur, soit-il régional (*derecho foral o special*) ou supra-régional (*Código civil*), aux circonstances et aux valeurs généralement reconnues, donc aux

¹⁵⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, *Derechos civiles forales* (N. 141), p. 655 ss.; ROCA, *Estructura* (N. 79), p. 140 ss. (149); ELIZALDE Y AYMERICH, *Prelación* (N. 142), p. 755-756; LASARTE, *Autonomías* (N. 3), p. 104-106, 154, 156.

¹⁵¹ Sur la position de Delgado Echeverría, Puig i Salellas et Roca, cf. ROCA, *Estructura* (N. 79), p. 137-139; pour ce qui est spécialement du droit des obligations, voir DELGADO ECHEVERRÍA, *Derechos civiles forales* (N. 141), p. 660-661.

antagonismes sociaux à ordonner légitimement, ou ce qui revient au même, d'une façon adéquate. Nous pensons d'abord à l'indécision des compétences mêmes. Là où on ne limite la compétence des «Comunidades autónomas» que par l'existence — historique ou actuelle¹⁵² — d'un droit civil particulier, on encourage à l'usurper d'une façon ou d'une autre. Le cas de Valence en est le premier exemple en tant que cette région s'attribue la compétence de récrire son droit inexistant dès 1707, i. e. de l'abolition des *Fueros valencianos* par Felipe V.¹⁵³ Même si la Constitution, craignant de faire tort au pouvoir constituant, n'accorde plus la compétence en matière de législation civile à toutes les Communautés autonomes, au contraire de la première version de la nouvelle Constitution espagnole¹⁵⁴, nous restons quand même perplexes devant le fait que dorénavant l'ingéniosité des historiens-juristes décidera en bonne partie quelle région sera autorisée à développer son droit historique. On retrouve la même ambivalence pour ce qui est du terme du développement même. Bien entendu, il s'agit d'un lieu commun, propre à saisir n'importe quel problème de la modernisation en cours. Ce n'est que la stratégie politico-juridique des mainteneurs professionnels de l'ordre, la réflexion stratégique des parlementaires, des juges des tribunaux suprêmes, des corps des avocats et des universitaires, qui définira jusqu'à quel point il faudra changer l'ordre juridique selon les exigences du jour, particulièrement par rapport à la production efficiente, à la circulation fonctionnelle et à la distribution durable des capitaux économiques, sociaux et culturels. D'autant plus que ni la forme, ni le moment de tels changements ne sont constitutionnellement fixés, toutes sortes de procédés (lois spéciales, re-compilations des normes compilées depuis peu, etc.) sont à attendre, le moment venu. De même enfin, pour ce qui est du recours à l'histoire. Comme nous l'avons déjà indiqué, mobiliser à tout prix l'expérience historique moyennant l'autorisation de modifier le droit régional bien conservé, signifie faire profiter les nouvelles expériences de la tradition juridique, enrichir la rationalisation des rapports sociaux actuels à peine déterminables par le savoir pratique des juristes antérieurs, eux aussi entièrement indéterminables. En sont la meilleure preuve les ultimes efforts pour ré-inventer l'histoire, par

¹⁵² Pour les interprétations possibles, voir DELGADO ECHEVERRÍA, *Derechos civiles forales* (N. 141), p. 653-654.

¹⁵³ Cf. l'article 149, 1-8 (v.º allí donde existan) de la Constitution espagnole; article 31,2 du statut de Valencia; à propos de l'abolition du droit valencien, cf. les indications chez ANTONIO PÉREZ MARTÍN / JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia 1978, p. 255 ss.

¹⁵⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, *Derechos civiles forales* (N. 141), p. 647-648; LASARTE, *Autonomías* (N. 3), p. 102-103.

exemple, des institutions du droit catalan ou de rééditer les *Constitutions y altres drets de Catalunya*, les *Fueros de Aragón*, les *Siete Partidas* ou d'autres classiques. L'appel à la découverte des mines de données, de modèles et de contre-modèles fut, de toute évidence, bien compris. Quel avantage pour la légitimation du nouvel ordre flexible, s'il est officiellement autorisé à se présenter comme intemporel, inscrit dans l'Histoire, bien qu'il soit en train d'écrire un autre chapitre de l'Histoire non-linéaire. D'où le paradoxe que, plus le recours à l'histoire sera à l'ordre du jour, moins le nouveau droit régional de nature stratégique sera lié à sa propre histoire. Il s'en séparera afin que la société moderne, la «*sociedad democrática avanzada*», puisse se constituer. Le premier commentaire à propos de la «*Compilación reformada*» du droit civil catalan (Llei 13/1984 du 20 mars 1984) en fournit déjà un exemple éloquent. Selon Pablo Salvador, le droit historique, l'argument historique, doit céder sa place au droit actuel dans la mesure où le «*sistema jurídico contemporáneo*» exige une interprétation du «*derecho histórico . . . desde el punto de vista del derecho actual.*» Pour Salvador, il ne fait pas de doute «*. . . que el criterio histórico verá progresivamente limitada su función a medida de que el Parlament de Catalunya legisle sobre materias civiles o procede a integrar en el ordenamiento catalán normas civiles de procedencia estatal*»¹⁵⁵. L'ère post-constitutionnelle tendra à dissiper les *Derechos forales* au profit de la pluralité des droits civils régionaux et étatiques. Le futur ne connaîtra ni *Derecho foral*, ni *Derecho común*, puisque l'un comme l'autre sont mis à niveau égal, parce que soumis à la Constitution ne connaissant plus d'organisation concentrique des droits historiques espagnols. Un tel commandement fait automatiquement dégénérer tout recours à la «*tradición jurídica catalana*»¹⁵⁶, pour ne citer qu'un exemple, en rationalisation stratégique. Analogue à la théorie du droit la plus sophistiquée prônant en ce moment en Allemagne la «*reconstruction rationnelle*» de la méthodologie juridique traditionnelle, cette raison instrumentale empêche la constitution d'une véritable histoire critique du droit et ceci au bénéfice de la protection et de l'exploitation du capital juridico-culturel inépuisable, en dernier ressort au service de l'ordre social légitime d'aujourd'hui¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Voir le préambule du statut de l'autonomie de la Catalogne (Ley orgánica 4/1979, du 18 décembre 1979); PABLO SALVADOR CODERCH, *El Derecho civil de Cataluña. Comentario al nuevo art. 1º de la Compilación catalana*, in *Revista jurídica de Catalunya* 83 (1984) 793-859 (813, 855, 856, 858-859).

¹⁵⁶ Article 1,2 de la «*Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*» (Ley 40/1960, du 21 juillet 1960).

¹⁵⁷ Voir le résumé de HANS-JOACHIM KOCH, *Die juristische Methode im Staatsrecht*,

Les régions se sont déjà mis au travail. A l'horizon, le nouveau droit civil découpe ses contours, bien qu'on veille encore plutôt avec soin au maintien de l'acquis, puisque, en général, les techniques mises en œuvre ne dépassent pas les objectifs uniquement reformulés. Porté par un souci de renouveau, on exalte, par exemple, le futur droit catalan dans la tradition de l'ancien. Il ne faut jamais oublier, cependant, que de tels investissements rhétoriques posent les premiers jalons des «noves normes adequadas» destinées à réorganiser la conduite individuelle au sein de la famille catalane, ainsi que le patrimoine familial, de façon qu'elles contribuent à «configurar l'estructura de la Col·lectivitat» en prenant pour règle les «necessitats noves», au dire d'un notaire catalan¹⁵⁸. A ce propos, il convient de signaler l'initiative du parlement catalan du mois d'avril 1981. Encouragé par un arrêt de la Cour constitutionnelle selon lequel c'est au législateur régional d'adapter le droit particulier à la Constitution¹⁵⁹, il reprit les propositions de différents groupes parlementaires pour nommer une commission spéciale ayant pour cible la modification systématique et globale de la *Compilació del dret civil especial de Catalunya* de 1960. A la fin, le nouveau droit civil catalan, la «Compilación reformada» de la loi catalane 13/1984 du 20 mars 1984, émane sous la forme d'un «Derecho autonómico» des efforts communs du parlement régional, de la *Generalitat*, de l'Académie de jurisprudence de Catalogne, de la *Audiencia territorial* de la même région, des Facultés de droit de Barcelone et des corps des avocats et des notaires catalans. Il s'agissait avant tout de constater ainsi jusqu'à quel point les normes de la Compilation catalane de 1960 sont encore compatibles avec la Constitution de 1978, pour préparer par là l'accommodation définitive de l'ancienne Compilation à la situation nouvelle¹⁶⁰. Néanmoins, à part cette initiative et une loi catalane

Frankfurt am Main 1977, p. 15 ss. (17-20); pour une vision plus nuancée, voir MAXIMILIAN HERBERGER, *Rechtswissenschaftsgeschichte — eine neue Disziplin?*, in *Rechtshistorisches Journal* 3 (1984) 150-168 (162); cf. aussi ma critique: SCHOLZ, *Eléments* (N. 1), I et II.

¹⁵⁸ JOSEP CASAMITJANA I COSTA, *El Dret civil català: ara i vers el futur*, in *Revista jurídica de Catalunya* 81 (1982) 803 ss. (816).

¹⁵⁹ Pour l'inconstitutionnalité de l'article 252,2-3 de la «Compilación del derecho civil especial de Cataluña» (1960), voir la sentence du 1 juin 1981 (*Boletín Oficial del Estado* du 16 juin 1981, supplément au num. 143), in CANO MATA (ed.), *Sentencias* (N. 72), I, spécialement p. 387-388.

¹⁶⁰ ENCARNIA ROCA I TRÍAS, *La reforma de la Compilación catalana*, in Herri-Arduarlaritzaren Euskal Erakundea/Instituto Vasco de Administración Pública (ed.); *Primer congreso de derecho vasco: La actualización del derecho civil*, Oñati 1983; sur l'élaboration de la «Compilación reformada», mais surtout sur le nouvel article 1, «pedra angular de la configuració normativa del dret privat català», cf. SALVADOR CODERCH, *El Derecho civil de Cataluña* (N. 155), passim.

du 3 mars 1982 sur les fondations privées, matière économiquement de premier ordre et juridiquement de première importance, vu l'insuffisance de la réglementation périmée du XIX^e siècle espagnol et les modèles attirants des Etats-Unis¹⁶¹, il semble que même la Catalogne, traditionnellement laboratoire-étalon de la modernisation à l'échelle de l'Espagne, n'est pas en mesure, objectivement, de profiter au maximum des possibilités offertes par l'article 149. C'est cette incapacité technique qui fait qu'on se réserve les modifications les plus urgentes, mais aussi les plus difficiles, pour une deuxième phase de réformes. Officiellement, on craint une réforme précipitée qui correspondrait peut-être à l'intérêt d'une des fractions importantes, mais non au consensus des fractions dominantes. Le style indécis, répétitif et surchargé de l'article 1 de la nouvelle Compilation du droit catalan en est la meilleure preuve. Abstraction faite de la reconceptualisation du même article de l'ancienne Compilation de 1960, on se limite plus ou moins — il faut y revenir — à dresser de simples listes de normes catalanes aujourd'hui censées être inconstitutionnelles, vu, par exemple, la garantie formelle de l'égalité des deux sexes. Ce qui manque le plus souvent, c'est une politique juridique surmontant les méthodes juridiques traditionnelles qui ont pour seul objectif l'interprétation des textes donnés. Face à l'orchestration juridique nécessaire, l'herméneutique d'autant s'avère insuffisante. Bien que ce ne soit pas à nous à donner des conseils: pour dessiner la nouvelle géographie du droit civil, il faudrait des discussions stratégiques en reconduction de la politique stratégique comme elle est objectivée sous forme de la Constitution et de son tribunal. Cette nouvelle politique prendrait en considération aussi bien les positions reconquises que les rapports de concurrence entre les producteurs de légitimité au sein des rapports de force en général, mais avant tout l'examen sociologique du droit en vigueur, ainsi qu'un bilan critique de ses moyens de production. Tant que les instruments de la modernisation ne sont pas modernisés, l'actualisation symbolique des rapports sociaux inégaux doit se borner au dénombrement des failles d'un système juridique formellement égalitaire, telle l'inégalité juridique des époux catalans à propos de l'administration de certains biens ou l'inégalité entre les enfants légitimes et les enfants nés hors mariage¹⁶². Le nouveau juriste de la trempe de Encarna

¹⁶¹ Pour le texte, voir *Compilaciones forales y leyes civiles...*, 1. *Legislación general Cataluña* (N. 134), p. 317 ss.; cf., de plus, JOSEP M. VILASECA I MARCET, *Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades*, in *Revista jurídica de Catalunya* 82 (1983) 7-35.

¹⁶² Cf. les articles 55 et 59 ainsi que 170, 174, 175, 177, 179 de la *Compilation catalane*, dans l'édition de EGEA/ROCA (N. 134).

Roca, Pablo Salvador ou Jesús Delgado Echeverría fait encore exception. Il a compris, qu'aujourd'hui, il ne suffit plus de se concentrer sur l'application correcte des normes établies. Désormais, la compétence professionnelle du juriste, son «monopolio del conocimiento de las leyes y del poder social consiguiente», résulte plutôt de sa capacité de «comprender las raíces del orden constituido», de «encararse críticamente con él» et de «formular propuestas eficaces para su transformación emancipadora». Sur ce point, la conclusion va de pair avec la nôtre: «Solo así se justifica la existencia de los juristas como grupo profesional diferenciado»¹⁶³.

En dépit du décalage objectif entre le projet constitutionnel d'une part et d'autre part les moyens de sa réalisation, indissociables de l'habitus du juriste de respecter le statu quo, il ne fait pas de doute que la territorialisation constitutionnelle du droit civil effectue, somme toute, un investissement capital par rapport à tout genre de capitaux. Du fait que la société espagnole est loin de l'utopie constitutionnelle, les juristes des zones à *Derecho foral* ne furent cette fois-ci pas aveuglés par leur patriotisme habituel quand ils estimèrent en 1981, à l'occasion de leur réunion de Saragosse, la pluralité des droits privés comme «un bien enriquecedor»¹⁶⁴. En effet, cette diversité des droits civils étatiques et régionaux fait espérer le perfectionnement du droit en vigueur. Mais elle promet aussi des progrès économiques grâce à des conditions juridiques améliorées, d'autant plus que celles-ci sont assurées par le nouvel Etat de droit et ses instances d'harmonisation, du texte constitutionnel en passant par le Tribunal constitutionnel jusqu'à la compétence étatique de déterminer en matière de droit civil les normes concernant les conflits entre les différents ordres juridiques¹⁶⁵. Et quant à la conceptualisation, de même que l'équilibre établi semble être suffisamment flexible pour intégrer les expériences historiques divergentes sans empêcher des innovations dues à la concurrence instituée, il semble qu'il est assez stable pour

¹⁶³ JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, La transformación del Derecho de familia y la formación del jurista, in JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO et alii, El nuevo régimen de la familia, I, Madrid 1982, p. 18; pour ce qui est des réflexions stratégiques de Salvador Coderch, spécialement à propos de la technique d'une réorganisation du droit catalan, voir PABLO SALVADOR CODERCH, Interpretatio necessaria. Materiales para la reconstrucción del Título preliminar, in Materiales de las II jornadas de dret català (N. 89), p. 37-134 (110-111, 112 ss.: discussion des propos du «Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya»); et SALVADOR CODERCH, La sucesión legítima y el sistema de las parentelas desde la perspectiva de la reforma del Derecho sucesorio, in Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, I, Barcelona 1982, p. 147-173.

¹⁶⁴ Cité par ROCA, Estructura (N. 79), p. 132, note 18.

¹⁶⁵ Cf. l'article 149,3 de la Constitution espagnole.

garantir durablement les capitaux juridiques ainsi accumulés au bénéfice des capitaux socio-économiques et leur répartition en fin de compte inégale. A condition que la diversification sociale soit compensée par la périphérisation du droit privé, la reterritorialisation du droit des processus économiques constitue, en dernière analyse, un facteur de modernisation et d'adaptation de l'ordre économique-politique. Dès que l'analyse prospective de la politique économique examine la crise contemporaine de l'Occident sans cerner l'issue à la crise économique uniquement au travers des concepts traditionnels (préceptes keynésiens vs. principes libéraux) ou en faisant seulement mention des nouvelles technologies, la vision des économistes est tout à fait conciliable avec nos propres propos, en dépit du fait que nous nous concentrons sur un cas spécifique, l'Espagne en crise, et que nous mettons en avant la perspective historico-juridique, en l'occurrence le fractionnement du droit civil centraliste. Malheureusement, cantonnés dans leur optique, ils négligent trop facilement cette perspective, lorsqu'ils indiquent la sortie de la crise en revendiquant avant tout des innovations socio-politiques, une réponse adéquate au niveau politique, un compromis institutionnalisé. Cependant, les réorientations du champ juridique espagnol le prouvent: les maîtres de tels compromis organisationnels, du fonctionnement effectif, se sont mis depuis longtemps à la tâche pour expérimenter de nouvelles formes de régulation de phénomènes en dernière instance économiques. Ils brisent déjà les rigidités institutionnelles sous le signe du calcul d'optimisation, comme la nouvelle politique économique le réclame encore pour une économie de marché post-industrielle¹⁶⁶.

En les retournant à son profit, ce système politique vivra désormais des nouveaux modèles proposés et élaborés plutôt à la périphérie qu'au centre, si on compare la réorganisation en vue avec l'organisation concentrique du droit privé pré-constitutionnel. Le droit civil possible profitera à la longue de la capacité de toute instance périphérique d'apprendre plus vite que toute instance centrale et de s'adapter, par conséquent, plus vite que celle-ci aux nouveaux problèmes. Observée de plus près, la métaphore Centre-Périphérie se révèle même trop pauvre. C'est dire que la territorialisation du droit des particuliers fait en réalité bénéficier le nouveau droit privé des mêmes règles de concurrence économique auxquelles obéit le marché envi-

¹⁶⁶ Pour une vue d'ensemble de cette nouvelle politique économique, voir ROBERT BOYER / JACQUES MISTRAL, *Le temps présent: la crise*, I: D'une analyse historique à une vue prospective, II: Pesanteur et potentialité des années quatre-vingt, in *Annales. Economies-sociétés-civilisations* 38 (1983) 483-503 et 773-789.

sagé dont la légitimation ultime sera le même droit privé reterritorialisé. Entré de nouveau en concurrence, chacun des ordres juridiques non-subordonnés, à savoir chacun des groupes de juristes se trouvant eux-mêmes en concurrence mutuelle, tentera de se faire valoir en proposant la meilleure solution. Le système entier se retrouvera dans une situation de changement permanent. Ses protagonistes ne cesseront de chercher le modèle le plus adéquat. Ils seront toujours mécontents de l'acquis, toujours en quête des moyens permettant de l'emporter sur l'autre. Pas seulement des régions dynamiques et développées comme la Catalogne passeront une phase où l'évolution du droit privé sera à l'ordre du jour. De même que les autres régions ont suivi la Catalogne autonome sur le chemin de la décentralisation, les monopolistes des différents sous-espaces du droit civil guetteront une occasion favorable pour faire mieux que leurs concurrents. Prenons l'exemple des remarques critiques de Encarna Roca au sujet de l'éventuelle inconstitutionnalité de certaines interdictions d'acquisition ou d'aliénation de la Compilation catalane de 1960¹⁶⁷. Une telle critique force objectivement à réagir dans la mesure du possible. Au cas où les *foralistas* continuent à se plaindre du dernier revirement du *Tribunal Supremo* ou du dernier empiètement de la législation centrale, comme c'est le cas, en 1981, pour les retouches au droit de la famille¹⁶⁸, ils ne montreront que leur incompréhension devant la flexibilité, le dynamisme, la nouvelle rationalité du droit privé post-constitutionnel. Dès lors, ceux qui ont compris, n'en restent pas là. Ils profitent plutôt de toute réforme du *Código civil* pour inciter leurs compagnons de lutte à rattraper le temps perdu. Intéressés au fait que, par exemple, le droit catalan ne se trouve plus en état d'infériorité, ils insistent sur sa révision immédiate afin que les Catalans soient aussi en possession des instruments juridiques correspondant à leur activité telle que «*nostra societat actual*» l'exige¹⁶⁹.

Mais n'oublions pas que les investissements dans un ordre meilleur contribuent en même temps à fonder un ordre plus fort, la «*estabilidad política*» dont Adolfo Suárez fait mention en tant que président du gouvernement à l'occasion de l'adoption du projet de Constitution¹⁷⁰ — et ceci au mépris de l'idéologie de la libération des *Derechos forales* du joug du droit civil centralisé. Pour comprendre le succès et la force du nouveau modèle, on ne peut se contenter de la constatation que, dorénavant, les différents ordres

¹⁶⁷ ROCA, Estructura (N. 79), p. 154-155.

¹⁶⁸ CERDÁ GIMENO, Baleares (N. 123), p. 798.

¹⁶⁹ CASAMITJANA i COSTA, Dret civil català (N. 158), p. 815-816.

¹⁷⁰ Cf. Constitución española. Trabajos parlamentarios (N. 68), IV, p. 4934-4935.

juridiques échapperont à l'influence directe d'un ordre supérieur, quelques exceptions mises à part. Il importe d'aller au-delà en examinant ce que signifie pour l'organisation sociale, ou pour l'économie du pouvoir, que toute réforme post-constitutionnelle d'un des sous-ensembles concernés agit sur les autres en agissant sur l'ensemble des sous-ensembles et ainsi sur l'ordre juridique civil national, au lieu d'agir sans détour sur l'un ou sur l'autre des droits privés plus ou moins subordonnés. Ne mentionnons que trois des premiers indicateurs d'une reprise du pouvoir. D'abord, la circonspection de la Cour constitutionnelle lorsqu'il s'agit de déclarer des normes pré-constitutionnelles comme inconstitutionnelles, tant que les instances compétentes n'ont pas complété leur système normatif de façon adéquate¹⁷¹. Puis, contre tout courant jusnaturaliste, la dépréciation du droit non-positif¹⁷², et, en conséquence, la soumission catégorique des coutumes locales sous la Constitution ou l'abolition de l'institution de la «costumbre contra ley», jusqu'alors un des privilèges du droit de Navarre¹⁷³. Et enfin, la revalorisation du principe de l'égalité, étant donné que la doctrine post-constitutionnelle n'accepte aucune transgression de la loi à cause du principe d'autonomie de la volonté¹⁷⁴. Ces indices d'une gradation du pouvoir, du rétablissement d'un réseau oppressif, ne doivent pourtant pas nous leurrer. Vu que toute domination soutient le dominé en son être et que tout débat sur n'importe quelle organisation sociale ne s'organise pas sans pouvoir, se livrer à la phobie du pouvoir, empêche de comprendre ses mécanismes. Pour se rendre compte de la complexité des rapports de force institués, il suffit de se rappeler jusqu'à quel point la territorialisation des droits locaux divergents implique une solution des conflits et cela dans la mesure où les options rivales sont mises hors d'état d'emporter l'une sur l'autre. De même pour l'égalité matérielle et formelle. Du fait que l'égalité formelle du droit privé est formellement soumise à l'égalité matérielle, considérant que la Constitution contraint le pouvoir public à s'occuper activement aussi bien de la liberté concrète que de l'égalité réelle¹⁷⁵, il est nécessaire de préciser la logique de la nouvelle raison juridique par rapport au niveau de l'organisation sociale qu'elle atteint en réorganisant un droit généralement égalitaire, mais concentrique, moyennant une reterritorialisation égalitaire, puisque non-concentrique.

¹⁷¹ Pour les exemples, voir ROCA, Estructura (N. 79), p. 155.

¹⁷² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Constitución (N. 77), p. 37.

¹⁷³ Voir LALAGUNA, Artículo 13 (N. 144), p. 466, 475; ROCA, Estructura (N. 79), p. 151.

¹⁷⁴ ROCA, *ibidem*.

¹⁷⁵ Cf. l'article 9,3 de la Constitution espagnole.

Résumons tout de suite: la surdétermination du droit civil égalitaire au moyen du nivellement territorial de la hiérarchie des ordres juridiques est subordonnée, comme toute production culturelle, à la loi de l'économie du pouvoir, qui est celle de la mobilisation de toutes les ressources pour obtenir l'adhésion du plus grand nombre possible de dominés. D'abord, en partant de la Constitution, les droits privés se retrouveront en assimilation continue. A longue échéance, se constituera, comme si de rien n'était, la vraie société économique, pourvu que ses conditions juridiques, tenues pour les plus centrales, à savoir son organisation et sa légitimation par le droit privé en tant qu'ordre égalitaire, s'équilibrent au même rythme qu'elles s'adaptent aux exigences de la société moderne en diversification. Cet ordre nouveau vit donc, même si cela paraît étrange, du désordre causé par l'abandon de l'ancien ordre concentrique et l'autorisation au développement des droits privés régionaux. Heinz von Foerster, un des fondateurs de la nouvelle science de la complexité, parlerait de «order from noise»¹⁷⁶. En reliant ce modèle d'explication au nôtre, nous osons dire: comme toute auto-organisation des êtres vivants s'appuie sur leur faculté de profiter de la désorganisation pour atteindre un niveau d'organisation et de complexité plus élevé, le futur ordre de la société économique espagnole parvient, dès maintenant, à attirer ses sujets puisque, à l'opposé de l'ordre concentrique du droit privé pré-constitutionnel, il garantit de reprendre de la vigueur adéquate en accélérant la différenciation sociale préoccupante de manière que le désordre menaçant se transforme en potentiel d'ordre réformé. L'indifférenciation totale étant corrélative à la mort de l'organisation sociale et, par conséquent, à tout espoir d'améliorer son propre sort, il est relativement facile de détecter une des principales forces mobilisatrices du nouveau régime, soit sa flexibilité, sa conception stratégique. Accepter cet ordre ouvert coûte, en outre, d'autant moins qu'il désamorce, selon les apparences, de prime abord une quantité de conflits.

Non sans raison, Roca¹⁷⁷ défend ce nouvel ordre en évoquant la nouvelle plénitude de l'ordre juridique post-constitutionnel. En surmontant la complétude traditionnelle des lois concentriquement codifiées au moyen d'une systématisation flexible des compétences territorialement délimitées, cette

¹⁷⁶ Sur ce point, cf. JEAN-PIERRE DUPUY, *Ordres et désordres. Enquête sur un nouveau paradigme*, Paris 1982, surtout p. 102-103, 182; et les propos pour une redéfinition auto-poïétique des sciences sociales: PETER M. HEJL, *Sozialwissenschaft als Theorie selbstreferentieller Systeme*, Frankfurt/Main—New York 1982.

¹⁷⁷ ROCA, *Estructura* (N. 79), p. 171, 173-174.

nouvelle complétude constitue le fondement d'un ordre juridique civil apte à intégrer dans sa totalité ce qui risque d'échapper au contrôle social, à savoir à l'emprise juridique, vu la gradation continue de la diversification sociale à peine prévisible. C'est pourquoi le nouvel ordre constitutionnel, confronté au problème d'orchestrer les antagonismes sociaux afin de les sublimer par un ordre juridique adéquat et pour cela légitime, se borne à garantir la collaboration des agences de pouvoir se trouvant en concurrence. D'après la conception espagnole de l'Etat constitutionnel, la croyance dans l'ordre juridique procède au plus haut point d'une telle programmation relationnelle des rapports sociaux. Ce programme se manifeste par une Cour constitutionnelle soumise à une Constitution à concepts flous, telle la concurrence de l'Etat central et des Communautés autonomes pour ce qui est du droit civil, corps des règles à réviser pour le remettre en accord avec les exigences de l'Espagne actuelle (Article 149 1,8).

L'adhésion aux nouveaux droits privés et, par là, l'institution économique du nouvel ordre est aussi facilitée par le fait que sa rationalisation territoriale soustrait les structures de pouvoir à la connaissance. Partout et nulle part, il devient invisible parce qu'introuvable. L'attrait du nouveau système normatif s'explique en bonne partie si on prend en considération combien l'établissement différentiel, et pour cela économique, du nouveau régime de la société économique doit au réarrangement non-hiérarchique, entendu comme renoncement à toute autocélébration du pouvoir. Celle-ci fut, rappelons-nous, non seulement caractéristique pour la légitimation franquiste en général, consensus fictif axé autour de la personne du «Jefe del Estado» dont l'autorité personnelle devait servir comme base pour l'ensemble institutionnel, selon Arias Navarro¹⁷⁸, mais aussi pour l'ordre juridique civil pré-constitutionnel, centré sur un seul signe textuel: le *Código civil español*. Là où, comme en Espagne actuelle, les codes de l'ordre sont doublement codés, c'est-à-dire où l'abstraction des réalités de domination prend le dessus à travers une pure cohésion extérieure des droits divergents, où l'adaptation continue de l'ordre entier résulte de plus de la coopération de tous, de la participation poussée par la nouvelle Constitution¹⁷⁹, l'ordre légitime dans son ensemble triomphera au moindre coût — et ses monopolistes aussi. Analogue à d'autres systèmes juridiques avancés qui, par peur de rencontrer des

¹⁷⁸ Ainsi, ARIAS NAVARRO devant le Cortès, à l'occasion de l'avènement au pouvoir gouvernemental, le 12 février 1974, in Boletín Oficial de las Cortes Españolas (N. 36), p. 10.

¹⁷⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Constitución (N. 77), p. 30.

résistances coûteuses, se retiennent de recourir au commandement, au geste impératif, bref à l'intervention immédiate de l'Etat¹⁸⁰, l'Espagne atteint ainsi, grâce à la territorialisation de son droit privé, un niveau supérieur de l'ordre civil. Celui-là est d'autant plus acceptable par les futurs dominés qu'il est rendu méconnaissable en tant que tel. Et quant aux futurs dominants, aussi peu déterminables pour le moment que leurs antipodes, il en est de même, mais ceci en raison du fait que les frais de tels investissements symboliques ne sont absolument pas équivalents aux frais d'une violence non-dissimulée, vu que celle-ci est impraticable à l'âge de la rationalité économique où «el dulce aire de la legitimidad»¹⁸¹ constitue le fondement social d'une société moderne, puisque juridiquement bien ordonnée.

La force des mots étant socialement déterminée, elle oblige à prendre en considération que ce niveau supérieur, dû à la rationalisation effectuée, est de plus constamment renforcé par la science juridique post-constitutionnelle, notamment de la part des régions autonomes, véritables centres d'énergie socio-juridique. L'efficacité du nouveau modèle, à savoir sa légitimité et la compétence reconnue de ses monopolistes, est extrêmement sensible aux investissements ultérieurs accroissant la maîtrise pratique du nouveau juriste et la légitimant en même temps. En font partie toutes sortes de rationalisations des droits privés reterritorialisés qui, surtout grâce à des efforts apparemment scientifiques, mobilisent la croyance dans la nouvelle di-vision du monde social dans la mesure où elles la présentent comme affaire typique des juristes professionnels, instruits et cultes, d'un savoir à part et pour cela objectif et neutre, donc comme fondement de la nouvelle société bien conçue, juridiquement. Ces actions symboliques de mobilisation font méconnaître les intérêts de classe dont il est en réalité question en faisant une fois de plus croire à l'identité régionale et, par là, à la communauté des citoyens. Elles la suggèrent par des manifestations patriotiques, telle la défense de l'esprit du *Derecho foral* ou la conservation recherchée des structures traditionnelles. A cette terminologie habituelle s'ajoute maintenant une rhétorique progressiste destinée à intégrer la territorialisation dans le processus de la modernisation afin que les droits privés particuliers ne passent plus pour des refuges de la réaction. De manière analogue, les nombreux congrès de droit régional des dernières années, tenus à huis clos¹⁸², et la concentration des juristes-scién-

¹⁸⁰ Cf. WILLKE, Disjunktion von Rechtsformen und Machtformen (N. 44), p. 210-211.

¹⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Constitución (N. 55), p. 192.

¹⁸² A côté des notes 89 et 132, voir pour les congrès mentionnés: Càtedra de Dret civil català «Duran i Bas», Universitat de Barcelona (ed.), Materials III Jornades de dret català

tifiques sur l'explicitation rationnelle du nouveau système juridique, en même temps usurpation des affaires publiques, contribuent à la fois à le rendre opérable et à lui donner les apparences de la science dont les profanes sont exclus. Ainsi, on convertit des questions purement politiques en affaires de spécialistes non-politiques, de techniciens autorisés à administrer, au nom du savoir, ce qui est l'affaire de tous. La nouvelle dépossession générale va par conséquent de pair avec l'établissement du nouvel ordre, sans que les dépossédés s'en rendent compte. Il est alors peu surprenant que la rationalisation/justification la plus intelligente de l'orchestration post-constitutionnelle de l'ordre juridique civil se réfère, abstraction faite de quelques réminiscences, aussi bien à la philosophie analytique d'origine américaine qu'à la théorie des ensembles d'origine mathématique¹⁸³, donc à un savoir apparemment neutre et pour cela généralement reconnu comme légitimation ultime. Nous avons ici affaire à une concrétisation de la «incorporación de España a las sociedades industriales avanzadas» qui, selon le préambule de la «Ley orgánica de reforma universitaria» de 1983, passe nécessairement «por su plena incorporación al mundo de la ciencia moderna».

En guise de conclusion, la contribution espagnole à la dernière re-rationalisation juridique des sociétés économiques de l'Occident consiste dans la reterritorialisation du droit privé concentrique, dans l'orchestration constitutionnelle des droits civils de l'Etat et des Communautés autonomes. Si l'Espagne démocratique est comparable au dernier développement du droit de ces pays, c'est que la concertation territoriale du droit civil repose au fond sur la réintégration non-concentrique des conflits sociaux telle que nous la connaissons en général comme rejet discret de la dichotomie familière entre l'Etat et la société, division binaire, aussi rigide que hiérarchique. En droit civil espagnol, on légitime dorénavant les rapports de force en tenant compte et des structures historiques et des nouvelles formes d'interactions pour faire d'autant mieux face au dysfonctionnement du système juridique civil comme il est devenu évident après le *take off* économique et la différenciation sociale consécutive. De même que les nouveaux monopolistes du champ juridique regagnent par là en autorité sociale, tous les détenteurs des capitaux, tant symboliques qu'économiques, regagnent en capacité politique d'affronter les conséquences d'une nouvelle économie et ceci au moyen d'une concertation symbolique des confrontations potentielles. Et comme l'univers concentrique

a Tossa. La reforma de la Compilació: El sistema successori. Tossa de Mar, 26-29 setembre, 1984, Barcelona 1985.

¹⁸³ ROCA, Estructura (N. 79).

du *Código civil* se révèle dans l'analyse comme la vraie Constitution de l'économie de la paix bourgeoise de la fin du siècle dernier, les réinvestissements symboliques de la territorialisation du droit privé se prêtent à réorganiser les fondements de la société de marché selon les nécessités de l'économie post-moderne. C'est la flexibilité retrouvée, et non la réciprocité directe, qui accorde désormais le nouvel ordre de l'appropriation légitime, l'ensemble des futurs droits privés espagnols, avec une société économiquement déterminée, donc en changement permanent. Conforme à la division du travail et, par conséquent, stimulés par leur propre intérêt, c'était aux monopolistes contrariés du champ juridique qu'il incombait de reformuler les conditions politiques de façon qu'elles reproduisent le plus spécifiquement possible les programmes de modernisation, en partie contradictoires, pour une Espagne pluraliste devant la défaillance politique d'un régime autoritaire. Compte tenu de l'incapacité de garantir juridiquement la reproduction de la structure des rapports de domination, puisque le consensus pratiqué ne peut se baser que sur des accords partiels, temporaires et sans cesse à réajuster aux exigences changeantes de la production économique au sens le plus large, ils se limitent, avec raison, à un simple réarrangement compétentiel de l'ordre juridique civil, au lieu de trop insister sur des réformes matérielles hâtives, telle la modification mentionnée du droit de la famille. Cette déformalisation territoriale du droit privé dans le cadre d'une Constitution à concepts ouverts, dont l'effet est redoublé par l'institution d'une jurisprudence constitutionnelle stratégique, anticipe même en bonne partie la future société hautement complexe. Quoiqu'il en soit, eu égard au progrès visé, les institutions du droit civil hérité, rendues relativement immobiles par leur arrangement concentrique, n'auraient pu satisfaire à l'optimisation des capitaux. Au total, la sublimation de la diversification sociale, instable, tient donc au fait que la substitution du système juridique traditionnel, au moyen de la reterritorialisation analysée, génère un ordre civil qualitativement supérieur, parce qu'aussi fluide, donc sensible à tout changement, que le marché homogène d'une société économiquement avancée, à savoir structurée à la fois par le prix et par des interventions étatiques vouées à concerter aussi bien que possible la concurrence meurtrière au profit des capitaux investis. C'est pourquoi les investissements symboliques dans la territorialisation constitutionnelle du droit civil espagnol seront, tôt ou tard, reconvertis en capital économique, quelle qu'ait pu être l'intention des différents stratégies juridiques.