

ANNALES DE DROIT DE LOUVAIN

**Numéro thématique 2025/1 — Le pluralisme
des méthodes de recherche en droit (première partie)**

Vol. 88

Revue trimestrielle
de la *Faculté de droit et de criminologie*
et de l'*Institut pour la recherche interdisciplinaire en sciences juridiques*
de l'*Université catholique de Louvain* (UCLouvain)
et de l'*Association des diplômés en droit de Louvain* (ADLv)

TEXTES THÉMATIQUES

Introduction au numéro thématique : Le pluralisme des méthodes de recherche en droit (première partie)	Pierre WALCKIERS, Christine FRISON et Coline GILLARD	3
Challenges and Advantages of Empirical Legal Research: Methodological Insights from a Research Project on Accessibility as a Concern in the Regulation of Smart Platform-Based Mobility in Flanders	Ülkü TANRIVERDI	15
In the Age of Chaos: How Decolonial Approaches Can Help Reconstruct International Environmental Law	Adriana MORENO CELY, Elsa TSIOUMANI and Christine FRISON	37
Feministisch en queer rechtswetenschappelijk onderzoek: wat, waarom en hoe?	Pieter CANNOOT, Elise GOOSSENS und Marie SPINOY	59
Empirisch juridisch onderzoek voor beginners met koudwatervrees: een pragmatische blik achter de schermen	Ann-Sophie VANDAELE	81
Une approche relationnelle du droit à travers les théories posthumaines. Perspectives critiques et outils méthodologiques post-dualistes — A Relational Approach to Law through Posthuman Theories. Critical Perspectives and Post-Dualist Methodological Tools	Pierre WALCKIERS	95

La corruption au-delà des arènes habituelles du droit. Ethnographier une catégorie juridique sensible	Narcisse MIDESO	121
Dans les interstices du système répressif en matière de désobéissance civile écologique en Belgique : le point de vue des actrices et des acteurs	Marie JADOUL	141
De systematische rechtspraakanalyse als juridische onderzoeksmethode — Over rechtspraakanalyse op grootmoeders wijze en de meerwaarde van de systematische analyse van rechtspraak voor juridisch onderzoek	Victor GODART	169
Recherche sur le droit de plainte des personnes détenues : pourquoi et comment l'empirie fait résonner l'analyse juridique	Léa TEPER	197
Typologie des droits organisés à travers le classement des gîtes minéraux en droit minier congolais : Analyse des innovations consacrées dans la loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier telle que modifiée et complétée par la loi n° 18/001 du 9 mars 2018	Cim's MULUNGULUNGU NACHINDA	219

Introduction au numéro thématique : Le pluralisme des méthodes de recherche en droit (première partie)

par Pierre WALCKIERS
et Christine FRISON
et Coline GILLARD

Il est indéniable que les questions relatives aux méthodes et à la méthodologie juridiques suscitent un intérêt croissant parmi les chercheurs en droit, tout en demeurant un champ marqué par le tâtonnement et par un manque de formation structurée.

Tout d'abord, l'intérêt d'enrichir nos méthodes peut être observé à plusieurs niveaux. Il se manifeste notamment dans le cadre des évaluations opérées par les organes de financement, dans le souci de distinguer les méthodes des sciences du droit et les méthodes du droit, ou encore, de manière plus pragmatique, dans la nécessité d'être compris et de pouvoir coexister avec les autres facultés de nos universités. Il s'inscrit également dans une recherche de légitimité scientifique, visant à renforcer la crédibilité des productions de connaissances juridiques et à les rendre aussi en phase que possible avec le « réel »¹.

Cet intérêt méthodologique pour les sciences juridiques peut certes trouver des échos dans certains mouvements clés du positivisme juridique, notamment dans l'ambition de Hans Kelsen de développer une théorie et une science du droit sur le modèle des sciences de la nature, autonomes par rapport aux autres disciplines². Toutefois, on observe plus récemment une évolution des pratiques de recherche qui dépasse les méthodologies classiques, marquée par la coexistence d'autres approches permettant d'aborder le droit de manière « plus scientifique » (i.e. plus concrète, « objectivable », transparente), en mobilisant des méthodes empiriques, critiques ou interdisciplinaires.

Nous constatons par exemple, qu'il s'agisse de compléter ou de critiquer les approches juridiques classiques, que l'intérêt pour les méthodes empiriques du droit s'est considérablement renforcé au fil du temps³. La recherche empirique permet

¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, 2016 ; L. KESTEMONT, *Handbook on Legal Methodology: From Objective to Method*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia Ltd, 2018.

² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.

³ T. TYLER, « Methodology in Legal Research », *Utrecht Law Review*, 2017, vol. 13, n° 3, pp. 130-141, disponible sur <https://papers.ssrn.com/abstract=3128268> (consulté le 11 février 2026) ; H.M. KRITZER, « The (Nearly) Forgotten Early Empirical Legal Research », in P. CANE et H.M. KRITZER (eds), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, s.l., Oxford University Press, 11 novembre 2010, p. 0, disponible sur <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199542475.013.0037> (consulté le 11 février 2026).

en effet d'accéder à des éléments souvent inaccessibles par la seule recherche doctrinale, en offrant la possibilité de vérifier des hypothèses, de les confronter aux faits et de dépasser des déductions exclusivement logiques. Plusieurs approches théoriques intègrent ainsi des méthodologies invitant à aller au-delà du « droit dans les livres » pour aborder le « droit en action » : analyser la manière dont le droit opère en pratique, par quels acteurs, selon quelles réactions, à travers quels discours et sous quelles conditions de validité, d'effectivité ou de légitimité ⁴.

D'autres perspectives, issues notamment du droit global ⁵, des théories décoloniales ou des analyses des transformations de l'État de droit, montrent à leur manière qu'une approche strictement formaliste du droit n'est plus suffisante pour identifier l'ensemble des formes de normativité alternatives au droit étatique, ni celles qui opèrent en amont ou en parallèle de celui-ci. De nombreuses thématiques transversales auxquelles les juristes sont aujourd'hui confronté·es — telles que la crise climatique, la régulation des nouvelles technologies, l'intelligence artificielle ou la préservation de la biodiversité — rendent manifeste la nécessité de recourir à d'autres méthodologies que la seule science juridique positiviste classique. Elles invitent également à interroger les ontologies et les épistémologies qui sous-tendent ces problématiques hybrides, et à questionner des approches qui répondraient trop rapidement aux enjeux sans en examiner les présupposés ⁶.

Ensuite, ces évolutions méthodologiques sont aussi des espaces où les incertitudes et les moments de tâtonnement se font particulièrement sentir. Il faut reconnaître que les sciences juridiques, dans leur tradition positiviste, se sont longtemps pensées comme objectives, neutres et autosuffisantes, de sorte que le recours à l'inter- ou à la transdisciplinarité peut encore susciter des difficultés de cohabitation. Depuis le début des années 2020, une prise de conscience croissante de cette lacune a toutefois pu être observée au sein de nos facultés, comme en témoignent les réflexions en cours sur les approches méthodologiques. À l'UCLouvain, celles-ci se matérialisent notamment par la conception d'un cours de méthodologie de la recherche en droit en master 1, ainsi que par les discussions entourant une éventuelle modification du règlement du mémoire.

Ce double numéro thématique s'inscrit dans ce mouvement et cherche à mettre en lumière la diversité des méthodes juridiques mobilisées, dans une perspective de valorisation des pratiques méthodologiques de l'ensemble de la communauté scientifique qui prennent le droit et ses dérivés comme objets d'étude. Il s'agit ainsi

⁴ J.-L. HALPÉRIN, « Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change », *Maine Law Review*, 2011, vol. 64, pp. 455-476.

⁵ B. FRYDMAN, *Les défis du droit global*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

⁶ M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism as a Theoretical and Methodological Approach to International Law », in *International Law and Posthuman Theory*, Abingdon, Routledge, 2024 ; E. BOULOT et J. STERLIN, « Steps towards a legal ontological turn: proposals for law's place beyond the human », *Transnational Environmental Law*, 2022, vol. 11, n° 1, pp. 13-38.

de montrer la gamme variée d'outils et de méthodes de recherche mobilisables, ainsi que les cadres théoriques auxquels ils se rattachent. Ce numéro thématique est double, et entend offrir un espace de réflexion et de partage d'expériences en matière de méthodes de recherche en droit. Cette initiative vise à explorer les différentes manières dont les chercheur·euses en droit peuvent repenser et élargir leur méthodologie afin de mieux appréhender les complexités du système juridique contemporain au service de la société.

Parmi les contributions rassemblées dans ce premier numéro thématique figurent neuf articles. Ceux-ci abordent le pluralisme des méthodes en droit (féministes, décoloniales, post-humaines) ainsi que l'intérêt des approches empiriques pour la recherche juridique. Plusieurs contributions proposent des retours sur la plus-value de ces méthodes dans le cadre de la recherche doctorale, à travers des témoignages et des retours d'expérience. D'autres illustrent la diversité des approches empiriques selon les terrains de recherche, à partir d'études de cas portant sur la corruption, la désobéissance civile écologique et le droit de plainte des personnes détenues.

Le premier volet de ce numéro se saisit de ce pluralisme méthodologique et des approches théoriques et critiques mobilisées pour aborder le droit. Trois contributions montrent comment des approches féministes, décoloniales, post-humaines et relationnelles du droit ont été appliquées, et quelles sont les implications méthodologiques qui en résultent.

Dans leur contribution, Moreno Cely, Tsioumani et Frison soulignent que les méthodes positivistes classiques de recherche ne suffisent pas à appréhender un monde « BANI » (*Brittle, Anxious, Nonlinear, and Incomprehensible*), marqué par le chaos, que ce soit à travers l'effondrement de la biodiversité ou la montée du capitalisme, du fascisme et de l'impérialisme. Les auteures analysent ce contexte chaotique en mettant en lumière les insuffisances de la gouvernance environnementale mondiale, structurée autour des accords multilatéraux sur l'environnement (AME), et démontrent les limites méthodologiques d'une approche purement doctrinale et positiviste dans la recherche en droit international de l'environnement. Elles soutiennent que la recherche demeure traditionnellement fondée sur des approches doctrinales ancrées dans des traditions positivistes qui obscurcissent les racines historiques et coloniales de la gouvernance environnementale, ignorent les inégalités socio-économiques intégrées dans les accords internationaux et restreignent la production de connaissances aux seules épistémologies juridiques occidentales. Cette critique est illustrée empiriquement par les auteures à travers leur observation participante à la COP 16 en 2024 de la Convention sur la diversité biologique (CDB), avec un accent mis sur les résultats concernant les peuples autochtones et les communautés locales.

Dans cette contribution, les auteures proposent donc un changement de paradigme fondé sur une praxis de recherche décoloniale, en s'appuyant sur l'héritage des *Third World Approaches to International Law* (TWAIL) et sur des perspectives autochtones. Elles rappellent que le droit international est lié au colonialisme, à l'impérialisme, au racisme et au capitalisme global, et qu'il a historiquement servi à légitimer l'exploitation coloniale. À partir des théories décoloniales, principalement issues des mouvements latino-américains, elles plaident pour des méthodologies qui privilégient la relationnalité et la transdisciplinarité. Issue des savoirs autochtones, la relationnalité repose sur l'idée que le savoir est produit au sein de relations multiniveaux ancrées dans des lieux, entre les personnes et les entités non humaines, et qu'elle implique une éthique de responsabilité décentrant l'humain. Méthodologiquement, cela suppose de désarmer les pouvoirs et privilèges, de favoriser la réciprocité et la pluriversalité ainsi que, en matière d'enseignement et de recherche, de faire preuve de créativité, d'innovation, de transgression et de désobéissance afin de rompre avec les modes antérieurs de production du savoir. L'analyse des auteures conduit ainsi à reconnaître le droit international comme un champ historiquement contingent et profondément politique, ayant principalement fonctionné comme un mécanisme de domination, tout en constituant paradoxalement un espace de résistance.

Ensuite, l'article de Cannoot, Goossens et Spinoy aborde les bases théoriques et méthodologiques nécessaires pour mobiliser les théories féministes et queer en droit. Les auteur·es constatent que, depuis la seconde moitié du xx^e siècle, une vaste littérature critique du droit s'est développée, notamment dans le sillage des *critical studies* et des *gender studies*, mettant en lumière la manière dont le droit contribue à la perpétuation d'inégalités genrées et de rapports de pouvoir asymétriques. Cette littérature ne se limite pas à documenter ces inégalités : elle interroge les présupposés genrés sur lesquels le droit est construit et propose de le reformuler à partir d'autres cadres normatifs et épistémologiques. Si ces approches se sont largement développées et consolidées dans les sphères anglo-américaines, les auteur·es relèvent qu'elles demeurent encore relativement peu explorées dans la doctrine juridique belge. Cannoot, Goossens et Spinoy observent en particulier que la littérature juridique nationale s'est surtout concentrée sur les résultats substantiels révélant des inégalités de genre, plutôt que sur les cadres théoriques et méthodologiques permettant d'analyser structurellement ces phénomènes. Leur contribution vise dès lors à combler ce déficit méthodologique en proposant une introduction structurée aux théories féministes et queer appliquées au droit.

Les auteur·es procèdent ainsi à une traduction méthodologique de la littérature anglo-américaine dominante, en présentant les principaux courants féministes (libéral, radical, anti-essentialiste, relationnel) tout en reconnaissant que cette hégémonie doctrinale fait elle-même l'objet de critiques. Ils et elles insistent

sur le caractère intrinsèquement interdisciplinaire de ces approches, ainsi que sur leurs liens étroits avec les études critiques et les mouvements sociaux. Justifiant la pluralité des perspectives, Cannoot, Goossens et Spinoy rappellent qu'il n'existe pas d'expérience féministe ou queer homogène, mais une multiplicité de positions situées et irréductibles à une vision unifiée. Néanmoins, ces théories partagent certains traits communs : elles adoptent une posture subversive à l'égard des conceptions hégémoniques du genre, du sexe et de la sexualité ; elles visent à transformer les structures sociales productrices d'inégalités ; elles occupent aujourd'hui une place centrale dans la critique contemporaine du droit, à la fois comme instruments d'analyse fondamentale et comme leviers de réformes juridiques.

Enfin, l'article de Walckiers introduit les approches post-humaines et relationnelles comme méthode pour la recherche en droit. Comme l'explique la philosophe Rosi Braidotti, les théories post-humaines visent à faire converger les critiques post-anthropocentriques et post-humanistes. Elles remettent ainsi en cause à la fois l'humanisme occidental et l'anthropocentrisme, qui tendent à renforcer ou à ignorer les hiérarchies entre humains, ainsi que l'anthropocentrisme qui établit des rapports de domination entre humains et non-humains, en postulant un sujet humain détaché et supérieur à la nature. Ces théories ne sont pas isolées ; elles constituent un lieu de rencontre entre différentes générations critiques et théoriques (féministes, décoloniales, philosophies continentales, etc.). Elles ont été reprises ou approfondies par Braidotti, Barad et Bennett, ainsi que, plus indirectement, par Haraway, Latour et Stengers. Elles ont également fourni des outils conceptuels à des juristes tels que Jones, Arvidsson ou Heathcote, leur permettant d'enrichir leur arsenal critique et d'intégrer des imaginaires constructifs afin de penser des alternatives aux réponses du positivisme juridique.

Dans sa contribution, Walckiers introduit ces théories et ces méthodes et montre comment elles sont mobilisées pour critiquer la manière dont le droit peut maintenir des rapports de domination par ses pratiques ou par la science juridique elle-même, notamment lorsqu'elle prétend constituer une épistémologie neutre et objective. Il met également en évidence la manière dont le droit reproduit une ontologie dualiste en hypostasiant des coupures entre nature et culture, humains et non-humains, sujets et objets. La contribution souligne en outre les potentiels créatifs des théories post-humaines, en insistant sur leur dimension relationnelle. L'auteur revient ainsi sur plusieurs éléments méthodologiques et propositions conceptuelles visant à « mettre en pause » la formulation de solutions toutes faites dans une logique mécanique positiviste, afin d'explorer d'autres constructions juridiques, dites « cosmopolitiques » ou relationnelles. À partir d'exemples issus de ses propres recherches, Walckiers décrit notamment la manière dont certains objets-sujets sont découpés par de multiples coupures ontologiques — entre nature

et culture, objet et sujet, matériel et immatériel. Il s'intéresse également à la façon dont des juristes post-humain·es ou affilié·es ont pu mobiliser des intuitions relationnelles qui, plutôt que de traiter d'entités juridiques séparées et opposées (chose versus personne), cartographient les relations vertueuses, hybridantes et intra-agissantes entre ces entités juridiques.

Le deuxième volet de ce numéro thématique est consacré plus précisément aux approches empiriques dans le cadre de la recherche en droit. Elle aborde à la fois l'intérêt de ces approches, les éléments et consignes méthodologiques à prendre en compte, ainsi que des conseils issus d'expériences concrètes de la recherche empirique en droit.

Pour commencer, l'article de Godart présente une analyse systématique de la jurisprudence (*systematische Rechtsprechungsanalyse*) en complément d'une analyse jurisprudentielle classique, et en justifie l'intérêt à partir d'exemples tirés de sa recherche doctorale portant sur la qualification des contrats mixtes par le juge. L'analyse jurisprudentielle classique (ou à l'ancienne), est identifiée par Godart comme la méthode pour « se prononcer sur le droit applicable en s'efforçant, à l'aide des sources juridiques classiques (principalement la législation et la jurisprudence), de décrire ce qu'est le droit positif et, éventuellement, comment le droit pourrait être amélioré ». Or, comme il le critique, une telle analyse jurisprudentielle classique manque de scientificité, notamment en termes de transparence et de justification méthodologique. Parmi les limites identifiées par Godart, certaines tiennent à l'accès fragmentaire aux données, aux choix épistémologiques (souvent implicites), ainsi qu'aux risques de distorsions, voire de biais de confirmation, donnant par exemple une importance disproportionnée à certains jugements, ou conduisant à l'ignorance d'autres décisions moins favorables.

C'est pourquoi Godart plaide pour une approche plus systématique de la recherche juridique, incluant l'analyse de la jurisprudence, qu'il considère comme essentielle pour améliorer la fiabilité et la validité des résultats. L'objectif de cette méthode est de proposer une analyse systématique permettant d'étudier la jurisprudence de manière scientifique et descriptive, c'est-à-dire en y associant une composante systématique et vérifiable. Il s'agit dès lors de développer un cadre systématique et reproductible pour la collecte de la jurisprudence : montrer *comment* la recherche, la sélection et la constitution du corpus jurisprudentiel sont effectuées, *quels* arrêts sont analysés et *pourquoi* ils ont été choisis, ce qui peut inclure des jurisprudences non publiées ou des phases de revues exploratoires. Enfin, reprenant l'exemple de sa recherche sur la manière dont les juges (re)qualifient les contrats, en analysant les éléments et les circonstances mobilisés, Godart justifie l'intérêt d'une approche systématique de la jurisprudence. Il détaille ses méthodes de collecte des données, en justifiant notamment des contacts avec les

cours d'appel de Gand, d'Anvers et de Liège pour l'accès à des décisions non publiées, ainsi que les étapes de sélection, de traitement et d'analyse des données. Ce traitement avait impliqué l'usage de logiciels tels que NVivo et des processus de codage, ainsi qu'une analyse combinant des approches inter- et intra-cas, des croisements et des triangulations, afin d'assurer la fiabilité des résultats. Le suivi de ces méthodes, comme l'argumente l'auteur, apparaît prometteur en ce qu'il permet de pallier certaines limites de l'analyse jurisprudentielle traditionnelle et d'en compléter utilement les apports.

Dans cette même perspective, la contribution de Tanriverdi propose une reconstruction détaillée des différentes étapes méthodologiques de sa recherche empirique, réalisée dans le cadre de son travail doctoral intitulé « *An empirical approach towards legal research : The case of the Flemish regulatory framework on shared mobility* ». Cette recherche est consacrée à l'accessibilité des plateformes de mobilité « intelligente » (vélos partagés, car sharing, etc.) pour les personnes à mobilité réduite, dans le contexte du cadre réglementaire flamand. Comme l'auteure l'indique, si les enjeux de protection des données liés à la mobilité partagée intelligente ont fait l'objet de nombreux travaux, la question de l'accessibilité de ces services pour les personnes à mobilité réduite a, en revanche, reçu beaucoup moins d'attention dans la littérature. L'auteure relève en outre, sur la base de travaux issus d'autres disciplines, que l'accessibilité de ces plateformes pose problème pour ces publics. Son projet doctoral s'inscrit ainsi dans l'ambition d'analyser cette question à l'aune d'un cadre normatif fondé sur les droits fondamentaux.

L'article présente une forte vocation pédagogique, en ce qu'il explicite les différentes étapes essentielles d'un projet doctoral empirique en droit : formulation du problème de recherche, définition des objectifs et des questions de recherche, élaboration du design de recherche, mobilisation d'outils empiriques (dans cette étude : entretiens semi-directifs approfondis, analyse documentaire, questionnaires, collecte de données). Dans le cadre de ce numéro thématique, l'article de Tanriverdi offre à la fois une exposition formelle et structurée d'une méthodologie empirique et un récit à la première personne d'un processus de recherche achevé, ancré dans une expérience doctorale. L'article accorde en particulier une attention aux contraintes pratiques de la recherche empirique : limitations de temps et de ressources propres au doctorat, le taux de réponses institutionnelles, opportunité de recourir à la législation relative à l'accès à l'information, ainsi qu'aux démarches éthiques nécessaires à l'autorisation de la recherche. En somme, cette contribution montre que la recherche empirique en droit, bien que rigoureuse et exigeante, demeure accessible à tout juriste disposé à fournir un effort méthodologique initial, et constitue un outil particulièrement fécond pour analyser le droit dans ses dimensions pratiques et institutionnelles.

Enfin, l'article de Vandaele propose un retour sur ses propres expériences de recherche empirique. Il souligne que la recherche empirique occupe une place de plus en plus centrale en droit, notamment sous l'effet d'une pression croissante à l'empirique dans certains instruments de financement. Paradoxalement, le chemin vers la méthode la plus appropriée n'est pas toujours évident. En effet, les programmes universitaires en droit comportent peu, voire pas, de formation aux méthodes empiriques, et les outils issus des autres sciences sociales ne sont pas toujours immédiatement transposables au champ juridique. C'est précisément pour cette raison que l'article partage les propres tentatives empiriques de l'auteure, faites de tâtonnements, mais aussi d'expériences plus difficiles. Ce récit honnête, rédigé du point de vue d'une chercheuse durant son parcours doctoral, a pour objectif — comme elle l'indique explicitement — non pas de dissuader, mais au contraire d'encourager à recourir à cette méthode.

Dans cette contribution, l'auteure propose d'abord un recul réflexif et quelques suggestions pour faciliter l'entrée dans la recherche empirique, avant d'illustrer ces enjeux à partir de la méthode finalement retenue : l'analyse qualitative de contenu. Il ne s'agit pas de la promouvoir comme une solution universelle, mais de l'utiliser comme illustration des multiples éléments entrant en ligne de compte dans le choix d'une méthode. L'auteure évoque aussi l'influence de son passage par une *summer school* méthodologique (FLAMES — *FLAnders' training network for METHodology and Statistics*), qui lui a permis d'acquérir une vision d'ensemble des méthodes existantes, de ce qui est possible, mais aussi de ce qui ne l'est pas. Par exemple, l'analyse statistique quantitative s'est rapidement révélée hors de portée, conduisant l'auteure à adapter son projet à ce qu'elle pouvait effectivement mener à bien, tout en conservant une ouverture pour des développements ultérieurs. L'article propose enfin l'analyse qualitative de contenu comme illustration concrète. Pour Vandaele, cette méthode apparaît relativement accessible pour les juristes, en ce qu'elle requiert peu d'ajustements conceptuels tout en offrant une réelle plus-value analytique. Elle repose sur le codage systématique de corpus textuels, accompagné de mémos réflexifs permettant de documenter les choix opérés. Cette pratique est, à bien des égards, proche du travail juridique classique (collecte de documents, structuration, analyse d'exemples) tandis que les mémos facilitent considérablement la phase de rédaction, qui devient alors un travail d'assemblage plutôt qu'une création *ex nihilo*. L'article n'élude pas pour autant les limites de la méthode, contribuant ainsi à une réflexion méthodologique nuancée et pragmatique.

Le dernier volet de ce numéro thématique s'intéresse également aux méthodes empiriques sous l'angle du terrain de recherche. Il prolonge les témoignages d'expériences de recherche par des méthodes empiriques, en tenant compte des spécificités des terrains étudiés ainsi que des questions d'adaptation et des

considérations méthodologiques nécessaires pour mieux saisir les réalités de ces terrains.

Un premier terrain de recherche particulier est abordé dans l'article de Mideso, en ce qu'il étudie les pratiques de « petite corruption », catégorie pénale qui revêt par essence un caractère occulte et repose sur des codes tacites. Dès lors, l'auteur établit que c'est précisément ce caractère secret et clandestin qui rend la pratique corruptive particulièrement insidieuse, problématisant sa mise en visibilité et rendant ainsi difficile toute réaction sociale au phénomène, y compris sa répression pénale. Ce caractère caché rend également son étude difficilement appréhendable par un travail limité aux sources classiques du droit. C'est pourquoi l'approche choisie par Mideso est celle de l'ethnographie, impliquant la constitution d'un matériau empirique dense issu d'une immersion prolongée sur le terrain de la pratique et du vécu quotidiens du droit. Il s'agit de décrypter la manière dont les acteur·es génèrent, construisent, expriment et mettent en œuvre une régulation endogène, susceptible de concurrencer, compléter ou coexister avec une approche positiviste du phénomène.

L'ethnographie, appliquée au droit ou à une catégorie juridique telle que la corruption, permet un travail en profondeur sur les pratiques quotidiennes. Par la description fine des phénomènes qu'elle autorise, elle permet de restituer ce qui se perd dans une démarche exclusivement centrée sur les sources écrites. Il s'agit de se pencher sur le droit tel qu'il est reçu, mis en œuvre et vécu par ses acteurs, comme un ensemble de pratiques subies, mobilisées et réinterprétées. La méthode proposée par l'auteur s'intéresse ainsi à la « petite corruption », c'est-à-dire aux micro-pratiques des acteurs en tant que telles — susceptibles de recevoir la qualification pénale de corruption — indépendamment de leur mise en forme juridique ou pénale. Toutefois, comme l'explique Mideso, les singularités propres à chaque terrain de recherche impliquent une sensibilité variable de l'objet « corruption » selon les contextes. Elles exigent du ou de la chercheur·euse à la fois une maîtrise solide des outils ethnographiques issus des manuels de méthodologie en sciences sociales, mais aussi leur adaptation constante aux réalités du terrain. À partir de cette étude de cas consacrée au service public de l'eau en République démocratique du Congo — comprenant une observation participante et quarante-trois entretiens ethnographiques menés auprès des agent·es et des bénéficiaires de l'opérateur concerné — la recherche interroge non pas prioritairement la dimension transgressive des pratiques au regard des règles pénales, mais leur potentiel normatif, c'est-à-dire la manière dont elles sont organisées et remplissent une fonction dans les interactions quotidiennes des acteur·ices.

Ces méthodes empiriques sont centrales dans l'article de Jadoul, consacré au point de vue des acteur·is amené·e·s à (inter-)agir lorsque des actions de désobéissance civile écologique ont lieu en Belgique. Dans cet article, l'auteure

analyse le phénomène de la désobéissance civile écologique, ainsi que ses formes de répression et de stigmatisation, à partir du point de vue des acteur·ices qui interagissent autour de ces mobilisations. Cette catégorie recouvre à la fois les activistes écologistes, les *legal teams* en soutien des actions de désobéissance civile écologique, les policier·ères amené·es à intervenir dans l'espace public, les avocat·es, les magistrat·es du parquet et/ou du siège, ainsi que les fonctionnaires sanctionnateur·rices compétent·es pour infliger des sanctions administratives communales. Les méthodes mobilisées par Jadoul combinent observation participante et entretiens semi-directifs. Premièrement, l'auteure a mené vingt-sept entretiens avec des acteur·rices, permettant d'identifier, d'une part, des points de convergence et, d'autre part, des tensions ou des divergences entre elles et eux. La méthode inclut également une observation participante, en tant qu'observatrice légale, lors d'actions de désobéissance civile écologique en Belgique. Du point de vue de l'auteure, ces méthodes empiriques permettent une mise en lumière de ce qui est invisible derrière la répression de la désobéissance civile écologique, en faisant émerger un matériau empirique au service d'une analyse ancrée sur le terrain.

À partir de cette combinaison de méthodes (séquences d'observation et entretiens), l'article de Jadoul met en évidence plusieurs éléments essentiels relatifs à ce que le système répressif « fait » à la désobéissance civile écologique en Belgique, ainsi qu'aux conséquences et aux risques qui en découlent pour les personnes impliquées. Par exemple, l'étude montre que la dissuasion à l'égard des activistes écologistes s'exerce davantage par le biais d'une répression administrative larvée, différenciée, localisée au niveau communal et marquée politiquement, que dans les prétoires des juridictions pénales. Elle révèle également que cette dissuasion s'étend à différentes sphères, tantôt publiques (médias, réseaux sociaux), tantôt institutionnelles et plus discrètes (parquets). L'article s'attache en outre à montrer, en retour, ce que la désobéissance civile écologique « fait » au système répressif, ou la manière par laquelle elle tente de se positionner face à celui-ci. Il met ainsi en évidence que la dissuasion à l'égard de la contestation écologique peut parfois s'exercer « au-delà du système répressif », notamment par l'intermédiaire des médias et des réseaux sociaux. Ce faisant, l'article met en lumière les pratiques, les contraintes, mais aussi les marges de manœuvre et les questionnements des acteur·rices au contact de la désobéissance civile écologique en Belgique.

Enfin, explorant un autre terrain de recherche et une autre perspective épistémologique, l'article de Teper vise à comprendre et à évaluer le droit de plainte des personnes détenues. Face à un flux constant de décisions en la matière, l'auteure propose aussi quelques réflexions épistémologiques à la lumière de la théorie de l'accélération et de la résonance développée par le philosophe Hartmut Rosa. L'auteure cherche ainsi à montrer comment le recours à l'empirie a permis

de pallier les limites d'une recherche « classique » en droit, fondée sur l'étude documentaire de la jurisprudence publiée, de la législation et de la doctrine. Le droit de plainte des personnes détenues a été introduit en Belgique en 2020. Géré par des commissions indépendantes, il vise à renforcer les droits subjectifs en prison et à rendre la justice plus accessible, plus rapide et mieux adaptée aux réalités carcérales. Comme l'auteure l'explique, sa thèse avait pour objectif initial d'examiner les conditions concrètes d'application de ce droit et ses effets réels sur la vie en détention. Il s'agissait ainsi d'en analyser la validité au sens large, en interrogeant son effectivité, son efficacité, son efficience, et sa légitimité.

Comme le discute Teper, une simple étude de la jurisprudence s'est toutefois rapidement révélée insuffisante pour évaluer ces différentes dimensions. L'explosion du contentieux depuis 2020, amplifiée par la numérisation des décisions du Conseil central de surveillance pénitentiaire et par la massification des recours, rendait nécessaire une mise à distance critique d'un corpus exclusivement jurisprudentiel. À cet égard, le nombre de décisions publiées constitue un constat en soi : d'une quasi-absence de décisions accessibles (absence de base de données et publications rares dans les revues juridiques), le contentieux pénitentiaire est passé à plus de 10 000 décisions publiées. Ce changement d'accès à la jurisprudence n'était pas prévisible, et a remis en question en cours de thèse la faisabilité d'une étude systématique de la jurisprudence publiée. C'est face à ce constat que la théorie de Rosa constitue, pour l'auteure, une grille de lecture particulièrement féconde. En soulignant les effets d'accélération qui traversent nos institutions, Rosa invite à réfléchir à la manière dont le droit — et ici le droit pénitentiaire — peut perdre sa capacité à « résonner » avec le monde qu'il régit. L'article motive dès lors le choix d'une approche hybride, combinant analyse de la jurisprudence et immersion en milieu carcéral. Il revient ensuite sur les enjeux liés à l'accessibilité des décisions à la lumière de la théorie de l'accélération, avant d'aborder le changement méthodologique élaboré en cours de thèse et les questions qu'il a soulevées. Cette démarche, attentive à la positionnalité de la chercheuse et aux injustices épistémiques rencontrées, a permis à Teper d'interroger les effets concrets du dispositif, tant à l'échelle individuelle que structurelle, et d'éclairer, au-delà des chiffres, ce que le droit de plainte fait au droit et à la prison.



Challenges and Advantages of Empirical Legal Research: Methodological Insights from a Research Project on Accessibility as a Concern in the Regulation of Smart Platform-Based Mobility in Flanders

by Ülkü TANRIVERDİ*

ABSTRACT

This article focuses on integrating empirical legal research methods with the more traditional legal doctrinal methodology within the context of a project on regulating ‘smart’ platform-based mobility solutions, particularly in view of safeguarding accessibility for persons with reduced mobility. I reflect on my experiences in the navigation of the research design and process, including the identification of the research problems, the formulation of the research questions, and the data collection and analysis. Moreover, different challenges faced during the research are identified, and contingency strategies are proposed. The paper contributes to legal scholarship by providing a clear and hands-on approach to empirical research methodology and aims to offer guidance to those interested in employing such methods. Empirical research provides insights that are often inaccessible by carrying out doctrinal legal research. It allows us to inform policymaking and suggest improvements to legal frameworks based on the collected concrete empirical data. In addition, the involvement of stakeholders in empirical research may also raise their awareness of certain key issues that might have been under their radar beforehand, such as the accessibility of platform-based mobility for persons with reduced mobility.

Dit artikel richt zich op het integreren van empirische juridische onderzoeksmethoden met de meer traditionele juridisch doctrinaire methodologie in de context van een project over het reguleren van « slimme », platformgebaseerde mobiliteitsoplossingen, met name met het oog op het verzekeren van de toegankelijkheid voor personen met beperkte mobiliteit. Ik reflecteer op mijn ervaringen met het navigeren van het onderzoeksdesign en -proces, inclusief het identificeren van onderzoeksproblemen, het formuleren van onderzoeksvragen en de gegevensverzameling en -analyse. Bovendien worden verschillende uitdagingen die zich tijdens het onderzoek voordeden geïdentificeerd en worden er strategieën

* University of Antwerp, Faculty of Law, Research Group Government & Law, Urban Studies Institute.

om met die uitdagingen om te gaan voorgesteld. Het artikel levert een bijdrage aan de juridische wetenschap door een duidelijke en praktische benadering te bieden met betrekking tot empirische onderzoeksmethodologie en heeft als doel onderzoekers die geïnteresseerd zijn in dergelijke methoden aanbevelingen aan te reiken. Empirisch onderzoek levert inzichten op die vaak niet te achterhalen zijn door enkel doctrinair juridisch onderzoek te doen. Bovendien stelt het ons in staat om beleidsvorming te informeren en verbeteringen in juridische kaders voor te stellen op basis van de concrete verzamelde empirische data. Daarnaast kan de betrokkenheid van belanghebbenden bij empirisch onderzoek ook hun bewustzijn vergroten over bepaalde belangrijke kwesties die voorheen wellicht onder hun radar waren, zoals de toegankelijkheid van platformgebaseerde mobiliteit voor personen met beperkte mobiliteit.

Cet article se concentre sur l'intégration des méthodes de recherche juridique empirique avec la méthodologie doctrinale traditionnelle dans le cadre d'un projet de recherche concernant la régulation des solutions de mobilité basées sur des plateformes « intelligentes », en particulier en ce qui concerne l'accessibilité pour les personnes à mobilité réduite. Je partage mes expériences de navigation dans le design et le processus de recherche, y compris l'identification des problèmes de recherche, la formulation des questions de recherche et la collecte et l'analyse des données. De plus, les difficultés rencontrées lors de la recherche sont identifiées et des stratégies pour les dépasser sont proposées. L'article contribue à la science juridique en offrant une approche claire et pratique de la méthodologie de recherche empirique et vise à fournir des lignes directrices à ceux qui s'intéressent à ces méthodes. La recherche empirique fournit des informations souvent inaccessibles par la recherche juridique doctrinale et permet d'informer les décisions politiques et de suggérer des améliorations des cadres juridiques basées sur les données collectées. De plus, la participation des « parties prenantes » pendant la recherche empirique peut également sensibiliser ces dernières à certains problèmes qui pourraient avoir échappé à leur attention auparavant, tels que l'accessibilité de la mobilité basée sur des plateformes pour les personnes à mobilité réduite.

INTRODUCTION

1. Empirical legal research methods have gained increasing recognition within legal scholarship over time.¹ These methods can illuminate the researcher's path, helping to address their research questions by uncovering insights that may

¹ H.M. KRITZER, 'The (Nearly) Forgotten Early Empirical Legal Research', in P. CANE and H.M. KRITZER (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 875-900.

otherwise be inaccessible.² When the researcher needs to go beyond the *law in books* to explore *law in action*, examining how the law operates in practice, how people react to it, and how it shapes daily life and social practices, these methods become essential.³ In such cases, empirical research offers invaluable tools that not only deepen understanding of the law's real-world impact and the experiences of those it affects but can also guide the drafting of more effective, responsive legislation.⁴

2. In today's world, our societies face major challenges, e.g., sustainability, climate change, which influence legal research and scholars, forcing them to think about the role of the law in addressing these issues.⁵ We can call these issues 'wicked', complex, interconnected, and difficult to define or solve.⁶ Such challenges demand an interdisciplinary approach, compelling legal scholars to exceed their traditional boundaries, collaborate across fields, and employ different methodologies. This was a significant driving factor for my PhD project.

3. In this connection, the negative impact of mobility on the environment and urban life, e.g., CO₂ emissions, pollution, noise, accidents, and reduced public space⁷ constitute a 'wicked' issue that demands swift policy responses. In addressing these, various policy initiatives have been introduced, including, enhancing public transport, encouraging active mobility via biking and walking, and implementing data-driven smart traffic management strategies.⁸ This evolving landscape has prompted technological and business model innovations,

² See, A. AMADO and A. DESPRAIRIES, *Le tournant des méthodes empiriques en droit ?*, Paris, LGDJ, 2025.

³ See, G. VAN SCHAAIK, 'Praktijkgericht juridisch onderzoek' (2011) 1(1) *Law and Method*, pp. 85-107.

⁴ See, M. PARTINGTON, 'Empirical Legal Research and Policy-making', in P. CANE and H.M. KRITZER (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 1002-1024.

⁵ See, C. COGLIANESE and C. COURCY, 'Environmental Regulation', in P. CANE and H.M. KRITZER (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 449-468.

⁶ H.W.J. RITTEL and M.M. WEBBER, 'Dilemmas in a General Theory of Planning' (1973) 4(2) *Policy Sciences*, pp. 155-169.

⁷ T. HAAS and H. SANDER, 'Decarbonizing Transport in the European Union: Emission Performance Standards and the Perspectives for a European Green Deal' (2020) 12(20) *Sustainability*, Art. 8381; S. GÖSSLING, M. SCHRÖDER, P. SPÄTH and T. FREYTAG, 'Urban Space Distribution and Sustainable Transport' (2016) 36(5) *Transport Reviews*, pp. 659-679; OECD, *Road Safety Annual Report*, Paris, Organisation for Economic Co-operation and Development, 2017, available online: https://www.oecd.org/en/publications/road-safety-annual-report_23124571.html, last consulted on 13 January 2026.

⁸ See, for example, City of Antwerp, *Tendrapport mobiliteit in Antwerpen 2023*, 2023, <https://magazine.slimnaarantwerpen.be/mobiliteitstrends2022/start>, last consulted on 4 November 2024; European Commission, 'Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions — The New EU Urban Mobility Framework', Brussels, European Commission, 2021, COM(2021) 811 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021DC0811>, last consulted on 13 January 2026.

leading to ‘smart’ platform-based shared mobility solutions that allow users to access diverse fleets of shared vehicles or ride-hailing services through online platforms and apps. While these alternatives are praised by many cities,⁹ they present significant legal challenges and uncertainties across different fields of law. This has resulted in a growing body of legal literature and research.¹⁰

4. My PhD project is situated within this line of research, examining how regulation can enhance the contribution of these mobility solutions to sustainable and inclusive mobility systems. Given the nature of the topic and research objectives, which involve utilising law as an instrument to navigate and guide specific technologies and businesses toward a sustainable future, my research necessitated an interdisciplinary understanding of the interplay between diverse social, business, innovation, policy, and technological practices. Such an understanding would be difficult to achieve without an empirical approach and interdisciplinary insights.

5. A common challenge for PhD researchers is refining and narrowing the scope of their projects to ensure their feasibility. This challenge was evident in my PhD project, which initially focused on regulating smart shared mobility services with a focus on promoting diverse policy goals, including environmental sustainability, traffic safety, accessible urban mobility, and data protection issues. However, feedback from conferences and discussions with my supervisors, experts, and reviewers triggered me to reconsider the breadth of my research, revealing it to be too expansive for a thorough investigation.

6. To narrow the scope of my research project, a comprehensive literature review was carried out to identify and prioritise topics that were under-researched. This literature review went beyond the growing legal literature on these shared mobility services¹¹ and included literature from related disciplines, such as

⁹ See, for example, City of Antwerp, *Shared Mobility*, available online: <https://www.slimnaarantwerpen.be/en/shared-mobility>, last consulted on 2 January 2025.

¹⁰ See, for example, Z. AYATA and I. ÖNAY (eds.), *Global Perspectives on Legal Challenges Posed by Ridesharing Companies: A Case Study of Uber*, Singapore, Springer Singapore, 2021; C. KOOPMAN, M.D. MITCHELL and A.D. THIERER, ‘The Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change’ (2015) 8(2) *Journal of Business, Entrepreneurship & Law*, pp. 529-545; P. W. MARTIN, ‘U.S. Micromobility Law (Major Road Work Ahead)’, *Cornell Law Faculty Working Papers*, no. 128, 2022; C. MELLER-HANNICH, ‘Share Economy and Consumer Protection’, in R. SCHULZE and D. STAUDENMAYER (eds.), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 119-132; M.E. MORAN, B. LAA and G. EMBERGER, ‘Six Scooter Operators, Six Maps: Spatial Coverage and Regulation of Micromobility in Vienna, Austria’ (2020) 8(2) *Case Studies on Transport Policy*, pp. 658-671; M.M. SOKOLOWSKI, ‘Laws and Policies on Electric Scooters in the European Union: A Ride to the Micromobility Directive?’ (2020) 29(4) *European Energy and Environmental Law Review*, pp. 127-140; M. FINCK, M. LAMPING, V. MOSCON and H. RICHTER (eds.), *Smart Urban Mobility: Law, Regulation, and Policy*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2020.

¹¹ M. FINCK, M. LAMPING, V. MOSCON and H. RICHTER (eds.), *Smart Urban Mobility: Law, Regulation, and Policy*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2020; J. DE VOGEL, *The Transition from Mobility Ownership to Mobility Usership: Is EU Consumer Law Pushing the Brakes? A Comparative Legal Study*, Den Haag, Boom Uitgevers, 2024.

philosophy of technology and innovation,¹² transport studies,¹³ sustainability transitions literature¹⁴ due to the interdisciplinary nature of the subject. Particularly, the literature on sustainability transitions was a key focus of my research, as it provides insights into how technological transitions occur (e.g. the transition from traditional cars to alternative technologies) and offers guidance on leading these processes toward desired sustainable futures.¹⁵ Understanding the dynamics of such transitions offered me a valuable perspective to propose tailored regulatory interventions.

7. This review highlighted that while environmental, safety, and data protection issues regarding smart shared mobility have been widely discussed,¹⁶ *their accessibility for persons with reduced mobility* has received less attention.¹⁷ Moreover, I found evidence in the literature from other disciplines that the accessibility of these services is problematic for persons with reduced mobility.¹⁸ In my opinion, this topic deserves more attention from a legal perspective. Therefore, I refined my research to focus on the regulation of smart shared mobility services, specifically considering the accessibility needs of these persons. I analysed this topic primarily

¹² See, for example: R.R. NELSON and S.G. WINTER, 'In Search of a Useful Theory of Innovation' (1977) 6 *Research Policy*, pp. 36-63.

¹³ H. LUO, R. CHAHINE, K. GKRTZA and H. CAI, 'What Motivates the Use of Shared Mobility Systems and Their Integration with Public Transit? Evidence from a Choice Experiment Study' (2023) 155 *Transportation Research Part C: Emerging Technologies*, p. 103803.

¹⁴ D. LOORBACH, N. FRANTZESKAKI and F. AVELINO, 'Sustainability Transitions Research: Transforming Science and Practice for Societal Change' (2017) 42 *Annual Review of Environment and Resources*, pp. 599-626; R. KEMP, F. GEELS and G. DUDLEY, 'Introduction: Sustainability Transitions in the Automobility Regime and the Need for a New Perspective', in F. GEELS, R. KEMP, G. DUDLEY and G. LYONS (eds.), *Automobility in Transition? A Socio-Technical Analysis of Sustainable Transport*, New York, Routledge, 2012, pp. 1-20.

¹⁵ D. LOORBACH, N. FRANTZESKAKI and F. AVELINO, 'Sustainability Transitions Research: Transforming Science and Practice for Societal Change' above n. 14, pp. 599-626.

¹⁶ B. ŞENGÜL and H. MOSTOFI, 'Impacts of E-Micromobility on the Sustainability of Urban Transportation—A Systematic Review' (2021) 11(3) *Applied Sciences*, Art. 5851; J. TARK, *Micromobility Products-Related Deaths, Injuries, and Hazard Patterns: 2017-2022*, Bethesda, MD, U.S. Consumer Product Safety Commission, 2023; C. GOANTA, 'Yes Means No(thing): Bridging Consent in Contract Law and Data Protection in the Context of Smart Mobility', in M. FINCK, M. LAMPING, V. MOSCON and H. RICHTER (eds.), *Smart Urban Mobility: Law, Regulation, and Policy*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2020, pp. 285-300; J. ANDREW, 'Challenges to Locational Privacy: The Transformation of Urban Mobility', in M. FINCK, M. LAMPING, V. MOSCON and H. RICHTER (eds.), *Smart Urban Mobility: Law, Regulation, and Policy*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2020, pp. 325-340.

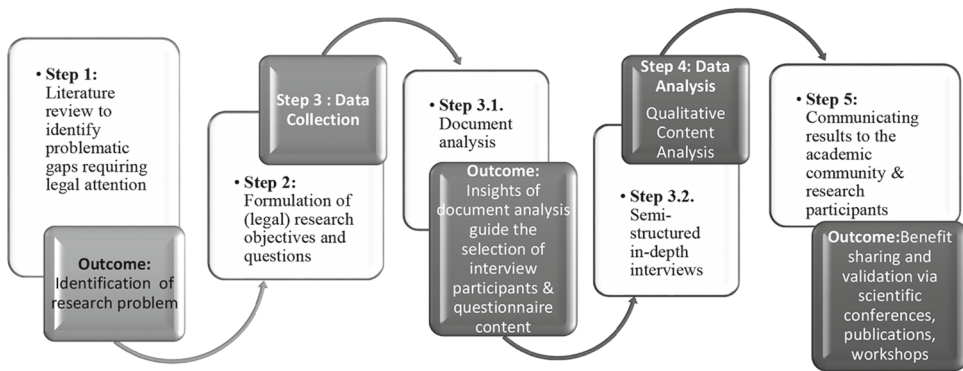
¹⁷ K. JOHNSTON, D. OAKLEY, A. DURHAM, C. BASS and S. KERSHNER, 'Regulating Micromobility: Examining Transportation Equity and Access' (2020) 4(1) *Journal of Comparative Urban Law and Policy*, pp. 685-723.

¹⁸ A.L. COCHRAN and D.G. CHATMAN, 'Use of App-Based Ridehailing Services and Conventional Taxicabs by Adults with Disabilities' (2021) 24 *Travel Behaviour and Society*, pp. 90-101; E.T. REMILLARD, M.L. CAMPBELL, L.M. KOON and W.A. ROGERS, 'Transportation Challenges for Persons Aging with Mobility Disability: Qualitative Insights and Policy Implications' (2022) 15 *Disability and Health Journal*, p. 101206; A. GORALZIK, A. KÖNIG, L. ALČIAUSKAITĖ and T. HATZAKIS, 'Shared Mobility Services: An Accessibility Assessment from the Perspective of People with Disabilities' (2022) 14(1) *European Transport Research Review*, Art. 21.

from a human rights perspective, employing the fundamental rights framework developed for persons with reduced mobility ¹⁹ to normatively assess the existing regulatory framework for these mobility systems.

8. Flanders was selected as the primary jurisdiction for this research due to its supportive policy framework and spatial planning context. The region has favourable policies for platform-based smart mobility, and its legal framework for regulating these platforms is still being developed. In terms of spatial planning, Flanders struggles with persistent urban sprawl, which negatively affects public transportation, particularly in rural areas. This leads to scattered communities with limited access to transport, making it difficult for people with reduced mobility to reach essential services, such as healthcare, and fully participate in society. Given these challenges, platform-based mobility solutions offer promising opportunities, making Flanders an interesting case for study. As this is a phenomenon that can also be observed in many other jurisdictions, Flanders’ experiences may also be relevant for those other jurisdictions.

9. The figure below illustrates the steps that I took in my research project. These steps are interconnected and allow for flexibility and adjustments based on the preliminary findings and results of each step. In my view, this flexibility is a strength of the research project because it allows more accurate and relevant conclusions while leaving space to adapt where necessary.



10. This paper provides a practical perspective on the challenges and added value of empirical legal research by drawing on the experiences of my PhD project to share insights with peers and others interested in empirical methods. In this way, the aim is to add to the legal literature on empirical legal research methodologies. Additionally, the paper, as part of my PhD project, will advance

¹⁹ See, for example, United Nations, *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, adopted 13 December 2006, UN Doc. A/RES/61/106.

the legal research of shared mobility solutions by exploring a relatively under-examined topic: the accessibility of smart mobility platforms, specifically in the Flemish context. Moreover, feedback from interviewees shows that the empirical part of my PhD project has contributed to awareness raising among regulators, service providers, and other relevant stakeholders about the accessibility of the services for persons with reduced mobility.

11. The next section examines the processes of identifying my research problems and objectives and formulating my research questions. The third section outlines the research design, while the fourth explains the phases of my data collection, which included document analysis and semi-structured interviews. The fifth section describes the methodology used for data analysis, namely, qualitative content analysis. The sixth section addresses the limitations and challenges encountered during the project along with the contingency plans implemented. Finally, the last section provides a concluding summary and highlights the added value of empirical methods.

I. RESEARCH PROBLEM, OBJECTIVES, QUESTIONS

12. Identifying the research problem and formulating legal research questions are the initial steps of the research process. During this phase, it is crucial to engage with existing literature to identify gaps and under-researched topics, enhancing the research's credibility and grounding it in the state-of-the-art.²⁰ Moreover, research problems should be adequately formulated. The literature identifies five key failures associated with poorly formulated problems. The first failure involves investigating ill-formulated or imprecisely defined problems. The second failure relates to problems that are based on faulty assumptions or errors. The third failure concerns problems that lack clarity, making them hard to explore or solve. The fourth failure refers to problems defined at an inappropriate level of abstraction, either too vague or too specific. Lastly, the fifth failure involves tautological problems, where the research question is redundant and provides little analytical insight.²¹

13. As noted, an extensive literature review on legal research on smart mobility solutions, along with a review of literature from relevant disciplines, such as sustainability transitions, led to the identification of an under-researched problem requiring legal attention: *the role of regulation in the accessibility of new 'smart' shared mobility services for persons with reduced mobility*.

²⁰ L. EPSTEIN and A.D. MARTIN, *An Introduction to Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 28.

²¹ F. LEEUW and H. SCHMEETS, *Empirical Legal Research: A Guidance Book for Lawyers, Legislators and Regulators*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 47-52.

14. Mobility access is essential for persons with reduced mobility to fully participate in society and exercise fundamental rights, e.g., the right to education, work, cultural rights, and lead an autonomous life.²² However, platform-based mobility presents unique accessibility challenges for them. For instance, the design of vehicles often fails to accommodate those with mobility impairments. Micromobility services, e.g., shared bikes and scooters, are typically built for those who are physically able, while car-sharing platforms may lack wheelchair-accessible vehicles. Further, drivers of platform-based ride-hailing services may require training to meet the specific needs of persons with reduced mobility, such as assisting with boarding, accommodating service animals, and offering respectful, sensitive service.²³ On top of this, digital platforms or apps can create accessibility barriers, especially for the visually impaired, digitally illiterate, and those with cognitive impairments.²⁴

15. The following research questions are formulated based on the described problem within the context of my PhD project:

- 1) To what extent are the accessibility needs of persons with reduced mobility reflected in the regulatory framework in Flanders governing platform-based mobility solutions (*descriptive and explorative question*)?
- 2) What are the perspectives, experiences, and expectations of key stakeholders regarding incorporating accessibility measures into the regulatory framework in Flanders (*explorative question*)?
- 3) How should the regulatory framework in Flanders be designed/adapted in order to increase the accessibility of platform-based mobility solutions for persons with reduced mobility, evaluated through the lenses of human rights law (*normative question*)?

16. The first question aims to *map and explore* the regulatory framework for platform-based mobility in Flanders, *identifying* the extent to which the accessibility needs of persons with reduced mobility are reflected and the gaps in this respect. The second question delves into the experiences, needs, and priorities of key stakeholders, offering a deeper understanding of their perspectives on accessibility measures within the regulatory framework. These stakeholders are defined and identified carefully, as explained in the fourth chapter on data collection. The final question builds on the first two research questions to propose changes to

²² D. BANISTER and A. BOWLING, 'Quality of Life for the Elderly: The Transport Dimension' (2004) 11 *Transport Policy*, pp. 115-123; D. BLAIS, *Better Living Through Mobility: The Relationship Between Access to Transportation, Well-Being and Type of Disability*, Master's thesis, McGill University, Montreal, 2013.

²³ M. LAROSA and S. BUCALO, *Inclusive Shared Mobility: Enabling Service for Older Adults and People with Disabilities*, Shared Mobility and Older Adults Research Report, National Aging and Disability Transportation Center and Shared-Use Mobility Center, 2020.

²⁴ S. RANCHORDÁS, 'Smart Mobility, Transport Poverty and the Legal Framework of Inclusive Mobility', in M. FINCK, M. LAMPING, V. MOSCON and H. RICHTER (eds.), *Smart Urban Mobility: Law, Regulation, and Policy*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2020, pp. 61-80.

the existing regulatory framework using the fundamental rights framework as an evaluative tool. This research question is *normative* in the sense that it evaluates the existing regulatory framework based on the normative standards set in human rights law, and eventually, proposes adaptations to the existing legal framework.

II. RESEARCH DESIGN

17. The PhD project employs a comparative design²⁵ by analysing the regulatory context governing platform-based mobility in Flanders. It focuses on how various municipalities tackle accessibility challenges within their regulatory frameworks, identifying similarities and differences in their regulatory approaches.

18. As such, the research did not start from a predefined sociological theory or paradigm. Instead, it adopts a problem-driven empirical legal research approach, in which methodological choices are guided by the nature of the research questions and the type of knowledge required to address them. The aim of the empirical component is not to test sociological hypotheses, but to generate contextualised insights into how law operates in practice.

19. In epistemological terms, the study seeks to understand law as it functions in real-world settings by examining how legal norms are interpreted, applied, and experienced by relevant actors. This perspective aligns with a law-in-action approach commonly used in empirical legal research, which complements doctrinal analysis by focusing on practices, experiences, and institutional dynamics. On this basis, qualitative methods were selected. Semi-structured in-depth interviews are particularly suited to exploratory research that aims to capture actors' perspectives, reasoning processes, and experiences. Quantitative methods, while valuable for measuring prevalence or outcomes, would not have allowed for a comparable understanding of how accessibility considerations are negotiated and operationalised within regulatory and governance processes.

20. In this project, normative legal analysis and empirical research are closely connected but serve distinct functions. Human rights law provides the normative framework against which the regulatory framework for platform-based mobility is evaluated, particularly with regard to accessibility obligations. The empirical research does not aim to test compliance or to measure implementation gaps in a quantitative sense. Rather, it serves to contextualise and inform the normative analysis by examining how accessibility-related legal norms are interpreted, prioritised, and operationalised in practice by relevant actors. The empirical findings are used to identify structural, institutional, and practical factors that shape the

²⁵ F. LEEUW and H. SCHMEETS, *Empirical Legal Research*, above n. 21, pp. 114-118.

realisation of accessibility requirements, thereby grounding the normative legal assessment in an understanding of law in action and strengthening the plausibility and relevance of the resulting regulatory proposals.

21. The research design involves clarifying the project by defining abstract concepts in clear terms so that they can be observed and studied.²⁶ How a researcher defines and operationalises concepts is critical, as it shapes the entire research process, including which data to collect, how to measure it, and the methods of analysis. The chosen concepts should be carefully justified to ensure that they are aligned with the research objectives.

22. In light of the aforementioned research questions, the following concepts should be clarified: 1) persons with reduced mobility, 2) platform-based mobility, 3) the regulatory framework governing platform-based mobility in Flanders, and 4) the accessibility needs of persons with reduced mobility.

- 1) **Persons with reduced mobility:** The research adopts a human rights perspective, evaluating the existing regulatory framework for platform-based mobility in relation to the rights of persons with reduced mobility in accessing transportation. Drawing inspiration from the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities²⁷ and the EU passenger rights framework²⁸, persons with reduced mobility are defined as: ‘any person whose mobility is reduced due to a permanent physical or cognitive disability or/and advanced age, particularly persons with disabilities and older adults’. These legal instruments provide a valuable source for articulating the concept of persons with reduced mobility within the PhD project due to the UN Convention’s establishment of measures for accessibility, alongside the European passenger rights framework’s practical implementation of these measures across air, rail, water, and bus travel.
- 2) **Platform-based mobility solutions:** These refer to mobility services allowing users to locate, unlock, and access shared vehicles, as well as book various mobility services, through the Internet, smartphones,

²⁶ L. EPSTEIN and A.D. MARTIN, *An Introduction to Empirical Legal Research*, above n. 20, pp. 9-10.

²⁷ United Nations, *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, above n. 19, Art. 1.

²⁸ Regulation (EC) No 1107/2006 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 concerning the rights of disabled persons and persons with reduced mobility when travelling by air, [2006] OJ L 204/1, Art. 2(a); Regulation (EU) No 1177/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 concerning the rights of passengers when travelling by sea and inland waterway and amending Regulation (EC) No 2006/2004, [2010] OJ L 334/1, Art. 3(a); Regulation (EU) No 181/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 concerning the rights of passengers in bus and coach transport and amending Regulation (EC) No 2006/2004, [2011] OJ L 55/ 1, Art. 3(j); Regulation (EU) 2021/782 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2021 on rail passengers’ rights and obligations (recast), [2011] OJ L 172/1, Art. 3(21).

apps, and digital platforms.²⁹ The research focuses on three types of platform-based mobility: shared micromobility, e.g., shared bikes, steps, scooters, car-sharing, and ride-hailing services. Without delving into complex definitions, the key characteristics of these services could be characterised as follows: *Micromobility* encompasses light-weighted shared vehicles; e.g., bikes and scooters, that can either be docked or left free-floating in public spaces.³⁰ *Car-sharing* provides access to shared cars, typically through subscription models, with options for both one-way and round-trip usage.³¹ *Ride-hailing* services function like taxis, enabling users to book rides via online platforms offered by Transport Network Companies [TNCs] such as Uber and Lyft.³²

- 3) ***The regulatory framework governing platform-based mobility in Flanders:*** All regulatory instruments, including statutory laws, subordinate legislation, permits and licenses, and contractual tools, e.g., procurement contracts, adopted in Flanders to regulate the behaviours of companies, namely the service providers of platform-based mobility solutions, particularly, micromobility, carsharing, and ride-hailing providers. In this conceptualisation, it is essential to emphasise that behaviours of service providers can be regulated not only through legal obligations but also through contractual agreements. Therefore, the definition encompasses both types of regulatory instruments.
- 4) ***Accessibility needs of persons with reduced mobility:*** Clearly defined and justified indicators, as identified both in the literature on mobility accessibility and human rights instruments, that could play a role in making platform-based mobility solutions more accessible for persons with reduced mobility, such as the location of the vehicles, design of the vehicles, alternative non-digital access methods. These indicators are highly relevant during the data analysis process, particularly in the creation of the coding scheme.

23. Thus, through the operationalisation of the aforementioned concepts, I could identify which data needed to be collected and the methods for collecting and

²⁹ R. DEIGHTON-SMITH, 'Regulating App-Based Mobility Services', *OECD Going Digital Toolkit Notes*, n° 4, OECD Publishing, Paris, 2021.

³⁰ S. SHAHEEN and A. COHEN, 'Shared Micromobility: Policy and Practices in the United States', in A. ALBINSSON and Y. PERERA (eds.), *A Modern Guide to the Urban Sharing Economy*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 166-180.

³¹ S. SHAHEEN, N. CHAN, A. BANSAL and A. COHEN, *Shared Mobility: A Sustainability and Technologies Workshop: Definitions, Industry Developments, and Early Understanding*, Transportation Sustainability Research Center, University of California, Berkeley, 2015.

³² Ibid.

analysing this data. The concepts were also used to inform research participants. This clarity and the consistent use of the concepts enhanced the project's focus and ensured that the research objectives could effectively be met.

III. DATA COLLECTION

24. Data collection begins once the research questions are formulated. The first two questions require an empirical approach, involving the collection of data on the regulatory framework for platform-based mobility in Flanders and perspectives from key stakeholders. The third question, however, necessitates doctrinal legal research. The main challenge in data collection was time constraints, which are outlined below along with strategies to address them.

25. In qualitative research, data is typically collected using three primary methods, either individually or in combination: direct observation, in-depth interviews, and document analysis.³³ *Document analysis* and *semi-structured in-depth interviews* were employed to collect the data within the PhD project.

A. Document Analysis

26. The first research question requires an examination of various regulatory instruments employed in Flanders that shape the regulatory framework for platform-based mobility, including micromobility, car-sharing, and ride-hailing platforms. This regulatory framework is developed at different levels. While ride-hailing is regulated at the level of the Flemish region, car-sharing and micromobility are regulated at the municipal level. At the time of data collection, there were 300 municipalities in Flanders. The challenge involved determining whether to examine all municipalities or select a representative sample. After careful consideration of the feasibility and the research objectives, the decision was made to address all of Flanders rather than opting for a sample. The objective was to *map* the entire regulatory landscape of Flanders. Based on the literature, we expected that different municipalities would use a diverse range of instruments. It was essential to capture that expected diversity and to understand and compare the different practices, ensuring that no significant variations or nuances were overlooked.

27. Collecting the regulatory instruments from 300 municipalities presented a challenge, necessitating the development of a systematic approach to maximize data collection within the time constraints. Drawing on the prior experiences

³³ L. WEBLEY, 'Qualitative Approaches to Empirical Legal Research', in P. CANE and H.M. KRITZER (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 928.

of Stéphanie De Somer,³⁴ an expert in administrative law at the University of Antwerp, the freedom of information legislation (Article II.31 of the Bestuursdecreet of 7 December 2018) was utilised. The decree enables citizens to formally request copies of various administrative documents, facilitating access to the necessary data. This method ensured efficient and structured data collection, as the law requires public authorities to respond within a set timeframe.

28. A formal request was sent to 300 Flemish municipalities online, asking them to provide any regulations or contractual documents related to platform-based mobility solutions. 287 municipalities responded to my request while 13 have never returned. The content of the responses varied: some municipalities stated they had no regulations or contracts in place, while others shared the relevant documents. Some municipalities gave partial access, while only a few municipalities refused to provide certain contracts involving private service providers.

29. While the law offers an appeal process for cases where documents are not shared, after consulting my supervisors, I decided not to pursue appeals. This decision was based on the large number of municipalities that did respond and the wide diversity in the type of municipalities that had responded in terms of the number of inhabitants and geographical coverage of Flanders. Moreover, the number of municipalities that did not respond at all was negligible, and appeals procedures would potentially be very time-consuming, which might affect the feasibility of the research project. Finally, appeal procedures might have had a negative impact on the general interest of and support for municipalities in the research project.

30. Collecting and organising these documents proved to be challenging, as the responses were often incomplete or late, and multiple follow-up requests and reminders were necessary to obtain the full information. Yet, this approach offered significant benefits and provided a rich dataset. If such transparency procedures exist in a jurisdiction, researchers can consider utilising such opportunities if this fits with their research objectives even though such procedures may traditionally have been designed for the general public. These decisions should take into account factors such as the availability of the data through other sources, the required data volume, time constraints, and data collection methods.

B. Semi-Structured In-Depth Interviews

31. The second research question investigates the challenges, perspectives, and preferences of key stakeholders regarding the integration of accessibility measures

³⁴ S. DE SOMER, 'The Place of Beauty in the Law on the Built Environment: A Flemish Perspective', in N. DE RAEDT and M. DELBEKE (eds.), *Beauty in Architecture: Perspectives from Theory and Practice*, London, Bloomsbury, 2025, pp. 191-203.

into the regulatory framework. Semi-structured in-depth interviews³⁵ were chosen for qualitative data collection because they provide a structured framework while allowing flexibility to explore additional issues during the interviews and the phase of the research. The semi-structured questionnaire, featuring open-ended questions, enables the researcher to capture diverse views and experiences while keeping the conversation focused on key topics.

32. Researchers should decide whom to interview and how many participants are needed to deliver reliable findings. Thus, the researcher needs to conduct enough interviews or review enough examples to capture a broad range of perspectives and experiences, allowing for a report that reflects the complexities of those experiences rather than a limited perspective.³⁶

33. Various sampling techniques can be used in qualitative research. Some researchers employ *representative or random sampling*, common in quantitative studies, while others use *stratified sampling* to ensure specific categories of people or documents are included. *Snowball sampling*, starting with a small group and expanding through referrals, is another option. Alternatively, researchers may focus on key individuals or events likely to provide rich data.³⁷ This approach is referred to as ‘purposeful sampling’. Accordingly, qualitative researchers typically do not aim for statistical representation since their focus is on in-depth understanding rather than generalisable findings for an entire population. These studies seek to uncover meaning, even though this meaning is often related to individual experiences or perceptions. In-depth research allows the researcher to explore how participants perceive the world and engage with one another. A well-designed study generally produces findings that encompass a wide range of experiences rather than focusing on just a few individuals or situations. The findings will be considered representative in the sense of reflecting the diversity and variation of a phenomenon, but not in a way that allows for estimating the distribution of the phenomenon across the entire population. If the study is properly designed and executed, the findings should be valid and reliable, but that does not imply they will be generalizable. Unlike quantitative research, qualitative results typically do not provide a measure of how often something occurs.³⁸

34. In my research, I used ‘purposeful sampling’ to capture a wide range of perspectives and experiences. The initial document analysis helped identify potential interview participants as it provided valuable insights into the roles and influence

³⁵ See, A. MORRIS, *A Practical Introduction to In-Depth Interviewing*, London, SAGE Publications Ltd, 2015.

³⁶ L. WEBLEY, ‘Qualitative Approaches to Empirical Legal Research’, above n. 33, p. 933.

³⁷ *Ibid.*, p. 934.

³⁸ M.Q. PATTON, *Qualitative Research & Evaluation Methods*, 3rd ed., Thousand Oaks, CA, SAGE Publications, 2002, p. 45.

of stakeholders in Flanders. Participants were defined as those who either could influence or be affected by the accessibility measures introduced under the regulatory framework for platform-based mobility solutions in Flanders. I identified three key groups: public authorities playing a role in shaping the mobility law and policy in Flanders, organisations representing the interest of persons with reduced mobility, and service providers of platform mobility. For each group, the object was to ensure a broad spectrum of experiences and viewpoints were represented.

35. Public servants from public authorities playing a role in shaping mobility law and policy were selected based on several factors. A multilevel perspective was adopted to capture diverse experiences and multilevel dynamics, involving officials from municipalities, inter-municipal partnerships, transport regions, and the Flemish region. The participants had relevant expertise in the areas of mobility policy, shared mobility solutions, accessibility, transport poverty, equality, sustainable mobility, and spatial planning. The initial document analysis was an important factor in identifying these organisations, as it identified relevant actors involved in drafting various instruments in the regulatory framework. For instance, inter-municipal partnerships were included among the participants because the document analysis revealed their active role in tendering on behalf of small municipalities in Flanders. Moreover, the initial document analysis highlighted diverse regulatory approaches and good practices, guiding the selection of municipalities that could provide valuable and insightful perspectives. Additionally, a mix of small, medium, and large municipalities was targeted to ensure a wide range of experiences.

36. Participants from the interest organisations of persons with reduced mobility were selected through desk research. These organisations included NGOs advocating for the rights of people with disabilities and older adults. Focus was given to ensuring diversity in the types of disabilities represented and whether the organizations address accessibility issues related to mobility. Additionally, human rights and equality bodies at both the Flemish and federal levels were included to broaden the range of perspectives and capture the human rights dimension of the issue at hand, as these institutions often have firsthand experience with the challenges faced by persons with reduced mobility.

37. The selection of platform-based mobility providers in Flanders was guided by insights from the document analysis, which identified the most active providers in the region. To capture diverse perspectives from different business models and align with the focus of the PhD project, the selection included a range of providers, ensuring representation across three types: micromobility, commercial car-sharing, and ride-hailing platforms.

38. A written questionnaire consisting of three parts with open-ended questions was used. The first part assessed participants' knowledge and awareness of key

concepts from the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, including universal design and discrimination. The second part allowed participants to share experiences and challenges regarding platform-based mobility, including accessibility, digital exclusion, and operational, business-related, and regulatory difficulties in implementing accessibility measures. The third part asked about participants' expectations, opinions, and preferences regarding future legal and policy developments on accessibility of platform mobility. The questions were tailored to each participant's role and expertise while maintaining a consistent approach to ensure comparability across stakeholder groups. For example, for public officials, questions focused on regulatory frameworks and public policy implications of universal design, while service provider representatives were asked to address the implementation challenges and market dynamics. Similarly, questions for interest organizations aimed to capture advocacy perspectives and the needs of persons with reduced mobility. This approach allowed for meaningful responses while ensuring the data could be compared across participants' diverse backgrounds.

39. To facilitate participation, potential participants were contacted via their publicly available professional email addresses, some of whom were identified in the initial document analysis. An invitation letter, co-signed by my supervisors, was provided to confirm the professional and academic nature of the research project. The letter briefly outlined the research topic and objectives and was sent as an attachment to a short and carefully drafted email. In this way, the aim was to enhance the likelihood that the email and the more detailed explanation letter would be read by the relevant person within the organisation concerned. To ensure comfort, interviews were conducted online or in person, with the option to communicate in English or Dutch. A Dutch-speaking research assistant was hired to conduct some of the interviews, but I was present during each interview to ensure consistency, show commitment, and provide additional support. With informed written consent, interviews were recorded for transcription, averaging about one hour.

40. A total of 34 participants were involved in 28 interviews, with 16 conducted online and 12 in person. Of these, 12 interviews were conducted in Dutch and 16 in English. The interviews were distributed across three categories: 12 interviews with representatives from interest organisations of persons with reduced mobility, 10 with public authorities including officials from inter-municipal partnerships, municipalities, transport regions, and the Flemish region, and 6 with service providers of platform-based mobility.

41. Finally, an important aspect of the research was the ethical clearance application and data management plan. At my university, the PhD supervisors are responsible for submitting the ethical clearance application, ideally in close

collaboration with the PhD researcher. While often seen as administrative tasks, these processes are crucial for ensuring research quality and integrity. Therefore, junior researchers are stimulated to learn about the process and to prepare and draft the documents concerned. The ethical clearance required careful consideration of participant selection, identification of sensitive topics, and the establishment of protocols to protect the privacy and rights of participants. Similarly, the data management plan ensured a strategic approach to collecting, processing, and securing data, safeguarding participants' personal information while optimising data utility. In this way, these processes contribute significantly to the rigour and ethical standards of the research project.

V. DATA ANALYSIS

42. *Qualitative content analysis*³⁹ is being used to analyse the collected data in the document analysis and the interviews. This method transforms raw data into categories or themes through careful inference and interpretation. It relies on inductive reasoning, allowing themes to emerge from the data as the researcher examines and compares it. It can also incorporate deductive reasoning using concepts from existing theories or previous studies.⁴⁰

43. The process of qualitative content analysis involves the following steps: 1) preparing the data, 2) defining the unit of analysis or coding unit, 3) developing a coding scheme, 4) testing the coding scheme on a sample of text, 5) coding the entire dataset, 6) assessing the consistency of the coding, 7) drawing conclusions from the data, and 8) reporting both the methods and findings⁴¹.

44. At this stage of my research, I am about to conclude the coding of collected documents⁴² for the first research question. In parallel, I have completed the interviews and am currently transcribing them as part of the initial data preparation for analysis.

45. A coding scheme was developed to analyse the regulatory framework governing platform-based mobility solutions in Flanders, applying both

³⁹ See, M.W. BAUER, 'Classical Content Analysis: A Review', in M.W. BAUER and G. GASKELL (eds.), *Qualitative Researching with Text, Image and Sound*, edited by London, SAGE Publications Ltd, 2000, pp. 131-151.

⁴⁰ Y. ZHANG and B.M. WILDEMUTH, 'Qualitative Analysis of Content', in *Applications of Social Research Methods to Questions in Information and Library Science*, 2nd ed., Santa Barbara, CA, Libraries Unlimited, 2017, p. 319.

⁴¹ Ibid., pp. 320-323.

⁴² See M. BARALT, 'Coding Qualitative Data', in A. MACKEY and S. GASS (eds.), *Research Methods in Second Language Acquisition*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2011, pp. 222-244; V. ELLIOTT, 'Thinking about the Coding Process in Qualitative Data Analysis' (2018) 23(11) *The Qualitative Report*, pp. 2850-2861.

inductive and deductive approaches. Some codes were predefined based on existing literature, while others emerged organically through engagement with the data.

46. For example, the document review revealed that regulatory bodies often stated their rationale for drafting contracts and regulations, citing reasons such as environmental concerns, safety, innovation policies, and urban planning strategies. This led to the creation of a top-level code, 'Motivations' under which data were categorised by specific motivations. These were further coded under sub-level codes, such as 'environmental policy' and 'innovation policy'. To capture unforeseen themes and allow for the emergence of additional specific codes another sub-level code called 'other motivations' was developed.

47. The inductive coding process was supplemented by a deductive approach to create additional codes. For example, the top-level code 'accessibility needs of persons with reduced mobility' was created to categorise regulatory attention to these needs. Grounded in the existing literature and aligned with the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, this code included sub-codes such as 'digital accessibility', 'vehicle design', and 'affordability', while also allowing new sub-codes to emerge from the data, introducing a sub-code 'other measures'. The final top-level code, 'regulatory tools of addressing accessibility', categorised various regulatory approaches, bridging both methodologies. Some sub-codes, such as 'unilaterally imposed normative provisions', were anticipated, while others, like 'financial incentives', emerged during analysis. This integration of methodologies ensured that the coding scheme was responsive to the complexities of the regulatory landscape.

48. As a first phase, I applied the coding schemes to a sample of ten documents, allowing me to assess their utility. As I worked through different samples of ten documents, I refined and updated the codes to better capture the nuances of the data in close collaboration with my supervisors. It was important to develop and test my ideas to safeguard the quality of the coding scheme, as I did not have any prior experience with empirical legal research methods.

49. The coding framework facilitated a systematic analysis of the data collected and consistency throughout the research project. Due to the substantial volume of data collected, I employed NVivo software to facilitate the systematic analysis.⁴³

⁴³ See, D. MORTELMANS, 'Analyzing Qualitative Data Using NVivo', in H. VAN DEN BULCK, M. PUPPIS, K. DONDERS and L. VAN AUDENHOVE (eds.), *The Palgrave Handbook of Methods for Media Policy Research*, Cham, Springer International Publishing, 2019, pp. 435-450; C. MAHER, M. HADFIELD, M. HUTCHINGS and A. DE EYTO, 'Ensuring Rigor in Qualitative Data Analysis: A Design Research Approach to Coding Combining NVivo With Traditional Material Methods' (2018) 17(1) *International Journal of Qualitative Methods*, pp. 1-13.

To improve my skills with NVivo, I completed training sessions, online courses, and workshops. NVivo, like other software, offers many functions, but not all are necessary for every project. It is important to select relevant features based on specific research needs and use the software creatively.

VI. LIMITATIONS, CHALLENGES, AND CONTINGENCY PLANS

50. A discussion of the limitations and challenges encountered during the research process is essential, accompanied by concrete examples and contingency strategies. In this context, several practical and methodological hurdles emerged throughout the PhD research.

51. One significant limitation involved constraints on time and resources, which impacted the research design, including the scope of the research topic, the time allocated for data collection and analysis, and the volume of data to be collected. As noted, initially, the scope of the project was broader. Ultimately, the focus was narrowed to a more specific and under-researched theme: *the accessibility of platform-based mobility for persons with reduced mobility and the role of regulation*. Further, the constraints in time also played a role in deciding how to collect data from Flemish municipalities, leading me to employ the freedom of information legislation strategically.

52. Interdisciplinary barriers posed challenges. Many law schools tend to focus on doctrinal legal research methodologies, and I did not have experience with empirical methods before starting my PhD project. To address these challenges, I participated in several training and methodology courses from various disciplines combined with self-directed learning through interdisciplinary literature. Moreover, I presented my research at several interdisciplinary conferences, enabling the collection of valuable feedback from academics across different fields on the research methodology.

53. The rapidly evolving nature of the research topic further complicated the process. In fields such as law and technology, swift developments can render research quickly outdated. To address this challenge, the PhD project will result in a collection of publications rather than a traditional monograph. At my university, PhD researchers in law have been allowed to choose between these two types of PhD outputs. However, before starting a PhD project based on a collection of publications, the researcher must submit a proposal outlining and justifying the objective and research methodology for each publication to ensure the consistency, coherence, and quality of the PhD project. The decision to pursue a PhD as a collection of publications allowed my research to respond to new developments and enhance its relevance and potential impact.

54. Methodological limitations were inherent in the qualitative research methods used. As explained, the representativeness of qualitative data, especially from interviews, requires careful consideration and transparency. Moreover, in-depth interviews, while valuable for generating rich qualitative data, come with certain limitations. Participants may unintentionally misrepresent their views due to factors such as faulty memory or a desire to conform to perceived expectations.⁴⁴ To address this, interview questions were formulated in a neutral and non-leading manner, ensuring the accuracy of responses.

55. Lastly, sharing the research findings with the participants, specifically the Flemish municipalities and interviewees, is crucial to ensure they benefit from the study's outcomes. The results will be communicated through an interactive workshop, allowing the participants to engage directly with the findings and contribute to the broader discourse. Additionally, the findings will be disseminated through publications reporting the project's results.

CONCLUSION

56. In conclusion, this paper has reflected on my experiences with empirical legal research methodology within my PhD to illustrate its challenges and added value. It is aimed to provide valuable insights for those interested in integrating empirical approaches within their legal research. The combination can enhance the richness of legal scholarship and contribute to a deeper understanding of complex legal issues.

57. However, the interdisciplinary nature of empirical legal research presents challenges for legal scholars, who may need to familiarise themselves with various methods outside their traditional training. Therefore, it is advised that researchers pursue additional training and actively participate in interdisciplinary conferences. Engaging with experts from different fields can foster collaboration, broaden perspectives, and enhance the quality of empirical legal research.

58. The advantages of empirical legal research are significant, as it offers insights that are often inaccessible through conventional doctrinal research methodology. By examining law in action, researchers can better understand how legal frameworks function within society and propose more effective changes. For example, the challenges and experiences shared by the interview participants enhanced my understanding of how the legal framework for platform-based mobility in Flanders functions in practice. These insights helped me identify bottlenecks and conflicting stakeholder interests, including commercial and public

⁴⁴ F. LEEUW and H. SCHMEETS, *Empirical Legal Research*, above n. 21, pp. 140-141.

interests, driving me to reconsider how to address these more effectively via regulatory tools. Additionally, empirical research can help raise awareness of issues that might be overlooked by stakeholders, such as the accessibility of new platform-based mobility solutions. In this way, empirical legal research not only contributes to legal scholarship but also has the potential to influence the discussions in practice, driving meaningful changes.

VIII. ACKNOWLEDGEMENT

The author's PhD project in law is funded by the University of Antwerp, Faculty of Law.



In the Age of Chaos: How Decolonial Approaches Can Help Reconstruct International Environmental Law

by Adriana MORENO CELY* **

and Elsa TSIOUMANI*

and Christine FRISON*

ABSTRACT

Our world is not just uncertain and complex; we are evolving into an age of chaos, with environmental collapse at its epicentre. By addressing environmental challenges in isolation rather than within their broader historical and socio-economic context, international environmental law has failed to respond effectively. In this contribution, we argue that mainstream research paradigms based on doctrinal approaches are insufficient. We provide a brief overview of the inadequacies of global environmental governance as shaped by a series of multilateral environmental agreements (MEAs), illustrated by our insights at the 2024 meeting of the Conference of the Parties (COP 16) to the Convention on Biological Diversity (CBD), with emphasis on outcomes related to Indigenous Peoples and local communities. Building on the legacy of Third World Approaches to International Law (TWAIL) and Indigenous approaches, we draw attention to lessons arising from decolonial theory articulated primarily by Latin American scholars. We argue that the persistence of doctrinal and positivist approaches in legal scholarship has failed to address the root causes of planetary challenges. We emphasise the importance of a paradigm shift grounded in decolonial research praxis that prioritises relationality and transdisciplinarity. Decolonial praxis can help unpack the historical inequities, power imbalances, and material continuities of colonial legacies that remain at the heart of global environmental governance, and challenge the structures and knowledge that underpin the governance architecture. A new research paradigm would be based on the recognition that international law is a historically contingent and deeply political field that has mainly served as a mechanism of domination, albeit paradoxically also as a site of resistance.

Le monde n'est pas seulement incertain et complexe ; il tend vers une ère de chaos, dans laquelle l'effondrement environnemental joue un rôle central.

* Liège University

** Vrije Universiteit Brussel

En abordant les défis environnementaux de manière isolée plutôt qu'en tenant compte de leur contexte historique et socio-économique plus large, le droit international de l'environnement ne répond pas efficacement à la crise écologique. Dans cette contribution, nous soutenons que les paradigmes de recherche traditionnels, fondés sur des approches doctrinales et positivistes, sont insuffisants pour faire face à ces enjeux. Nous proposons un aperçu des insuffisances de la gouvernance environnementale mondiale, façonnée par une série d'accords multilatéraux sur l'environnement (AME), et illustrons nos observations lors de la réunion de 2024 de la Conférence des Parties (COP 16) à la Convention sur la diversité biologique (CDB), en mettant l'accent sur les résultats concernant les peuples autochtones et les communautés locales. En nous appuyant sur l'héritage des approches du Tiers Monde en droit international (TWAIL) et des perspectives autochtones, nous attirons l'attention sur les leçons tirées de la théorie décoloniale, principalement développée par des chercheurs latino-américains. Nous affirmons que la persistance des approches doctrinales et positivistes en droit ne permet pas de traiter les causes profondes des défis planétaires. Nous soulignons l'importance d'un changement de paradigme ancré dans des pratiques de recherche décoloniales qui privilégient la relationalité et la transdisciplinarité. La praxis décoloniale peut aider à dénouer les inégalités historiques, les déséquilibres de pouvoir et les continuités matérielles héritées du colonialisme, qui demeurent au cœur de la gouvernance environnementale mondiale, tout en remettant en question les structures et les savoirs qui sous-tendent l'architecture de cette gouvernance. Un nouveau paradigme de recherche serait fondé sur la reconnaissance que le droit international est un domaine historiquement contingent et profondément politique, ayant principalement servi de mécanisme de domination, tout en étant, paradoxalement, un lieu de résistance.

Onze wereld is niet alleen onzeker en complex; we evolueren naar een tijdperk van chaos, met milieucollaps als epicentrum. Door milieuproblemen geïsoleerd aan te pakken in plaats van binnen hun bredere historische en sociaal-economische context, is het internationaal milieurecht er niet in geslaagd om effectief te reageren. In deze bijdrage stellen we dat gangbare onderzoeksparadigma's gebaseerd op doctrinaire benaderingen onvoldoende zijn. We geven een kort overzicht van de tekortkomingen van het mondiale milieubeheer, zoals vormgegeven door een reeks multilaterale milieuaffaires (MEA's), geïllustreerd door onze inzichten tijdens de bijeenkomst van 2024 van de Conferentie van de Partijen (COP 16) van het Verdrag inzake Biologische Diversiteit (CBD), met nadruk op resultaten gerelateerd aan inheemse volkeren en lokale gemeenschappen. Voortbouwend op de erfenis van Third World Approaches to International Law (TWAIL) en inheemse benaderingen, vestigen we de aandacht op lessen die voortvloeien uit dekoloniale theorie, voornamelijk gearticuleerd door Latijns-Amerikaanse geleerden.

We stellen dat de voortzetting van doctrinaire en positivistische benaderingen in de rechtswetenschap de onderliggende oorzaken van planetaire uitdagingen niet heeft aangepakt. Wij benadrukken het belang van een paradigmaverschuiving die geworteld is in decoloniale onderzoekspraktijken die relationaliteit en transdisciplinariteit prioriteren. Dekoloniale praktijk kan helpen om de historische ongelijkheden, machtsverhoudingen en materiële continuïteiten van koloniale erfenissen te ontrafelen, die nog steeds centraal staan in het mondiale milieubeheer, en de structuren en kennis die de governance-architectuur ondersteunen, uitdagen. Een nieuw onderzoeksparadigma zou gebaseerd zijn op de erkenning dat het internationaal recht een historisch contingente en diep politiek veld is dat vooral heeft gediend als mechanisme van dominantie, maar paradoxaal genoeg ook als een plek van verzet.

Keywords: Decolonial praxis; Indigenous approaches; international environmental law; global environmental governance; biodiversity; Convention on Biological Diversity

INTRODUCTION:

INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW IN THE AGE OF CHAOS

The COVID-19 pandemic has revealed that our world is not just uncertain and complex; it is evolving into an age of chaos.¹ To face this new era, Jamais Cascio proposed the BANI framework — *Brittle, Anxious, Nonlinear and Incomprehensible* — as a lens to help us articulate better ways to respond to this chaotic world. In the brittle world, when one system collapses, it can cause a global ripple effect. However, this ripple effect is simultaneously nonlinear, with disproportionate and seemingly disconnected cause-and-effect relationships that make this chaotic world incomprehensible.² This unpredictability leaves people anxious and helpless, trapped in a labyrinth without an exit.

Environmental collapse is at the epicentre of the age of chaos. Threats posed by climate change, biodiversity loss, pollution and waste demonstrate the tightly intertwined messiness we face. With links and massive impacts on human health, poverty, hunger, debt and rights, planetary challenges are shared but affect countries and people differently. The Global South suffers the most, although it has contributed the least to environmental degradation, and it hardly reaps the benefits of its own resources. While demand for natural and genetic resources grows and diversifies to satisfy the energy, food, and (bio)technological needs of mainly affluent populations in the Global North, biodiversity is being lost at

¹ J. CASCIO, 'Facing the Age of Chaos', *Medium*, 29 April 2020, available at <https://medium.com/@cascio/facing-the-age-of-chaos-b00687b1f51d> (Accessed 13 January 2025).

² Ibid.

unprecedented rates, marking the sixth mass extinction³ with potentially catastrophic consequences for all systems of life on Earth.

These observations are neither new nor politically radical: The Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services (IPBES) has underscored the interconnection among environmental, social and economic crises — such as biodiversity loss, water and food insecurity, health risks and climate change — as well as their cascading effect and unequal impact, disproportionately affecting some more than others.⁴ Evidence shows that biodiversity-rich countries are simultaneously among the poorest and the most affected by climate change. They contribute the least to carbon emissions and profit the least from their diversity.⁵ At the same time, economic inequalities expand and deteriorate both between and within countries,⁶ with research increasingly confirming a link between economic inequality and biodiversity loss.⁷

Addressing environmental challenges without considering their broader historical and socio-economic contexts has undermined the effectiveness of international environmental law.⁸ This essay contends that traditional doctrinal research paradigms are inadequate for tackling the complexities of a BANI world. By reviewing literature on Third World Approaches to International Law (TWAIL) and decolonial theories and reflecting on our own efforts to decolonise research practices, we highlight the shortcomings of global environmental governance, particularly through multilateral environmental agreements (MEAs). This is illustrated in this contribution through insights from our participatory observation at the 2024 Conference of the Parties (COP 16) to the Convention on Biological Diversity (CBD), with emphasis on outcomes

³ E. KOLBERT, *The sixth extinction: an unnatural history*, New York, Henry Holt and Company, 2014; E.S. BRONDIZIO et al. (eds.), 'Global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services', IPBES secretariat, 2019.

⁴ P.D. McELWEE et al. (eds.), 'Summary for Policymakers of the Thematic Assessment Report on the Interlinkages among Biodiversity, Water, Food and Health of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services', IPBES secretariat, 2024.

⁵ M. BELAY et al., 'Breaking the Cycle of Unsustainable Food Systems, Hunger, and Debt', *IPES-Food*, 2023, available at <https://ipes-food.org/report/breaking-the-cycle-of-unsustainable-food-systems-hunger-and-debt/> (Accessed 13 January 2025).

⁶ UN Department of Economic and Social Affairs, 'World Social Report 2020: Inequality in a rapidly changing world', available at: <https://www.un.org/development/desa/dspd/wp-content/uploads/sites/22/2020/01/World-Social-Report-2020-FullReport.pdf> (Accessed 13 January 2026); World Bank, '2023 in Nine Charts: A Growing Inequality', available at <https://www.worldbank.org/en/news/feature/2023/12/18/2023-in-nine-charts-a-growing-inequality> (Accessed 13 January 2026).

⁷ I. KUBISZEWSKI et al., 'The complex relationships between economic inequality and biodiversity: A scoping review' (2024) 11(1) *The Anthropocene Review*, pp. 49-66.

⁸ K. MICKELSON, 'South, North, International Environmental Law, and International Environmental Lawyers' (2000) 11(1) *Yearbook of International Environmental Law*, pp. 52-81.

related to Indigenous Peoples and local communities. Building on TWAIL and Indigenous perspectives, we draw attention to lessons arising from decolonial theory articulated primarily by Latin American scholars. We emphasise that persistent doctrinal and positivist approaches in legal scholarship have failed to address the root causes of planetary challenges. Instead, we advocate a paradigm shift rooted in decolonial research praxis that prioritises relationality and transdisciplinary collaborations. Such frameworks can help unpack historical inequities, power imbalances, and material continuities of colonial legacies embedded in global environmental governance, challenging existing structures and knowledge. A new paradigm would acknowledge that international law is a historically contingent and deeply political field that has mainly functioned as a tool of domination, albeit paradoxically also as a site of resistance. We thus present elements that can facilitate this paradigm shift, enabling researchers to adopt more relational, collaborative approaches grounded in reciprocity and respect.

Departing from decolonial theory as our locus of enunciation and writing as two international environmental lawyers and an interdisciplinary scholar with backgrounds in both environmental and social sciences, who share values regarding environmental and social justice, we seek to combine our readings, experiences and disciplinary traditions. Our goal is to address our blind spots, challenge biases and build the competencies needed to navigate chaos.⁹ As female researchers, two white and one woman of colour from the Global South, but all based in European universities, we acknowledge our privileges associated with being trained in Global North institutions, which limit our ability to understand and translate Indigenous onto-epistemologies. In our work, we strive to bridge Western and Indigenous knowledge systems, aiming to generate knowledge while acknowledging the complexities of this hybridity, particularly given the historically unequal relations between these ways of knowing and being.

I. THE INADEQUACIES OF MULTILATERAL ENVIRONMENTAL AGREEMENTS: THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY AS A CASE STUDY

A series of multilateral environmental agreements (MEAs) have been adopted as part of the international community's effort to address a multitude of challenges, from climate change, desertification and the depletion of the ozone layer to hazardous waste, chemical pollution, and biodiversity loss. A piecemeal

⁹ A. HORN, E. URIAS and M.B.M. ZWEEKHORST, 'Epistemic stability and epistemic adaptability: interdisciplinary knowledge integration competencies for complex sustainability issues' (2022) 17(5) *Sustainability Science*, pp. 1959-1976.

approach to treaty-making has resulted in an increasingly dense web of international treaties and soft-law instruments, accompanied by complex institutional mechanisms. As environmental challenges persist and intensify, their efficiency has been questioned. A recent study highlighted the lack of implementation of binding commitments in all areas of international law, with the exception of trade and finance.¹⁰

The 1992 UN Convention on Biological Diversity (CBD)¹¹ is currently the main treaty for global biodiversity governance, enjoying almost universal application — with the notable exception of the USA. The objectives of the CBD are the conservation and sustainable use of biodiversity, as well as the fair and equitable sharing of the benefits arising from the use of genetic resources.¹² Its implementation relies on national governments and is guided by decisions made by the Conference of the Parties (COP), which is the governing body composed of State Parties that meets every two years. Despite intense policy work at the intergovernmental level, including a long series of COP decisions and three legally binding protocols¹³ addressing the interface between biodiversity and biotechnology, implementation remains inadequate: biodiversity loss continues unabated. At the same time, ‘each wave of technological change brings inequality in new shapes’.¹⁴

While decision-making remains restricted to State Parties, the CBD processes are open to observers, favouring inclusive participation and arguably providing the most advanced framework for involving Indigenous Peoples and local communities with traditional lifestyles among the MEAs.¹⁵ With society’s interest in biodiversity growing in recent years, we have witnessed increased public participation in the CBD processes, mirroring trends observed under the UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC).¹⁶ For example, the 16th meeting of the COP, held in October 2024 in Cali, Colombia, was the biggest biodiversity

¹⁰ S.J. HOFFMAN et al., ‘International treaties have mostly failed to produce their intended effects’ (2022) 119(32) *Proceedings of the National Academy of Sciences*, p. e2122854119.

¹¹ Convention on Biological Diversity (CBD), Rio de Janeiro (Brazil), signed 5 June 1992, in force 29 December 1993, available at <https://www.cbd.int/convention/text> (Accessed 13 January 2026).

¹² CBD Art. 1.

¹³ Including the 2000 Cartagena Protocol on Biosafety, its 2010 Supplementary Protocol on liability and redress from damage arising from living modified organisms, and the 2010 Nagoya Protocol on access and benefit-sharing.

¹⁴ UN Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Catching technological waves: innovation with equity*, Technology and Innovation report 2021, p. xviii.

¹⁵ L. PARKS and E. TSIOUMANI, ‘Transforming biodiversity governance? Indigenous peoples’ contributions to the Convention on Biological Diversity’ (2023) 280 *Biological Conservation*, p. 109933.

¹⁶ Approx. 65,000 delegates attended UNFCCC COP 29 (November 2024, Baku, Azerbaijan), with 83,000 at COP 28 (December 2023, Dubai, United Arab Emirates). See Carbon Brief, ‘Analysis: Which countries have sent the most delegates to COP29?’, 12 November 2024, available at <https://www.carbonbrief.org/analysis-which-countries-have-sent-the-most-delegates-to-cop29/> (Accessed 13 January 2025).

COP meeting ever, with over 23,000 registered participants,¹⁷ including multiple non-state actors, such as representatives of Indigenous Peoples and local communities, international and local NGOs, philanthropic organisations, industry, and researchers from diverse disciplines. This participation demonstrates that biodiversity is an issue with multiple interests and values at stake, and a concern for multiple actors, who consider that the COP provides a space worthwhile attending to exert influence and advance their objectives.

At the same time, acknowledging the limitations of the process arising from UN procedures and dominant narratives, Indigenous Peoples and civil society organisations have been steering counter-hegemonic parallel events: the Global Meeting for Climate and Life, or ‘anti-COP’, was organised by activists in Oaxaca, Mexico, as an alternative to the UNFCCC COP 29 in Baku, Azerbaijan, with a focus on grassroots solutions and denouncing the exclusionary nature of the official COP meeting and the prioritization of fossil fuel interests. During CBD COP 16, the ‘COP DiverGente’ and the ‘Ecoovida2024’ took place in Cali to give voice to the people and movements promoting different economies while noting that official COP meetings seek to conceal and greenwash the commercialisation of nature and cultural and biological diversity against the sovereignty of peoples.

While the biodiversity-related knowledge of Indigenous Peoples and local communities is recognised in the CBD text,¹⁸ it is rarely considered as equal to Western scientific knowledge in the decision-making process.¹⁹ However, their continued activism has arguably contested Western biodiversity-related knowledge and policy and placed their insights firmly on the negotiating table. Accordingly, CBD COP 16 adopted a decision²⁰ to establish a permanent Subsidiary Body on Article 8(j), which is the Convention provision concerning Indigenous Peoples, local communities, and their biodiversity-related knowledge, innovations and practices. The newly established Subsidiary Body succeeds the Open-ended Working Group on Article 8(j), a temporary structure that has convened for more than 20 years to address related issues.

In the decision, the COP acknowledges once more the unique role of Indigenous Peoples and local communities, their innovations, practices, and traditional

¹⁷ E. TSIOUMANI et al., ‘Summary of the 2024 UN Biodiversity Conference’, *IISD Earth Negotiations Bulletin* vol. 9, n° 855, 4 November 2024, available at <https://enb.iisd.org/sites/default/files/2024-11/enb09855e.pdf> (Accessed 13 January 2025).

¹⁸ CBD Art. 8(j).

¹⁹ The Convention’s Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice (SBSTTA), aiming at providing scientific advice in the Western sense of the term, was established in 1994 in accordance with CBD Article 25.

²⁰ COP Decision 16/5, ‘Institutional arrangements for the full and effective participation of indigenous peoples and local communities in the work undertaken under the Convention on Biological Diversity’, UN Doc. CBD/COP/DEC/16/5, 1 November 2024.

knowledge, in the implementation of the Convention and its protocols. Their representatives and allies celebrated the outcome, with the International Indigenous Forum on Biodiversity (IIFB) declaring it an «unprecedented moment in the history of MEAs»²¹. Decades of efforts in international policy-making arenas to seek formal recognition of their cosmovisions have led to the creation of the Subsidiary Body, as an opportunity for their voices to be heard in these spaces.

Arguably, these openings can help address injustices faced by biodiversity stewards at the national and local levels and influence global biodiversity policies and international law.²² Nonetheless, they also bring challenges that demand moving beyond traditional scientific knowledge and developing a new relationship with nature. Technically complex processes with a lengthy history, such as the CBD, have the power to assimilate and alienate. In other words, it may be difficult for Indigenous Peoples to put forward solutions that remain true to their nature without falling into rhetoric or into business as usual. In addition, beyond the limitations inherent in international law-making, including government decision-making, power asymmetries touch upon questions of access to information, funding, legitimacy and language. In this light, the new subsidiary body offers promise, but no guarantee of more inclusive governance.

Furthermore, observer participation at CBD COP 16 revealed another central issue that warrants further exploration. We have noted a growing academic interest in biodiversity policy, with many researchers from various disciplines present during the event. Most of them, however, came from or were associated with universities in the Global North. Persistent financial inequalities are likely to continue shaping knowledge production, leaving Southern perspectives and knowledges marginalized and predominantly interpreted and mediated by Northern ones. This raises a crucial question: can we ensure that increased academic involvement does not reinforce existing privileges and expand inequalities?

II. MOVING BEYOND DOCTRINAL APPROACHES IN LEGAL SCHOLARSHIP AND BUILDING ON THE LEGACY OF TWAIL

International environmental law research has traditionally relied on doctrinal interpretations and remains anchored in positivist traditions. We argue that these methods obscure the historical and colonial roots of environmental governance, ignore the socio-economic inequalities embedded in international agreements, and

²¹ E. TSILOUMANI et al., above n. 17, p. 8.

²² I. HALL, 'Unmaking the Nature/Culture Divide: The ontological diplomacy of Indigenous Peoples and local communities at the CBD', in F. GIRARD, I. HALL and C. FRISON (eds.) *Biocultural Rights, Indigenous Peoples and Local Communities: Protecting culture and the environment*, London, Routledge, 2022, p. 112.

restrict knowledge production to Western legal epistemologies, thereby risking making scholarly outcomes both inefficient and unjust.

As a result of doctrinal methods, traditional international environmental law scholarship rarely analyses the colonial roots and impact of MEAs and fails to reflect the power imbalance in the creation and implementation of rights and obligations. By limiting the research material to legal texts, it excludes the voices of many actors involved in biodiversity stewardship and governance. In a sense, we argue that limiting the lawyer's research toolbox to a positivist and Eurocentric legal approach fails to enact the transformative power that the Law may have as a societal tool.

International law scholarship was late in addressing questions concerning the relationship between law and power, although admittedly, it was the first sub-discipline to do so within the general field of Law, where the positivist view, which asserts that law is rational and morally neutral, still prevails. Emerging in the 1990s, the school of thought and movement of TWAIL revealed the links of international law and its institutions with colonialism,²³ imperialism,²⁴ racism, global capitalism,²⁵ and historical and continued conditions of injustice. Guided by Antony Anghie, Makau Mutua, Balakrishnan Rajagopal and B.S. Chimni, among others,²⁶ TWAIL scholars showed that colonialism has profoundly shaped international law,²⁷ and that international law not only legitimised colonial and racist exploitation of peoples and territories in the name of a « civilization » perceived by the European mind but also developed mechanisms to prevent reparations.²⁸ Colonial legacies are maintained through economic and military interventions,²⁹ as well as through double standards in international criminal justice and investment protection. TWAIL analyses were soon accompanied by Marxist, feminist and Indigenous approaches. These movements linked a class approach to international law to Third World social movements and a theory of resistance,³⁰ engaged with

²³ M. TAHA, 'Decolonization in International Law', *Oxford Bibliographies*, 2019.

²⁴ J. GATHII, 'Imperialism, Colonialism, and International Law' (2007) 54(4) *Buffalo Law Review*, p. 1013.

²⁵ B.S. CHIMNI, 'Capitalism, Imperialism, and International Law in the Twenty-First Century' (2012) 14(1) *Oregon Review of International Law*, pp. 17-45; N. TZOUVALA, *Capitalism as Civilisation: A History of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.

²⁶ F. ZARBIYEV, 'Decolonisation and International Law', *Global Challenges*, 2021, available at <https://globalchallenges.ch/issue/10/decolonisation-and-international-law/> (Accessed 13 January 2025).

²⁷ A. ANGHIE, 'Francisco De Vitoria and the Colonial Origins of International Law' (1996) 5(3) *Social & Legal Studies*, pp. 321-336; A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

²⁸ A. ANGHIE, 'The evolution of international law: Colonial and postcolonial realities' (2006) 27(5) *Third World Quarterly*, pp. 739-753.

²⁹ A. ORFORD, 'Locating the International: Military and Monetary Interventions after the Cold War' (1997) 38(2) *Harvard International Law Journal*, pp. 443-485.

³⁰ B.S. CHIMNI, 'Prolegomena to a Class Approach to International Law' (2010) 21(1) *European Journal of International Law*, pp. 57-82.

Third World feminisms and their impact on the global feminist agenda³¹ and discussed questions of indigeneity and settler colonialism.³²

Few scholars have applied these approaches to international environmental law and policy, even though, as Usha Natarajan and Julia Dehm point out, ‘the very origins of international law lie in doctrines put forward to allow private actors from the North to exploit natural resources in the South’.³³ The product of Western environmentalism, international environmental law is based on a conceptualisation of the ‘environment’ as separate from humans, and ‘nature’ as resource and property, as well as on notions of sovereignty, development and ownership that not only enable continued injustice and environmental catastrophe, but ‘reconfirm[s] the position of the West as the source of all acceptable meaning’.³⁴ It may have addressed the concerns of the Global South regarding historical responsibility for environmental harm in ideas such as the principle of common but differentiated responsibilities, but it has failed to apply these principles and to halt the destructive practices of the Global North.³⁵

Despite these contributions, legal scholarship remains defined mainly by the positivist view that law is morally neutral, thus applies equally to all, and is abstract rather than situated. In most formal legal education and research settings, taking a stand is frowned upon, whereas in legal practice, movement lawyering is a well-established form of public interest advocacy.³⁶ In addition, international law is portrayed as and promises to be, not only neutral but also universal, associated with the international community rather than with any particular state. As TWAIL scholars have shown, however, the promise of universality took the form of a particular set of values: the European values and thus those of the Global North. That is, Sundhya Pahuja explains, the values advanced by the First World were said to be ‘universal’, generally applicable and of common benefit. And although these values were themselves particular, that they were (successfully) positioned as ‘universal’ allowed the claims of the

³¹ V. NESIAH, ‘The Ground Beneath Her Feet: “Third World” Feminisms’ (2003) 4 pp. 30-38; A. ORFORD, ‘Feminism, Imperialism and the Mission of International Law’ (2002) 71(2) *Nordic Journal of International Law*, pp. 275-296.

³² A. BHATIA, ‘The South of the North: Building on Critical Approaches to International Law with Lessons from the Fourth World’ (2012) 14(1) *Oregon Review of International Law*, pp. 131-175; A.B.E. BAYOT, ‘Indigenous Peoples in International Law: Resistance, Refusal, Revolution’ (2023) 15(1) *European Journal of Legal Studies*, pp. 293-311.

³³ U. NATARAJAN and J. DEHM, ‘Introduction: Where is the Environment? Locating Nature in International Law’, in U. NATARAJAN and J. DEHM (eds.), *Locating Nature: Making and Unmaking International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 6.

³⁴ *Ibid.*, p. 10.

³⁵ *Ibid.*, pp. 2-11.; K. MICKELSON, above n. 8.

³⁶ Movement lawyering is a practice where lawyers collaborate with social movements with focus on building their power through integrated legal and political strategies. See S.L. CUMMINGS, ‘Movement Lawyering’ (2020) 27(1) *Indiana Journal of Global Legal Studies*, p. 87.

Third World to be understood as both ‘particular’ per se, or as purely ‘relative’ to the universal narrative.³⁷

The myths of the neutrality and universality of international law make it more difficult to question its ‘well-documented intimacy with the powerful’³⁸ and its role in reproducing coloniality³⁹ and the conditions of global capitalist expansion.⁴⁰ International environmental law is no different, with economic incentives often promoted as solutions to environmental challenges, as if capitalism could solve the problems it has caused.

III. BUILDING ON TRANSDISCIPLINARITY AND DECOLONIAL THEORY

A BANI world is prone to sudden failures without significant warning, giving no time for preparation. It often results from highly optimised, over-specialised, interconnected systems that are vulnerable to hazards. In 2019, we would never have imagined that a single disease could stop the world, but reality showed us the catastrophic socio-economic effects of a single virus in a deeply interconnected world. At the same time, we observed the need to collaborate and bring together diverse knowledge and stakeholders to develop a range of possible solutions.⁴¹ Clearly, a single government, institution or discipline could not address the problem alone. Unfortunately, unilateralism prevailed: the response was marked by nationalism, inequity in access to vaccines, and discriminatory, even racist, border closures, impacting mainly the Global South and exposing a structural crisis in international law⁴² that has been increasing during the time we are writing this contribution.

In recent years, collaborative transdisciplinary research has gained significant attention due to the limitations of traditional discipline-based approaches in addressing the complex interconnected problems of the Anthropocene.⁴³ Although

³⁷ S. PAHUJA, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 6.

³⁸ *Ibid.*, p. 1.

³⁹ F. ZARBIYEV, above n. 26.

⁴⁰ N. TZOUVALA, above n. 25.

⁴¹ For an example of transdisciplinary analysis of agricultural production in Europe during the COVID pandemic, see N. LOODTS et al., ‘Résilience des systèmes alimentaires: pistes de réflexion pour redessiner nos territoires alimentaires en Europe à partir d’un cas d’étude’, in J. HERMESSE and O. SERVAIS (eds.) *Déconfiner l’Europe*, Paris, Karthala, 2024, pp. 57-98.

⁴² B.S. CHIMNI, ‘Crisis and International Law: A Third World Approaches to International Law Perspective’, in M.M. MBENGUE and J. D’ASPREMONT (eds.), *Crisis Narratives in International Law*, Leiden, Brill, 2022, pp. 40-53.

⁴³ M.G. LAWRENCE et al., ‘Characteristics, potentials, and challenges of transdisciplinary research’ (2022) 5(1) *One Earth*, pp. 44-61; T. DEDEURWAERDERE, *Transdisciplinary Research, Sustainability, and Social Transformation: Governance and Knowledge Co-Production*, Abingdon, Routledge, 2023.

there is no unified understanding of transdisciplinarity, shared elements exist. These include a focus on real-world, complex problems; the expected collaboration and mutual learning among academics from different disciplines, practitioners, policymakers and local stakeholders; and the imperative to bring these diverse understandings and cosmovisions into dialogue to co-produce socially robust knowledge in a transformative manner.⁴⁴ Despite their promising value, transdisciplinary collaborations face multiple challenges in their implementation, ranging from problematic interactions between academic and non-academic partners to disagreements over the nature of the problem under consideration and methodological standards, and difficulties in the scalability and legitimisation of results.⁴⁵ These challenges intensify in North-South collaborations, often reproducing existing power imbalances among the social and natural sciences, academic and societal actors⁴⁶ and ‘donor’ and ‘recipient’ researchers⁴⁷. The situation is more complex when working with Indigenous peoples and knowledge, as many of these collaborations end up encapsulating Indigenous knowledge fragments in Western paradigms,⁴⁸ thus reinscribing colonial orders in academic settings⁴⁹. Additionally, epistemological and ontological differences between Indigenous and non-Indigenous knowledge systems hinder recognition of the importance and interconnectedness of non-human entities.⁵⁰

Some scholars argue that leveraging the transformative potential of transdisciplinary collaborations requires a profound change that starts by confronting coloniality and dismantling its dehumanising forms of power, being and knowledges.⁵¹ A growing body of post/anti/decolonial literature has imagined and gestured towards other forms of research to confront the ongoing Western colonial legacies in knowledge production. By post/anti/decolonial literature, we refer to complementary bodies of work that interrogate the consequences of colonialism on societies and knowledges. Anti-colonialism is broadly defined as a theoretical

⁴⁴ M.G. LAWRENCE et al., above n. 43, p. 50.

⁴⁵ Ibid., p. 49.

⁴⁶ L. SCHMIDT and M. NEUBURGER, ‘Trapped between privileges and precariousness: Tracing transdisciplinary research in a postcolonial setting’ (2017) 93 *Futures*, pp. 54-67.

⁴⁷ J. BUHENDWA NSHOBILE, “‘Donor-Researchers’ and ‘Recipient-Researchers’: bridging the gap between researchers from the Global North and Global South”, March 2020, available at <https://www.gicnetwork.be/donor-researchers-and-recipient-researchers-bridging-the-gap-between-researchers-from-the-global-north-and-global-south/> (Accessed 13 January 2025).

⁴⁸ S. MULLER, “‘Two ways’: Bringing Indigenous and Non-Indigenous Knowledges together”, in J.K. WEIR (ed.), *Country, Native Title and Ecology*, Canberra, ANU E Press, 2012, pp. 59-79.

⁴⁹ B. CHILISA, ‘Decolonising transdisciplinary research approaches: an African perspective for enhancing knowledge integration in sustainability science’ (2017) 12(5) *Sustainability Science*, pp. 813-827.

⁵⁰ P. WALCKIERS, ‘Vers un “droit des relations” entre humains et non-humains comme alternative aux droits de la nature’ (2022) 84(1) *Louvain Law Review*, p. 9-30.

⁵¹ N. MALDONADO-TORRES, ‘Ethnic Studies as Decolonial Transdisciplinarity’ (2019) 42(2) *Ethnic Studies Review*, pp. 232-244.

framework, analytical tool, and place-based practice oriented toward resisting and dismantling colonial systems and structures.⁵² Post-colonial studies explore themes of identity, power and resistance in formerly colonised regions, focusing on the economic, political, cultural, and psychological consequences of colonialism and imperialism. They emerged in the 1960s to counter the colonial legacies of the British Empire, and were influenced by the works of Homi Bhabha, Gayatri Spivak and Edward Said. The decolonial theory, developed by Latin American scholars in the 1990s, further explores coloniality as a global pattern of capitalist power shaped by patriarchal and racist social hierarchies that arise from colonialism. Colonialism and coloniality are thus two distinct concepts. Colonialism refers to a relationship of political and economic domination based on the plunder, dispossession, and appropriation of the resources of nations for the benefit of minorities considered racially superior.⁵³ In contrast, coloniality describes the matrix of power that arose from colonialism and continues to shape culture, labour, social interactions, knowledge production and nature, even beyond the formal end of colonial rule.⁵⁴ This coloniality of power is a complex set of logic that includes the dehumanisation of racialised people⁵⁵ and the anthropocentric reasoning that disregards non-human beings and their entangled relation with humans.⁵⁶

Few scholars have approached international environmental law through a decolonial lens, mainly concerning climate change.⁵⁷ In broader social science circles, scholars of political ecology and environmental justice acknowledge the legacies of colonialism in environmental struggles in the Global South, including issues related to land and resource access, but rarely consider coloniality as a continuing source of violence.⁵⁸ An exception is the growing body of Latin American

⁵² N. NUNN and M. WHETUNG, 'Anticolonialism', in A. KOBAYASHI (ed.), *International Encyclopedia of Human Geography (Second Edition)*, Amsterdam, Elsevier, 2020, pp. 155-158.

⁵³ R. GROSFUGUEL, 'Del "extractivismo económico" al "extractivismo epistémico" y "extractivismo ontológico": una forma destructiva de conocer, ser y estar en el mundo', *Tabula Rasa*, 2016, pp. 123-143.

⁵⁴ N. MALDONADO-TORRES, 'Outline of Ten Theses on Coloniality and Decoloniality' (2016) 26 *Foundation Frantz Fanon* pp. 1-37, available at <http://frantzfanonfoundation-fondationfrantzfanon.com/article2360.html> (Accessed 13 January 2025).

⁵⁵ R. ICAZA, 'Social struggles and the coloniality of gender', in O.U. RUTAZIBWA and R. SHILLIAM (eds.), *Routledge Handbook of Postcolonial Politics*, Abingdon, Routledge, 2018, pp. 58-71.

⁵⁶ J. KERR and V. ANDREOTTI, 'Recognizing More-Than-Human Relations in Social Justice Research: Gesturing towards Decolonial Possibilities', *Issues in Teacher Education*, 2018, pp. 53-67.

⁵⁷ D. CASTRO, 'The Colonial Aspects of the International Environmental Law Treaties as Promoters of Continuous Structural Violence' (2017) 5(2) *Groningen Journal of International Law*, pp. 168-190; J. WILKENS and A.R.C. DATCHOUA-TIRVAUDEY, 'Researching climate justice: a decolonial approach to global climate governance' (2022) 98(1) *International Affairs*, pp. 125-143; J. DEHM, 'Carbon colonialism or climate justice? Interrogating the international climate regime from a TWAIL perspective' (2016) 33(3) *Windsor Yearbook of Access to Justice*, pp. 129-161.

⁵⁸ I. RODRIGUEZ, 'Latin American Decolonial Environmental Justice', in B. COOLSAET (ed.), *Environmental Justice. Key Issues*, Abingdon, Routledge, 2020, pp. 78-93.

literature that addresses this connection.⁵⁹ Building on these decolonial ideas, we provide glimpses to inspire students and researchers to rethink and re-imagine research approaches in international biodiversity law and policy.⁶⁰ Our goal is to encourage greater engagement with decolonial thought and praxis within the field.

IV. UNFOLDING DECOLONIAL RESEARCH APPROACHES IN INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

Decolonial scholars emphasise that decolonising research involves not only changing methodologies but also transforming our research paradigm. Methodologies are not just ways to collect and analyse data; they also articulate our research paradigm,⁶¹ and the way we build, structure, and validate knowledge.

Decolonising our methodologies and research paradigm starts by abandoning the belief that knowledge is universal, objective and neutral.⁶² These positivist claims of objective science promoted by the modern Western view of knowledge remain foundational elements of epistemic privilege and power structures of domination,⁶³ while the positivist paradigm dominates science production. Instead, critical feminist and decolonial scholars propose to develop situated, contextualised, embodied, engaged and change-oriented knowledge. *Situated knowledge* challenges the notions of universality, objectivity and neutrality, arguing that knowledge is shaped by the social and cultural contexts in which it is produced.⁶⁴ Critical feminist scholars argue that this requires recognising that knowledge and actions are shaped by our bodies, influenced by history and embedded in context-specific power dynamics.⁶⁵ This paradigm shift implies moving beyond Cartesian dualism (e.g. subject-object, body-mind, true-false).

⁵⁹ B. ROY and K. HANAČEK, 'From the Environmentalism of the Poor and the Indigenous Toward Decolonial Environmental Justice', in S. VILLAMAYOR-TOMAS and R. MURADIAN (eds.), *The Barcelona School of Ecological Economics and Political Ecology: A Companion in Honour of Joan Martinez-Alier*, Cham, Springer International Publishing, 2023, pp. 305-315.

⁶⁰ C. FRISON, 'Décoloniser le droit de la biodiversité pour sortir du Plantationocène : vers un droit écologique', *Revue Juridique de l'Environnement*, Numéro spécial 2025, 'Le droit en Anthropocène. Le droit comme levier de changement pour une meilleure protection de l'environnement', forthcoming 2026.

⁶¹ S. WILSON, *Research is Ceremony. Indigenous Research Methods*, Nova Scotia, Fernwood Publishing, 2008.

⁶² A. BURMAN, 'Places To Think With, Books To Think About: Words, Experience and the Decolonization of Knowledge in the Bolivian Andes' (2012) 10 *Human Architecture*, pp. 101-120.

⁶³ J. KERR and V. ANDREOTTI, above n. 56; R. GROSGOUEL, 'The Structure of Knowledge in Westernized Universities : Epistemic Racism / Sexism and the Four Genocides / Epistemicides of the Long 16th Century' (2013) 11 *Human Architecture*, pp. 1-19.

⁶⁴ D. HARAWAY, 'Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective' (1988) 14(3) *Feminist Studies*, pp. 127-161.

⁶⁵ T. WINKLER and J. DUMINY, 'Planning to change the world? Questioning the normative ethics of planning theories' (2014) 15(2) *Planning Theory*, pp. 111-129.

Decolonial praxis aims not for a diversity of knowledge mediated by whiteness, but rather to transcend Western forms of knowledge and governance, thereby dismantling colonial and imperial structures that affect our societies⁶⁶ and are reinforced by Western canons.

This change also entails revising the purpose of creating knowledge. Indigenous and decolonial scholars reject the idea of producing knowledge for its own sake; they believe knowledge should meaningfully contribute to societal change by challenging existing norms through tangible actions.⁶⁷ Knowledge must be actionable and justice-oriented, guided by deep reciprocal embodied engagement,⁶⁸ thus questioning traditional research practices, which are grounded in neutrality and objectivity. This justice-oriented research requires students and researchers to develop intellectual, affective, and relational capacities⁶⁹ and to align their work with a commitment for accountability to marginalised communities that are most affected by the impacts of the planetary crisis. This transition assumes that global justice and collaboration are essential to addressing global issues, in contrast to capitalism as the dominant economic system and the current geopolitical landscape, which are marked by increased individualism, antagonism and unilateralism. At the same time, broad assumptions such as ‘we are all in this together’ used in policy discourse often obscure the profound reality of unequal resource distribution and differentiated impacts of environmental pressures.⁷⁰

In international environmental law research, a dual shift is essential: it involves transforming both the law itself, international law in particular, and the knowledge that shapes such law. International law has been primarily shaped not only by Western states, including colonial powers, but also by Western lawyers and legal scholars. It is thus shaped by a particular set of knowledge born in the law schools of the North. Similarly, international environmental lawyers tend to adopt an ahistorical stance, failing to recognise the North-South divide as a central debate in the discipline⁷¹ and instead discussing each deadlock in negotiations or policy development on technical merits only. Disrupting and dismantling coloniality in law schools, we argue, is a starting point for the decolonisation of

⁶⁶ S. XAVIER et al., ‘Decolonizing Law in the Global North and South’, in S. XAVIER et al. (eds.), *Decolonizing Law: Indigenous, Third World and South Perspectives*, Abingdon, Routledge 2021, pp. 1-14.

⁶⁷ F. CORNISH et al., ‘Participatory action research’ (2023) 3 *Nature Reviews Methods Primers*, Art. no. 34.

⁶⁸ L.B. SIMPSON, ‘Kwe As Resurgent Method’ (2022) 1 *Feminist Asylum*, pp. 37-42.

⁶⁹ S. STEIN et al., ‘Beyond colonial futurities in climate education’ (2023) 28 *Teaching in Higher Education*, pp. 987-1004.

⁷⁰ J. WILKENS and A.R.C. DATCHOUA-TIRVAUDEY, above n. 57; R. SALIH and O. CORRY, ‘Displacing the Anthropocene: Colonisation, extinction and the unruliness of nature in Palestine’ (2022) 5(1) *Environment and Planning E: Nature and Space*, pp. 381-400.

⁷¹ K. MICKELSON, above n. 8, p. 54.

legal knowledge, including its complicity with powerful actors, its mechanisms for sustaining unequal distribution of power and resources and its rationalisation of violence and injustices.⁷² This process enables unlearning colonial and imperial modes of knowing, reconnecting with the land⁷³ and fostering a new legal pluralism that promotes a more equitable relationship with nature⁷⁴ and other onto-epistemologies.⁷⁵

Decolonising our methodologies and research paradigm further requires seeing the realities of the current neoliberal university and joining the fight against them. In research spaces, constant pressure and scrutiny combined with precarity and often low pay have become the norm in a sector that, despite its realities, is still considered prestigious.⁷⁶ Recent studies show that a significant number of scholars, mainly from underrepresented groups, such as women and particularly women of colour, experience mental health problems and anxiety due to discrimination, harassment and isolation.⁷⁷ Marginalised communities, such as Indigenous and afro-descendant peoples who carry the trauma of colonialism, continue to suffer discrimination and erasure because of dehumanising academic practices. These practices use damage-and-deficit-centred research frameworks⁷⁸ to (re) present those communities as broken, ignoring their wisdom and agency⁷⁹ while following an extractivist colonial mindset; they extract, assimilate and consume fragments of Indigenous knowledge for career development and individual privileges.⁸⁰

Decolonising research involves refusing the neoliberal university and its extractivist practices. It seeks to disrupt damage-centred narratives perpetuating the dehumanisation and pathologisation of marginalised communities⁸¹ while also working to dismantling the structures and processes that create hierarchies of

⁷² F. ADÉBISI, *Decolonisation and Legal Knowledge*, Bristol, Bristol University Press, 2023, pp. 108-127.

⁷³ S. XAVIER et al., above n. 66.

⁷⁴ H. DANCER, 'Harmony with Nature: towards a new deep legal pluralism' (2021) 53(1) *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, pp. 21-41.

⁷⁵ P. WALCKIERS, above n. 50.

⁷⁶ O. MASON and N. MEGORAN, 'Precarity and dehumanisation in higher education' (2021) 14(1) *Learning and Teaching*, pp. 35-59.

⁷⁷ S. TÄUBER, 'Women Academics' Intersectional Experiences of Policy Ineffectiveness in the European Context' (2022) 13 *Frontiers in Psychology*, available at <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2022.810569> (Accessed 13 January 2026).

⁷⁸ Damage-and-deficit-centred research aims to depict communities as broken and defeated. It invites marginalised people to share their experiences but is interested only in their pain and suffering, ignoring their agency, hope and wisdom. E. TUCK and K.W. YANG, 'R-words: refusing research', in D. PARIS and M.T. WINN (eds.) *Humanizing Research: Decolonizing Qualitative Inquiry with Youth and Communities*, London, Sage Publications, 2014, pp. 223-248.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ R. GROSFUGUEL, above n. 53, p. 139.

⁸¹ E. TUCK and K.W. YANG, above n. 78, p. 415.

individuals, labour and knowledges.⁸² It refuses the delegitimisation and elimination of non-Western ways of knowing and being by re-centring alternative onto-epistemologies, often excluded and delegitimised because they deviate from the Western canons.⁸³ This approach advocates transformative change emphasising the importance of recognising knowledge pluriversality and valuing non-Western epistemologies equally,⁸⁴ all while working to dismantle colonial frameworks within academia.

Therefore, gesturing towards decolonial methodologies involves adopting flexible, diverse and engaged research approaches. Indigenous decolonial scholars advocate the use of inquiry strategies rather than predefined, extractivist and fixed methodologies. These strategies act as roadmaps that guide us towards our goals while allowing for change and adaptation along the way.⁸⁵ It also requires uncovering power dynamics by examining who sets the research agendas, who controls the resources, what constitutes data, who owns data, how it will be collected, for what purpose, who is often overlooked, and who is most affected by the research issue, all while addressing historical and current inequities.⁸⁶

In international environmental law scholarship, gesturing towards decolonial methodologies is an ethical and political endeavour aimed at achieving social, epistemic and environmental justice and transformation by examining to whom we are accountable. This process must begin by analysing and unpacking the entrenched colonial roots of contemporary market-based conservation policies and notions that perpetuate exploitative power relations in nature-society interactions, thereby deepening inequalities and global injustices.⁸⁷ This deconstruction requires nurturing safe spaces for collective reflexivity to recognise our complicity in reproducing and perpetuating (neo)colonial patterns in academia despite our good intentions.⁸⁸ This collective reflexivity can also help determine whether research is the necessary intervention,⁸⁹ under what terms it should be conducted, and for what purpose.

⁸² S. GRANDE, 'Refusing the university', in E. TUCK and K.W. YANG (eds.), *Toward What Justice?: Describing Diverse Dreams of Justice in Education*, Abingdon, Routledge, 2018, pp. 47-65.

⁸³ V. MACHADO DE OLIVEIRA, *Hospicing Modernity. Facing Humanity's Wrongs and the Implications for Social Activism*, Berkeley, North Atlantic Books, 2021, pp. 15-28.

⁸⁴ C. BOIDIN, J. COHEN and R. GROSFOGUEL, 'Introduction: From University to Pluriversity: A Decolonial Approach to the Present Crisis of Western Universities' (2012) 10 *Human Architecture*, pp. 1-6.

⁸⁵ S. WILSON, above n. 61, p. 39.

⁸⁶ E. TUCK and M. GUISHARD, 'Uncollapsing Ethics: Racialized Scientism, Settler Coloniality, and an Ethical Framework of Decolonial Participatory Action Research', in T.M. KRESS, C. MALOTT and B.J. PORFILIO (eds.), *Challenging Status Quo Retrenchment: New Directions in Critical Research*, Charlotte, Information Age Publishing, 2013, pp. 3-27.

⁸⁷ Y.A. COLLINS et al., 'Plotting the coloniality of conservation' (2021) 28(1) *Journal of Political Ecology*, pp. 1-22.

⁸⁸ K. MERTENS, A. MORENO-CELY and V.N. NYAKATO, 'Against self-reflexive confessions: collective dialogues to progressively transform academic North-South collaborations' (2025) 37(1) *The European Journal of Development Research*, pp. 219-240.

⁸⁹ E. TUCK and K.W. YANG, above n. 78.

Decolonial gestures in international biodiversity law advocate for policies that are sensitive to gender, ethnicity and race, aiming to address power asymmetries within legal systems. They adopt methodological approaches that incorporate intersectional analysis to understand how different gender and ethnic roles shape knowledge production and contributions to biodiversity conservation.⁹⁰ These approaches also examine how multiple forms of discrimination, such as those based on gender, race, and ethnicity, intersect and impact biodiversity governance. They emphasise equity and highlight the vital role of women and Indigenous Peoples in conservation efforts.⁹¹ Decolonial strategies employ relationality and intersectionality to link biodiversity law with economic and social justice, challenging extractive research through collaborative and non-extractive practices.

V. BUILDING RELATIONAL RESEARCH: LEARNING FROM INDIGENOUS PEOPLES' RELATIONSHIP WITH NATURE

In policy spaces where international environmental law is being shaped, including the CBD, the supposed universality of knowledge, both scientific and legal, is increasingly questioned. Knowledge and ways of knowing emerge as a site of contestation, as different actors, including developed and developing states, NGOs, Indigenous Peoples, local communities, and researchers, try to be heard in policy-making,⁹² despite the limitations of international law-making noted above.

Many Indigenous Peoples' knowledge systems view humankind as part of nature, and attribute intrinsic worth to nature rather than seeing it as a service provider, often for the benefit of the few.

In this regard, Indigenous scholar Daniel Wildcat questions:

Can you imagine a world where nature is understood as full of relatives not resources, where inalienable rights are balanced with inalienable responsibilities and where wealth itself is measured not by resource ownership and control, but by the number of good relationships we maintain in the complex and diverse life-systems of this blue green planet?⁹³

Wildcat asserts that Indigenous peoples can do it. Still, the mainstream socio-economic paradigm cannot account for these relationships or tends to disregard this interconnectivity between humans and nature. In view of the pressing environmental

⁹⁰ D. ARMITAGE et al., 'Governance principles for community-centered conservation in the post-2020 global biodiversity framework' (2020) 2(2) *Conservation Science and Practice*, p. e160.

⁹¹ Ibid.

⁹² J. WILKENS and A.R.C. DATCHOUA-TIRVAUDEY, above n. 57.

⁹³ D.R. WILDCAT, 'Introduction: Climate change and indigenous peoples of the USA' (2013) 120 *Climatic Change*, p. 515.

challenges, mainstream approaches continue to focus on economic growth through 'green solutions' such as biofuels and biodiversity or carbon offsets, or on controlling nature by promising technological solutions, which the critical literature calls 'technofixes'. Technofixes refer to technological applications that promise to alleviate specific consequences of a broader socio-economic and political challenge, such as climate change or biodiversity loss, that involve a series of risks and inefficiencies. They tend to divert attention from the root causes of the challenge, ignore the complexities of different situations and needs, and deepen inequalities. Importantly, they generally fail to deliver on their promise because they are driven by profit and entail unintended consequences that are both unavoidable and unpredictable.⁹⁴

Ecocritical scholars further argue that the planetary challenges and the neglect of non-human entities stem from the prevailing Western relationality. This dominant relationality fails to acknowledge ethical relationships and responsibilities towards both human and non-human beings.⁹⁵ In contrast, it is linked to an extractivist mindset that takes (steals) anything valuable (knowledge, labour, resources, nature) for accumulation, assimilation and use in the market economy without acknowledging or caring about the people and knowledge behind it.⁹⁶ This extractivist and empire-making model is incompatible with a just and prosperous life for all.

Indigenous and decolonial scholars reject the idea of separability between humans and nature, which is based on the premise of the superiority of 'certain' human beings over nature, thereby granting them the right to conquer, dominate, own, manage, and control.⁹⁷ Instead, they argue that knowledge is produced within multi-layered place-based relationships between people, other-than-human beings and more-than-human ancestors. These multi-layered relationships define what Indigenous scholars name relationality. This relational perspective considers three types of relationships: between land (Mother Earth) and people, between people and spiritual beings, and among people. In these interactions, people and communities are responsible for ensuring the balance in social relations.⁹⁸ Indigenous Peoples understand this relationality as an ethic of responsibility that decentres human beings and focuses on respectful and caring relationships among entities.⁹⁹

⁹⁴ M. HUESEMANN and J. HUESEMANN, *Techno-fix: why technology won't save us or the environment*, Gabriola Island, New Society Publishers, 2011; N. VOULVOULIS and M.A. BURGMAN, 'The contrasting roles of science and technology in environmental challenges' (2019) 49(12) *Critical Reviews in Environmental Science and Technology*, pp. 1079-1106.

⁹⁵ J. KERR and V. ANDREOTTI, above n. 56, p. 79.

⁹⁶ R. GROSFUGUEL, above n. 53, p. 133.

⁹⁷ V. MACHADO DE OLIVEIRA, *Hospicing Modernity. Facing Humanity's Wrongs and the Implications for Social Activism*, Berkeley, North Atlantic Books, 2021, pp. 15-28.

⁹⁸ M. GRAHAM, 'Aboriginal notions of relationality and positionalism: A reply to Weber' (2014) 4 *Global Discourse*, pp. 17-22.

⁹⁹ L. TYNAN, 'What is relationality? Indigenous knowledges, practices and responsibilities with kin' (2021) 28 *Cultural Geographies*, pp. 597-610.

Thus, relationality is characterised by empathy and connectedness and by accepting each other's uniqueness without trying to merge, unify, or even necessarily agree on everything.¹⁰⁰ In this sense, decolonising relations involves disarming power and privileges, which can be a pathway to open possibilities for deep reciprocity, pluriversality, and more just co-existence across differences. When it comes to legal education, 'to break free from previous modes of knowledge production, and prioritize relationality, requires creativity and innovation as well as transgression and disobedience'.¹⁰¹

How can we build this relationality, pluriversality and co-existence in international biodiversity law and policy? Some scholars argue that legal pluralism could pave the way for recognising the co-existence of multiple legal systems, including Indigenous legal traditions and customary laws. However, the challenge lies in the unequal power relationships inherent in state-centred legal reforms, often resulting in the double colonization of people and nature due to the dominance of state normative frameworks.¹⁰² Helen Dancer, in particular, asserts the need for a new deep legal pluralism to decentralise anthropocentric views of nature and reduce states' dominance in environmental law development by acknowledging diverse ontologies.¹⁰³

Still, given the state-centric nature of international law, legal scholars tend to view any opening for Indigenous participation in the CBD as an advancement and opportunity for change. Claire Charters, for instance, notes that 'Indigenous Peoples have challenged the colonial association of international legality with positivism and state-centrism'.¹⁰⁴ Reviewing the achievements of Indigenous Peoples and local communities in the negotiations that led to the adoption of the CBD Nagoya Protocol on access and benefit-sharing,¹⁰⁵ Kabir Bavikatte and Daniel Robinson interpret the recognition of local-level actions and community protocols as creating a collaborative space that opens 'the door in international law to legal pluralism and self-determination'.¹⁰⁶ In this context, we believe that new generations of international (environmental) legal scholars can use these openings and contribute to connecting marginalised communities and to serving

¹⁰⁰ M. GRAHAM, above n. 98, p. 20.

¹⁰¹ F. ADÉBISI, above n. 72, p. 133.

¹⁰² H. DANCER, above n. 74, p. 31.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 28.

¹⁰⁴ C. CHARTERS, 'The sweet spot between formalism and fairness: indigenous peoples' contribution to international law' (2021) 115 *AJIL Unbound*, p. 124.

¹⁰⁵ Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the CBD, Nagoya (Japan), signed 29 October 2010, in force 12 October 2014, available at <https://www.cbd.int/abs/text> (Accessed 13 January 2025).

¹⁰⁶ K. BAVIKATTE and D.F. ROBINSON, 'Towards a people's history of the law: biocultural jurisprudence and the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing' (2011) 7 *Law Environment and Development Journal*, pp. 35-51.

as accomplices in the struggles of Indigenous peoples and local communities. However, they must first unlearn colonial ways of knowing and being. This would require developing into activist researchers committed to resisting, confronting and dismantling colonial and oppressive societal systems, while crossing disciplinary and nation-state borders, transcending Western notions of law and governance and moving beyond individualistic goals.

CONCLUDING REMARKS: TOWARD A PARADIGM SHIFT IN LEGAL RESEARCH

Colonisation was not an ‘unhappy incident’ in the history of international law; it was foundational to its very development. International law emerged as a tool for legitimising colonial extraction, structuring global inequalities and facilitating the continued plunder of natural resources from the Global South. Despite claims of neutrality and universality today, international environmental law remains deeply entangled with neocolonial economic structures, market-based conservation approaches, and state-centric governance models that reproduce global inequalities rather than dismantle them.

In the face of accelerating environmental collapse, the persistence of doctrinal and positivist approaches in legal scholarship has led to a failure to challenge the root causes of the planetary challenges. Instead of recognising law as a neutral instrument, we argue that it must be understood as a historically contingent and deeply political field that has served as a mechanism of domination and, paradoxically, as a site of resistance and transformation. The Global South, Indigenous Peoples, and marginalised communities have long engaged with international law, contesting extractivist models and reclaiming epistemic and ecological sovereignty.

This article has demonstrated how decolonial approaches, rooted in TWAIL and Indigenous approaches, offer pathways to disrupt legal structures that uphold coloniality. By reimagining legal frameworks beyond state-centric, anthropocentric, and market-driven paradigms, these approaches advocate for relational, pluralistic, and justice-oriented biodiversity governance. They foreground alternative epistemologies, challenge power asymmetries, and create space for transformative ecological and legal imaginaries that transcend the dominant Western worldview.

Moving towards a genuinely decolonial praxis in international biodiversity law requires more than theoretical critique; it demands fundamental shifts in legal education and research methodologies. Scholars and practitioners must engage in deep reflexivity, recognise their complicity in reproducing colonial knowledge hierarchies, and actively work toward dismantling exclusionary structures. This means advocating for real pluriversal knowledge systems, fostering legal pluralism

that genuinely revalorise Indigenous legal traditions, and resisting the instrumentalisation of biodiversity for capitalist accumulation.

The urgency of the planetary collapse in a BANI world calls for a legal and epistemic revolution that redefines environmental governance as a space of ethical, relational, and collective responsibility rather than a site of regulation and control. In a world marked by increasing uncertainty and precarity, international biodiversity law must be reoriented toward sustaining life, restoring justice, and imagining ecological futures beyond coloniality.

FUNDING ACKNOWLEDGEMENT:

This work is supported by the European Research Council (ERC) under the European Union's Horizon Europe research and innovation programme (Grant agreement No. 101117449 / DecoLawBiodiv).

CONFLICT OF INTEREST STATEMENT:

The Authors declare no conflict of interest

Feministisch en queer rechtswetenschappelijk onderzoek: wat, waarom en hoe?

door Pieter CANNOOT*
und Elise GOOSSENS**
und Marie SPINOY***

Terwijl feministisch en queer rechtswetenschappelijk onderzoek in de Anglo-Amerikaanse wereld al enige tijd gemeengoed is, is de toepassing van de inzichten uit *feminist and queer legal theory* relatief schaars in België. Nochtans is de kritische genderreflex die centraal staat in dit soort onderzoek ook voor Belgische juristen waardevol. Vaak missen Belgische juristen echter de theoretische en methodologische onderbouw om met deze methoden aan de slag te gaan. Deze bijdrage wil die lacune opvullen door een inleiding te geven tot feministische en queer rechtswetenschappelijke denkkaders. De bijdrage duidt wat typerend is voor feministisch en queer rechtswetenschappelijk onderzoek en wat de (meer) waarde is van dergelijke onderzoeksmethoden. Vervolgens worden de opkomst en verschillende stromingen binnen feministisch en queer rechtswetenschappelijk onderzoek toegelicht, met nadruk op de Anglo-Amerikaanse rechtsliteratuur.

While feminist and queer legal research have been commonplace in the Anglo-American world for some time, the insights from feminist and queer legal theory have only scarcely gained traction in Belgium. Nevertheless, the critical gender reflex central to this type of research also holds value for Belgian legal researchers. However, Belgian legal researchers often lack the theoretical and methodological background to apply these methods. This contribution aims to fill that gap by providing an introduction to feminist and queer theoretical frameworks in law. It explains what is typical of feminist and queer law research and what the (added) value of such research methods is. It then addresses the emergence of and different currents within feminist and queer legal theory, with an emphasis on the Anglo-American law literature.

Alors que la recherche sur la théorie juridique féministe et queer est courante dans le monde anglo-américain, les concepts issus de cette théorie sont relativement rarement appliqués en Belgique. Le réflexe critique de genre qui est au cœur de ce type de recherche est toutefois précieux pour les juristes belges. Cependant, ceux-ci manquent souvent de bases théoriques et méthodologiques

* Docent recht en diversiteit aan de Universiteit Gent

** Docent burgerlijk recht in context aan de Universiteit Antwerpen

*** Onderzoeker aan de KU Leuven en Universiteit Gent en bijzitter in de Geschillenkamer van het Vlaams Mensenrechteninstituut

pour commencer à travailler avec ces méthodes. Cette contribution vise à combler cette lacune en proposant une introduction aux cadres théoriques féministes et queer en droit. Elle indique ce qui est typique de la recherche en droit féministe et queer et quelle est la valeur (ajoutée) de ces méthodes de recherche. Elle explique ensuite l'émergence et les différents courants de la recherche juridique féministe et queer, en mettant l'accent sur la littérature juridique anglo-américaine.

INLEIDING

1. Gendergelijkheid en gelijkwaardige rechten voor seksuele en genderminderheden staan vandaag in het brandpunt van het maatschappelijk debat. In een tijdsspanne van een paar decennia werd aanzienlijke (en vaak fel bevochten) vooruitgang geboekt voor de rechten van vrouwen en LGBTQI+ personen. Tegelijk blijkt genderongelijkheid in alle facetten bijzonder standvastig.¹ Ook de rol van het recht in de bestendiging van gegenderde ongelijkheden en machtsonevenwichten is voorwerp van onderzoek en debat. Dat mag niet verbazen, aangezien het recht bij uitstek vormend is voor de sociale realiteit. Wetten en rechtspraak worden gebruikt voor het afdwingen van normatieve verwachtingen, maar ook voor het doorbreken van bepaalde patronen. Zeker sinds de tweede helft van de twintigste eeuw² heeft zich een rijke rechtsliteratuur ontwikkeld die de rol van het recht en de gegenderde aannames waarop het recht steunt, documenteert, ter discussie stelt en probeert te hervormen. Die literatuur is doorgaans gegrond in de (sterk interdisciplinair opgevatte) *critical studies*³ en gebruikt vaak een uitgesproken feministisch of queer onderzoeksperspectief. De vraag die daarbij dan rijst, is: hoe kunnen die gegenderde normen en effecten van het recht nu precies worden blootgelegd? Die kwestie staat centraal in deze bijdrage.

2. Hoe vandaag aan feministisch en queer onderzoek wordt gedaan, is sterk beïnvloed door de Anglo-Amerikaanse onderzoekstraditie. De rechtsliteratuur

¹ <https://www.un.org/en/global-issues/gender-equality>.

² Ook voordien werden deze gegenderde patronen en het rechtssysteem dat zich daarop ent, echter al ter discussie gesteld, zie bv. DE GOUGES O., *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, 1791; WOLLSTONECROFT M., *A Vindication of the Rights of Women*, 1792. Vgl. DELAP L., *Feminisms — A Global History*, Penguin Random House, 2020, voor meer voorbeelden uit verschillende rechtstradities.

³ *Critical studies of critical legal theory* bekritisieren het recht als een verlengde en een normatieve bestendiging van de heersende machtsstructuren en machtshebbers. Het recht belichaamt en versterkt in die optiek dus bepaalde ideologieën, zij het met betrekking tot het patriarchaat en genderrelaties (bekritiseerd in de feministische en queer rechtswetenschap), ras en etniciteit (in *critical race theory*), het vrijemarktdenken (in *critical legal studies*) of universele meta-narratieven zoals gelijkheid en rechtsvaardigheid (in het postmodernisme). Zie WACKS R., *Philosophy of Law. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2014, 107. Voor een algemene introductie tot kritische benaderingen van het Belgische recht, zie CORTEN O. en SCHAUS A., *Le droit comme idéologie. Introduction critique au droit belge*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, 424 p.

uit in het bijzonder de Verenigde Staten vormt dan ook het startpunt voor het meeste internationale feministisch en queer onderzoek, al ligt de Anglo-Amerikaanse hegemonie in dit veld sterk onder vuur.⁴ De voorbije jaren is een groeiende interesse voor deze onderzoeksbenaderingen merkbaar in de Belgische rechtswetenschap. Hoewel doorheen de tijd, en aan beide kanten van de taalgrens, verschillende pioniers belangrijk werk hebben verricht in de kritische studie van de relatie tussen gender en recht, blijft het Belgische feministische of queer rechtswetenschappelijk onderzoek relatief schaars.⁵ Bovendien ligt de focus bij dergelijk onderzoek meestal op de inhoudelijke onderzoeksresultaten die genderongelijkheden in het recht aantonen, en niet zozeer op de specifiek feministische en queer onderzoeksmethoden die toegepast werden om tot die resultaten te komen.

3. Net die methodologische vraagstukken zijn echter cruciaal voor een gedegen en wetenschappelijk verantwoorde ontwikkeling van feministisch en queer rechtswetenschappelijk onderzoek. Dat hiaat willen we vullen met ons boekproject 'Feministische en queer onderzoeksmethoden in het recht', dat in mei 2025 is verschenen bij Larcier-Intersentia.⁶ Het boek is erop gericht de methodologische

⁴ In het bijzonder vanuit postkoloniale en dekoloniale hoek. Zie bv. LUGONES M., 'Heterosexuality and the Colonial / Modern Gender System', *Hypatia* 2007, 186-209; MENDOZA B., 'Coloniality of Gender and Power: From Postcoloniality to Decoloniality' in DISCH L. en HAWKESWORTH M. (eds.), *The Oxford Handbook of Feminist Theory*, Oxford University Press, 2015. Bovendien wordt feministisch en queer juridisch onderzoek ook in andere talen dan het Engels gevoerd en gepubliceerd (zie *infra*).

⁵ Zie bv. VOGEL-POLSKY E., 'L'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins', *Journal des tribunaux du travail* 1972, 185-200; VOGEL-POLSKY E., 'Les femmes et le droit du travail: essai critique juridique' in *Annales de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles*, 1973, 245-270; VINCINEAU M., 'Les homosexuels devant la Commission européenne des droits de l'homme', *RDP* 1979/2, 83-104; VINCINEAU M., *La débauche en droit et le droit à la débauche*, Éditions de l'ULB, 1985; BEAUTHIER R., *La répression de l'adultère en France du 16^e au 18^e siècle. De quelques lectures de l'histoire*, Story-Scientia, 1990; BEAUTHIER R., *Le secret intérieur des ménages et les regards de la justice. Les relations personnelles entre époux en Belgique et en France au XIX^e siècle*, Bruylant, 2008; VIELLE P., 'Pour un statut social des travailleurs sexuels; plaider pour une politique néo-réglementariste du traitement de la prostitution en droit du travail et de la sécurité sociale', *RDPC* 1998/2, 172-205; VIELLE P., 'La représentation des femmes et la construction des rôles parentaux : Une approche comparative du droit de la sécurité sociale' in DEVILLÉ A. en PAYE O. (eds.), *Les femmes et le droit. Constructions idéologiques et pratiques sociales*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1999, 221-256; VIELLE P., *La sécurité sociale et le coût indirect des responsabilités familiales. Une approche de genre*, Bruylant, 2001, 633 p.; BREMS E. en STEVENS L. (eds.), *Recht en gender in België*, die Keure, 2011, 266 p.; BREMS E., CANNOT P. en STEVENS L. (eds.), *Recht & gender in België — 10 jaar later*, die Keure, 2021, 573 p.; MESSIAEN M. (ed.), *Femmes et justice*, Anthemis, 2022, 200 p.; LELEU Y.-H., ALOFS E., HARMEL C. en PETERS M., *La transmission genrée du capital familial*, Larcier-Intersentia, 2024, 336 p. Voor een uitgebreid en chronologisch overzicht van de ontwikkeling van feministisch en queer juridisch onderzoek in België, zie BERNARD D. en TRUFFIN B., 'Tussen recht en gender in België: de uitdaging van een opkomend onderzoeksdomein' in CANNOT P., GOOSSENS E. en SPINOY M. (eds.), *Feministische en queer onderzoeksmethoden in het recht*, Larcier-Intersentia, 2025, 71-102.

⁶ CANNOT P., GOOSSENS E. en SPINOY M. (eds.), *Feministische en queer onderzoeksmethoden in het recht*, Larcier-Intersentia, 2025, 517 p.

denkkaders uit de feministische en queer rechtswetenschap toegankelijk te maken voor een Belgisch publiek via de vertaalslag vanuit de bestaande — en internationaal dominante — Anglo-Amerikaanse rechtsliteratuur⁷, maar ook vanuit andere onderzoeksdomeinen. Feministische en queer rechtswetenschap is immers intrinsiek interdisciplinair in haar methoden en benaderingen.⁸ Voor deze bijdrage putten we uit het inleidend hoofdstuk van dat boek om een eerste introductie te geven tot de rijkdom en diversiteit aan feministische en queer denkkaders in het recht. De klemtoon ligt daarbij op de feministische en queer *rechtstheorie* als methodologisch kader voor feministisch en queer rechtswetenschappelijk onderzoek (d.i. de methodologie), veeleer dan op de concrete strategieën en technieken die onderzoekers daarbij toepassen (d.i. de zuivere methoden).⁹ Er wordt dus ook niet stilgestaan bij de inhoudelijke resultaten waartoe de toepassing van feministische en queer methoden in juridisch onderzoek kan leiden.¹⁰

I. FEMINISTISCHE RECHTSTHEORIE (*FEMINIST LEGAL THEORY*)

A. Oorsprong en definitie

4. Feministische rechtstheorie is nauw verbonden met feminisme in het algemeen.¹¹ Veel van de vroege feministen drongen aan op gelijke rechten tussen vrouwen en mannen, en mengden zich in die zin in het juridische debat.¹² Feministische rechtstheorie is dus geworteld in feministisch activisme, en bovendien sterk verweven met de opkomst van feminisme in de maatschappij en in andere wetenschapsdomeinen. Toch houdt feministische rechtstheorie iets anders in dan de loutere studie van feministische thema's in het recht.

5. Feministische rechtstheorie (*feminist legal theory*) ontstond in de jaren 1970 aan Amerikaanse rechtsfaculteiten, onder impuls van de eerste vrouwelijke

⁷ We erkennen dat er naast deze Anglo-Amerikaanse rechtsliteratuur nog andere feministische en queer rechtstradities bestaan, bv. binnen de Franstalige academie (zie o.m. BELLEAU M.-C., 'Les théories féministes: droit et différence sexuelle', *Revue trimestrielle de droit civil* 2001, 1-35). Onze insteek was erop gericht om de internationaal meest invloedrijke feministische en queer rechtsleer te ontsluiten voor een Belgisch (Nederlandstalig) publiek en die in vervolgonderzoek te verbreden en verdiepen door de integratie van andere perspectieven.

⁸ DAVIES M. en MUNRO V.E., 'Editors' Introduction' in DAVIES M. en MUNRO V.E. (eds.), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Routledge, 2013, 1; DISCH L. en HAWKESWORTH M., 'Feminist Theory: Transforming the Known World' in DISCH L. en HAWKESWORTH M. (eds.), *The Oxford Handbook of Feminist Theory*, Oxford University Press, 2015.

⁹ Zie voor deze 'methoden': CANNOOT P., GOOSSENS E. en SPINOY M. (eds.), *Feministische en queer onderzoeksmethoden in het recht*, Larcier-Intersentia, 2025, 517 p.

¹⁰ Dergelijke illustraties zijn opgenomen in deel 4 van het boek ('Toepassingen van feministische en queer onderzoeksmethoden in het recht').

¹¹ LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 11.

¹² Zie voor een overzicht FREDMAN S., *Women and the Law*, Oxford University Press, 1997, 1-95.

rechtenstudenten en onderzoekers.¹³ Dit onderzoeksdomein streefde ernaar om de relatie tussen recht en de subordinatie van vrouwen theoretisch te duiden.¹⁴ Rechtsgeleerden die feministische rechtstheorie bedreven, gingen dus verder dan het louter bekritisieren van het recht vanuit een genderperspectief. Zij ontwikkelden een theoretisch kader om de veronderstellingen die het recht maakt over vrouwen en mannen te verklaren en veranderen.¹⁵ In die zin vormt feministische rechtstheorie een subcategorie van *feminist jurisprudence* of feministische rechtsliteratuur, een bredere notie die verwijst naar rechtswetenschap over feministische thema's zoals gendergeelijkheid.¹⁶ In de praktijk is het evenwel vaak niet zo duidelijk of een bepaalde analyse deel uitmaakt van feministische rechtstheorie (*feminist legal theory*) of (enkel) van feministische rechtsliteratuur (*feminist jurisprudence*). Bovendien hanteert men in de literatuur soms ook feministische rechtsfilosofie (*feminist philosophy of law*) als synoniem voor feministische rechtstheorie, in het bijzonder in een interdisciplinaire context.¹⁷ Al deze begrippen worden dus geregeld door elkaar gebruikt.

6. Feministische rechtstheorie is intrinsiek pluralistisch. Feministische rechtsgeleerden gebruiken uiteenlopende en soms tegenstrijdige theoretische kaders om te reflecteren over de verhouding tussen gender en recht. Zij bouwen daarbij verder op inzichten uit de bredere genderstudies en andere wetenschapsdomeinen, die vaak een veel langere feministische onderzoekstraditie hebben. Die diversiteit en interdisciplinariteit zijn twee van de troeven van feministische rechtstheorie, omdat ze verzekeren dat complexe maatschappelijke en juridische thema's worden geanalyseerd vanuit een veelheid van perspectieven.¹⁸ Tegelijkertijd kan die diversiteit aan opvattingen ook onderling verdelen.

7. In wat volgt, geven wij een beknopt overzicht van enkele van de meest courante theoretische denkkaders binnen de feministische rechtstheorie.¹⁹ Deze stromingen

¹³ KELLY WEISBERG D., 'Introduction' in KELLY WEISBERG D. (ed.), *Feminist Legal Theory: Foundations*, Temple University Press, 1993, xvi.

¹⁴ BAER J.A., 'Feminist Theory and the Law' in CALDEIRA G.A., KELEMEN R.D. en WHITTINGTON K.E. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2009, 438 e.v.; WEST R., 'Women in the Legal Academy: A Brief History of Feminist Legal Theory', *Fordham L. Rev.* 2018, 980, 995.

¹⁵ BOURNE J. en DERRY C., *Gender and the law*, Routledge, 2018, 17.

¹⁶ WEST R., 'Women in the Legal Academy: A Brief History of Feminist Legal Theory', *Fordham L. Rev.* 2018, 980. Vgl. WILLIAMS J., 'Feminist Jurisprudence' in DISCH L. en HAWKESWORTH M. (eds.), *The Oxford Handbook of Feminist Theory*, Oxford University Press, 2015.

¹⁷ FRANCIS L. en SMITH P., 'Feminist Philosophy of Law' in ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2021 Edition, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/feminism-law/>.

¹⁸ BOURNE J. en DERRY C., *Gender and the law*, Routledge, 2018, 17.

¹⁹ De omvang van deze bijdrage noopte ons tot een zeer beperkte selectie van deze denkkaders. In CANNOOT P., GOOSSENS E. en SPINOY M. (eds.), *Feministische en queer onderzoeksmethoden in het recht*, Larcier-Intersentia, 2025, staan we stil bij nog een aantal bijkomende denkkaders, zoals het socialistisch feminisme, ecofeminisme en postmodern feminisme. We erkennen dat er, naast de door ons gehanteerde typologie, nog andere mogelijke onderverdelingen van feministische en queer juridische denkkaders mogelijk zijn. Zie bv. BELLEAU M.-C., 'Les théories féministes : droit et différence sexuelle', *Revue trimestrielle de droit civil* 2001, 1-35. Het gaat echter aan het doel van deze bijdrage voorbij om een exhaustief overzicht van de verschillende typologieën te bieden.

worden chronologisch weergegeven, aangezien elke stroming reageert tegen en kritiek levert op de reeds bestaande rechtswetenschap. Inzicht in de historische en wetenschappelijke context is dan ook nodig om de verschillende stromingen te doorgronden.²⁰ Tegelijkertijd blijft deze afbakening in afzonderlijke stromingen en hun situering in de tijd relatief.²¹ Zo wordt de ontwikkeling van het intersectionele denken en de anti-essentialistische kritieken op de andere stromingen (*infra* nrs. 17-22) doorgaans gesitueerd vanaf de jaren 1990, maar waren er ook voor die periode al auteurs en activisten die op invloedrijke wijze de blinde vlekken van bestaande feministische stromingen blootlegden.²² Er is dus geen sprake van één aanwijsbaar startpunt van een bepaald perspectief. In dezelfde zin blijven deze stromingen zich verder ontwikkelen: ze kennen allemaal tot op vandaag aanhangers, en zijn dus nog allemaal actueel. Het overzicht van de verschillende stromingen is dan ook onvermijdelijk een simplificatie, temeer omdat er stromingen ontbreken die momenteel nog minder uitgebouwd of courant zijn. Bovendien zijn veel feministische rechtsgeleerden niet in één denkkader te vatten. Het overzicht is dus veeleer te lezen als een heuristische indeling, niet als een volledige en statische weergave van de feministische rechtstheorie.

B. Stromingen

§ 1. Liberaal feminisme

8. In veel opzichten is liberaal feminisme ouder dan feministische rechtstheorie. Het liberalisme, met zijn centrale waarden van vrijheid en gelijkheid, schraagde de eerste feministische claims voor gelijke rechten in de westerse rechtstraditie.²³ Reeds in de 18e en 19e eeuw inspireerde het liberalisme een kritiek op de ondergeschikte positie van vrouwen in de maatschappij.²⁴ Ook in de 20e eeuw stond het gelijke rechten-discours lange tijd centraal in het feministisch activisme.²⁵ Een primaire doelstelling van feminisme was immers de formele,

²⁰ CHAMALLAS M., *Introduction to Feminist Legal Theory*, Wolters Kluwer, 2013, 17.

²¹ Net zoals het geval is voor de courante geschiedkundige opdeling van het feminisme in golven. Zie bv. DELAP L., *Feminisms — A Global History*, Penguin Random House, 2020, 5-14.

²² Zoals Sojourner Truth; Audre Lorde en de overige leden van de Combahee River Collective. Anderzijds heeft een intersectioneel perspectief ook in andere stromingen ingang gevonden. Bv. TONG R. en BOTTS T.F., *Feminist Thought: a More Comprehensive Introduction*, Westview Press, 2018, 30.

²³ ABBEY R., *The Return of Feminist Liberalism*, Routledge, 2011, 1.

²⁴ BOURNE J. en DERRY C., *Gender and the law*, Routledge, 2018, 17-18; FREDMAN S., *Women and the Law*, Oxford University Press, 1997, 9 e.v.; THOMAS T.A., 'The Long History of Feminist Legal Theory' in BRAKE D., CHAMALLAS M. en WILLIAMS V.L. (eds.), *The Oxford Handbook of Feminism and Law in the United States*, Oxford University Press, 2021, 1-18.

²⁵ LAW S.A., 'In defense of liberal feminism' in WEST R. en GRANT BOWMAN C. (eds.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, Edward Elgar, 2019, 27-28; McCLAIN L.C. en HACKER B.K., 'Liberal Feminist Jurisprudence: Foundational, Enduring, Adaptive' in BRAKE D., CHAMALLAS M. en WILLIAMS V.L. (eds.), *The Oxford Handbook of Feminism and Law in the United States*, Oxford University Press, 2021, 24-29. Voor België, zie HEIRBAUT D., 'De vrouwen(on)rechtsgeschiedenis van Napoleon tot vandaag: een verhaal van voortdurende vooruitgang?' in BREMS E., CANNOOT P. en STEVENS L. (eds.), *Recht & gender in België — 10 jaar later*, die Keure, 2021, 108-113.

wettelijke gelijkheid tussen mannen en vrouwen. Pas in de jaren 1970 en 1980 ontwikkelden feministische rechtsgeleerden verschillende stromingen van feministische rechtstheorie, waarbij het heersende gelijke rechten-discours als ‘liberaal feminisme’ werd aangemerkt.²⁶

9. De centrale these van het liberaal feminisme is dat vrouwen en mannen gelijk zijn in alle relevante opzichten en dus gelijk moeten worden behandeld.²⁷ De klassieke liberale waarden van vrijheid, gelijkheid, autonomie en rationaliteit zijn universeel en in dezelfde mate van toepassing op vrouwen en mannen.²⁸ Het recht moet dus de formele gelijkheid tussen de verschillende genders huldigen. Daarbij moet het recht komaf maken met de ongelijke behandeling van vrouwen, ook wanneer die is ingegeven vanuit een misplaatst beschermingsoogpunt, bv. op het vlak van arbeidsbeperkingen.²⁹ De nadruk ligt hierbij in de eerste plaats op gelijke rechten in de publieke sfeer, zoals publieke ambten, het onderwijs of de arbeidsmarkt.³⁰

10. Voor het recht is liberaal feminisme tot op vandaag wellicht de meest invloedrijke feministische stroming. In het bijzonder blijft liberaal feminisme een sterke drijvende kracht achter het elimineren van gendergebonden discriminaties in het recht.³¹ Tegelijkertijd stootte het liberaal feminisme ook op zijn limieten, wat aanleiding gaf tot een aantal fundamentele kritieken. Een eerste kritiek neemt de centrale these dat vrouwen en mannen gelijk zijn op de korrel. Biologische en socioculturele verschillen tussen de genders, zoals zwangerschap en ongelijk verdeelde zorgtaken, dagen de formele wettelijke gelijkheid uit. De belangen van vrouwen nopen hier volgens velen net tot een bijzonder juridisch regime, niet tot gelijke behandeling.³² Volgens een tweede kritiek blijft het liberaal feminisme de mannelijke norm centraal stellen.³³ Wie de gelijke behandeling van vrouwen en mannen bepleit, denkt nog steeds binnen

²⁶ LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 12. Zie ook CHAMALLAS M., *Introduction to Feminist Legal Theory*, Wolters Kluwer, 2013, 19-20.

²⁷ CHAMALLAS M., *Introduction to Feminist Legal Theory*, Wolters Kluwer, 2013, 19.

²⁸ MCCLAIN L.C. en HACKER B.K., ‘Liberal Feminist Jurisprudence: Foundational, Enduring, Adaptive’ in BRAKE D., CHAMALLAS M. en WILLIAMS V.L. (eds.), *The Oxford Handbook of Feminism and Law in the United States*, Oxford University Press, 2021, 19; WEST R., ‘Relational Feminism and the Law’ in WEST R. en GRANT BOWMAN C. (eds.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, Edward Elgar, 2019, 65-66.

²⁹ LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 13.

³⁰ BOURNE J. en DERRY C., *Gender and the law*, Routledge, 2018, 18-19.

³¹ CHAMALLAS M., *Introduction to Feminist Legal Theory*, Wolters Kluwer, 2013, 46; LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 15.

³² Zie voor een overzicht CHAMALLAS M., *Introduction to Feminist Legal Theory*, Wolters Kluwer, 2013, 21, 51 e.v. en FINEMAN M.A., *The Neutered Mother, the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, Routledge, 1995, 36-42.

³³ HUNTER R., ‘Contesting the Dominant Paradigm: Feminist Critiques of Liberal Legalism’ in DAVIES M. en MUNRO V.E. (eds.), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Routledge, 2013, 13-17.

het heersende juridische kader. Vrouwen assimileren zich dan enkel aan de mannelijke norm, maar stellen de norm zelf niet in vraag.³⁴ Ten derde veronachtzaamt de liberale klemtoon op de autonomie van het individu structurele machtsdynamieken. Zo kan de toestemming van vrouwen in situaties van economische of seksuele ondergeschiktheid bezwaarlijk vrij en rationeel worden genoemd.³⁵ Ten vierde wordt het liberaal feminisme een te grote focus op de publieke sfeer verweten.³⁶ Het gelijke rechten-discours richtte zich voornamelijk op de zichtbare ongelijkheden tussen de genders in de publieke sfeer, maar negeerde — en bestendigde — zo het onzichtbare patriarchaat in de familie.³⁷ Tot slot waren veel liberaal feministische strijdpunten voornamelijk ingegeven door de belangen van de witte, cisgender, heteroseksuele middenklasse.³⁸ Pas later kregen de stemmen van vrouwen die afwijken van die norm, meer aandacht in het publieke debat (*infra* nr. 17.).

§ 2. Relatieve feminisme

11. Zwangerschap vormde een uitdaging voor het liberaal feminisme. Een doorgedreven formele gelijkheid tussen mannen en vrouwen zorgt op dit vlak immers voor feitelijk onbillijke gevolgen, aangezien een gelijkheidsparadigma geen rekening houdt met de specifieke noden van zwangere vrouwen en andere personen. Zwangerschap, maar ook de daaropvolgende invulling van moederschap, zorgtaken en rollenpatronen binnen het gezin, vormden daarom een katalysator voor een andere soort van feminisme.³⁹

³⁴ Zie voor een overzicht FINEMAN M.A., *The Neutered Mother, the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, Routledge, 1995, 36-42. Zie ook McCLAIN L.C. en HACKER B.K., 'Liberal Feminist Jurisprudence: Foundational, Enduring, Adaptive' in BRAKE D., CHAMALLAS M. en WILLIAMS V.L. (eds.), *The Oxford Handbook of Feminism and Law in the United States*, Oxford University Press, 2021, 29.

³⁵ HUNTER R., 'Contesting the Dominant Paradigm: Feminist Critiques of Liberal Legalism' in DAVIES M. en MUNRO V.E. (eds.), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Routledge, 2013, 23-24; WEST R., 'Introduction to the Research Handbook on Feminist Jurisprudence' in WEST R. en GRANT BOWMAN C. (eds.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, Edward Elgar, 2019, 9-10.

³⁶ HUNTER R., 'Contesting the Dominant Paradigm: Feminist Critiques of Liberal Legalism' in DAVIES M. en MUNRO V.E. (eds.), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Routledge, 2013, 19 e.v.; WEST R., 'Introduction to the Research Handbook on Feminist Jurisprudence' in WEST R. en GRANT BOWMAN C. (eds.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, Edward Elgar, 2019, 10.

³⁷ ABBEY R., *The Return of Feminist Liberalism*, Routledge, 2011, 11 e.v.

³⁸ BOURNE J. en DERRY C., *Gender and the law*, Routledge, 2018, 22; FREDMAN S., *Women and the Law*, Oxford University Press, 1997, 2.

³⁹ CHAMALLAS M., *Introduction to Feminist Legal Theory*, Wolters Kluwer, 2013, 20-21; FINEMAN M.A., *The Neutered Mother, the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, Routledge, 1995, 39 e.v.; LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 15; WEST R., 'Introduction to the Research Handbook on Feminist Jurisprudence' in WEST R. en GRANT BOWMAN C. (eds.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, Edward Elgar, 2019, 15.

12. De jaren 1980 markeerden de opkomst van het relationeel feminisme (ook cultureel feminisme of verschilfeminisme genoemd).⁴⁰ Waar liberaal feminisme een assimilatie aan de mannelijke norm veronderstelde, dringt relationeel feminisme aan op een accommodatie van de verschillen tussen de genders.⁴¹ Die benadering laat een grotere nadruk op de feitelijke leefomstandigheden van vrouwen toe, voorbij de wettelijke gelijkheid. Relationeel feminisme kijkt dus ook naar de materiële gelijkheid tussen de genders, en niet louter naar de formele gelijkheid.⁴² Daarnaast besteedt het relationeel feminisme ook veel aandacht aan waarden die traditioneel met vrouwen worden geassocieerd, zoals zorg en interpersoonlijke relaties, en de verankering daarvan in het recht.⁴³

13. Relationeel feminisme heeft vele verdiensten. Het verlegde de klemtoon van formele naar materiële gelijkheid en omarmde de (veronderstelde) verschillen tussen vrouwen en mannen, in plaats van deze te misprijzen of te negeren.⁴⁴ Tegelijk is relationeel feminisme ook vatbaar voor kritiek. In het bijzonder leunt de relationeel feministische beeldvorming van vrouwen als intrinsiek zorgend en altruïstisch volgens sommigen wel erg sterk aan bij de stereotypen uit het verleden.⁴⁵ Als vrouwen worden gedefinieerd door zorgende eigenschappen — wat de critici betwisten —, is het maar een kleine stap om hen terug te dringen naar de familiale sfeer. Dit zou de verwezenlijkingen van het liberaal feminisme terugdraaien.⁴⁶ Een dergelijke essentialisering van vrouwen tot zorgende, moeder-achtige figuren weerspiegelt bovendien onvoldoende de diversiteit tussen vrouwen (en mannen) onderling.⁴⁷

⁴⁰ Als startpunt wordt doorgaans verwezen naar GILLIGAN C., *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, 1982, 184 p. Zij beweerde dat mannen bij het maken van morele keuzes een ethiek van rechtvaardigheid aanhangen en vrouwen een ethiek van zorg.

⁴¹ FINEMAN M.A., *The Neutered Mother, the Sexual Family and Other Twentieth Century Tragedies*, Routledge, 1995, 36-42; LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 19.

⁴² GOOSSENS E., 'Genderdynamieken in het relatievermogensrecht: de zuivere scheiding van goederen door de lens van feministische rechtstheorie' in BREMS E. en STEVENS L. (eds.), *Recht en gender in België*, die Keure, 2011, 143-144; WEST R., 'Relational Feminism and the Law' in WEST R. en GRANT BOWMAN C. (eds.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, Edward Elgar, 2019, 67.

⁴³ NEDELSKY J., 'A Relational Approach to Law and Its Core Concepts' in BRAKE D., CHAMALLAS M. en WILLIAMS V.L. (eds.), *The Oxford Handbook of Feminism and Law in the United States*, Oxford University Press, 2021, 57 e.v.; WEST R., 'Jurisprudence and Gender', *University of Chicago Law Review* 1988, 1-72.

⁴⁴ LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 7.

⁴⁵ WILLIAMS J.C., 'Deconstructing Gender', *Michigan Law Review* 1989, 803 e.v.

⁴⁶ Zie hierover CHAMALLAS M., *Introduction to Feminist Legal Theory*, Wolters Kluwer, 2013, 72-74 en LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 18.

⁴⁷ BAER J.A., 'Feminist Theory and the Law' in CALDEIRA G.A., KELEMEN R.D. en WHITTINGTON K.E. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, 2009, 441; HARRIS A.P., 'Race and Essentialism in Feminist Legal Theory', *Stanford Law Review* 1990, 602-605.

§ 3. Radicaal feminisme

14. Parallel met het relationeel feminisme kwam nog een andere feministische stroming tot wasdom: het radicaal feminisme, soms ook de dominantiebenadering genoemd.⁴⁸ De katalysator voor radicaal feminisme was Catharine MacKinnon's essaybundel *Feminism Unmodified*.⁴⁹ Zij verwerpt het gelijkheid vs. verschil-debat dat typerend is voor de gedachtewisseling tussen liberaal en relationeel feminisme. In beide gevallen blijft de man immers de referentie, hetzij om de gelijkheid tussen vrouwen en mannen te verdedigen, hetzij om de verschillen met vrouwen af te meten.⁵⁰ Het radicaal feminisme herijkt het debat daarentegen naar een machtsparadigma. De ongelijkheden die vrouwen in hun leven ervaren, zijn te wijten aan een sociale orde gebaseerd op mannelijke overheersing en vrouwelijke subordinitie, nl. het patriarchaat. Het recht is in die visie een uitdrukking en instrument van diezelfde sociale orde.⁵¹

15. De grondslag van de mannelijke overheersing is, volgens het radicaal feminisme, seksualiteit.⁵² De mannelijke controle op vrouwelijke seksualiteit definieert in deze visie genderverhoudingen en machtsdynamieken, en vormt de spil van genderongelijkheid.⁵³ Het is dan ook niet verwonderlijk dat het radicaal feminisme zich voornamelijk toeleide op rechtsproblemen gelieerd aan seksualiteit, zoals sekswerk, seksueel geweld, seksuele intimidatie op de werkvloer en pornografie.

16. De grote verdienste van het radicaal feminisme is dat het onderliggende machtsdynamieken, geënt op de vrouwelijke seksualiteit, zichtbaar maakte. Zo zette het seksuele intimidatie op de werkvloer mee op de agenda en droeg het bij aan de conceptualisering van seksueel geweld in het strafrecht en internationaal recht.⁵⁴ Radicaal feminisme is echter minstens even controversieel

⁴⁸ HOLTMAAT R., 'Encyclopedie van gender en recht: een introductie tot feministische rechtstheorie' in BREMS E., CANNOOT P. en STEVENS L. (eds.), *Recht & gender in België — 10 jaar later*, die Keure, 2021, 47.

⁴⁹ MacKinnon C., *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, 1987, 315 p.

⁵⁰ *Ibid.*, 34.

⁵¹ *Ibid.*, 40 e.v. Zie ook CHEN C., 'Catharine A. MacKinnon and equality theory' in WEST R. en GRANT BOWMAN C. (eds.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, Edward Elgar, 2019, 46-49; HUNTER R., 'Contesting the Dominant Paradigm: Feminist Critiques of Liberal Legalism' in DAVIES M. en MUNRO V.E. (eds.), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Routledge, 2013, 23-24; LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 20-21.

⁵² MacKinnon C., *Towards a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 1989, 109, 127.

⁵³ *Ibid.*, 113.

⁵⁴ CHEN C., 'Catharine A. MacKinnon and equality theory' in WEST R. en GRANT BOWMAN C. (eds.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, Edward Elgar, 2019, 52-59; CHAMALLAS M., *Introduction to Feminist Legal Theory*, Wolters Kluwer, 2013, 58-59; HUNTER R., 'Contesting the Dominant Paradigm: Feminist Critiques of Liberal Legalism' in DAVIES M. en MUNRO V.E. (eds.), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Routledge, 2013, 24.

als invloedrijk.⁵⁵ De voornaamste kritiek bestaat erin dat radicaal feminisme zou essentialiseren. Het vereenzelvigd ten eerste ‘de vrouwelijke ervaring’ met de ervaringen van een subgroep van vrouwen, namelijk witte, heteroseksuele vrouwen uit de middenklasse; en reduceert ten tweede alle vrouwen tot slachtoffers.⁵⁶ Om die laatste reden theoretiseert het radicaal feminisme volgens critici de vrouwelijke seksualiteit enkel als een site van oppressie, en niet als een bron van plezier.⁵⁷

§ 4. Anti-essentialisme en intersectioneel feminisme

17. Al voorafgaand aan de ontwikkeling van feministische rechtstheorie klinkt de kritiek dat ‘mainstream’ feministisch activisme voornamelijk één soort vrouwelijke ervaring belicht en afwijkende ervaringen in de marges houdt. Zo werd de campagne voor het vrouwenstemrecht voornamelijk door — en volgens sommigen voor — vrouwen uit de gegoede, witte middenklasse gevoerd.⁵⁸ In dezelfde zin miskende activisme rondom andere ‘klassieke’ feministische thema’s, zoals het onderscheid tussen de publieke en private sfeer en de beperkte toegang tot de arbeidsmarkt, de situatie van vrouwen uit lagere klassen en veel vrouwen van kleur voor wie het geen optie was geen inkomen te verdienen.⁵⁹ Ook doorheen de ontwikkeling van de verschillende stromingen in de feministische rechtstheorie wijzen onderzoekers en activisten op de diversiteit aan vrouwelijke ervaringen en op de veelheid aan factoren die iemands ervaring of benadeling kunnen bepalen.⁶⁰ De ‘essentieel vrouwelijke’ ervaring die verschillende auteurs in de *supra* besproken stromingen beschrijven, blijkt meestal de witte, gegoede, heteroseksuele en cisgender

⁵⁵ Zie voor een overzicht van de kritieken CHEN C., ‘Catharine A. MacKinnon and equality theory’ in WEST R. en GRANT BOWMAN C. (eds.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, Edward Elgar, 2019, 59-63.

⁵⁶ HARRIS A.P., ‘Race and Essentialism in Feminist Legal Theory’, *Stanford Law Review* 1990, 590-601, 612. Vgl. CRENSHAW K., ‘Close Encounters of Three Kinds: On Teaching Dominance Feminism and Intersectionality’, *Tulsa Law Review* 2010, 151-189.

⁵⁷ FRANKE K.M., ‘Theorizing yes: an essay on feminism, law, and desire’, *Columbia Law Review* 2001, 198 e.v.

⁵⁸ Vgl. de toespraak ‘Ain’t I a Woman’ van Sojourner Truth die de verschillen illustreerde tussen de situatie van de meeste (bevoorrechte en witte) vrouwen die voor vrouwenstemrecht stredden en de ervaring van een tot slaaf gemaakte zwarte vrouw (TONG R. en BOTTS T.F., *Feminist Thought: a More Comprehensive Introduction*, Westview Press, 2018, 106 en 109-111).

⁵⁹ TONG R. en BOTTS T.F., *Feminist Thought: a More Comprehensive Introduction*, Westview Press, 2018, 35 en 105-108; FREDMAN S., *Women and the Law*, Oxford University Press, 1997, 2 en 17. Zie ook de Combahee River Collective Statement uit 1977.

⁶⁰ LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 24-25. Bv. MURRAY P. en EASTWOOD M.O., ‘Jane Crow and the Law: Sex Discrimination and Title VII’, *George Washington L. Rev.* 1965, 232-256; DAVIS A.Y., *Women, Race & Class*, Random House, 1983, 166 p. Ruimer verschijnt in deze periode ook invloedrijk werk van denkers als Audre Lorde en bell hooks. Zie TONG R. en BOTTS T.F., *Feminist Thought: a More Comprehensive Introduction*, Westview Press, 2018, 106-115.

vrouw als (impliciet) uitgangspunt te nemen.⁶¹ Hoewel feministische rechtstheorie bekritiseert dat recht en rechtswetenschap een mannelijk perspectief als universeel beschouwen, doet ze hetzelfde door één soort vrouwelijke ervaring te universaliseren.⁶² Tegelijkertijd negeert ze daardoor de ervaringen van vrouwen uit minderheidsgroepen en werkt ze hun (verdere) benadeling en uitsluiting in de hand.⁶³

18. ‘Anti-essentialistische’ feministen wijzen op die blinde vlekken in feministisch rechtswetenschappelijk onderzoek en vertrekken vanuit de vaststelling dat identiteiten meerlagig of complex zijn.⁶⁴ Ze maken verschillen binnen de groep ‘vrouwen’ zichtbaar en gaan na op welke manier ook binnen die groep machtsverhoudingen een rol spelen. Geslacht en gender vormen één element van iemands identiteit maar ook iemands raciale of etnische achtergrond, seksuele oriëntatie, handicap ... bepaalt mee hun specifieke ervaring.⁶⁵ Een goed begrip van de manier waarop structurele ongelijkheid tot stand komt en in stand wordt gehouden, vereist ook een analyse van de manier waarop verschillende identiteitskenmerken in de samenleving tot benadeling kunnen leiden en hoe deze kenmerken op elkaar kunnen inwerken.⁶⁶ Anti-essentialistisch feministisch onderzoek gaat na hoe verschillende vormen van ongelijkheden of ‘*axes of oppression*’ op elkaar inwerken en elkaar mee in stand houden.⁶⁷ Enkel door de samenhang en verhouding tussen verschillende ongelijkheden te begrijpen,

⁶¹ LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 24-25. Vgl. HOLTMAAT R., ‘Encyclopedie van gender en recht: een introductie tot feministische rechtstheorie’ in BREMS E., CANNOOT P. en STEVENS L. (eds.), *Recht & gender in België — 10 jaar later*, die Keure, 2021, 48-49 over de definitie van essentialisme.

⁶² LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 24-25; MINOW M., ‘Feminist Reason: Getting It and Losing It’, *Journal of Legal Education* 1988, 47-60.

⁶³ LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 24-25; KELLY WEISBERG D., ‘Introduction’ in KELLY WEISBERG D. (ed.), *Feminist Legal Theory: Foundations*, Temple University Press, 1993, 335-336; CARBADO D.W., CRENSHAW K., MAYS V.M. en TOMLINSON B., ‘Intersectionality: Mapping the Movements of a Theory’, *Du Bois Review* 2013, 304; HUNTER R., ‘Critical legal feminisms’ in CHRISTODOULIDIS E., DUKES R. en GOLDONI M. (eds.), *Research Handbook on Critical Legal Theory*, Edward Elgar, 2021, 52-53.

⁶⁴ LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 24-25. Vgl. CHAMALLAS M., *Introduction to Feminist Legal Theory*, Wolters Kluwer, 2013, 23-26, 91 e.v. die deze stroming identificeert als de generatie van ‘complexe identiteiten’. Zie ook ATREY S., *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, 2019, 33-34. Anti-essentialisme wordt ook benoemd als ‘verschildenken’ (HOLTMAAT R., ‘Encyclopedie van gender en recht: een introductie tot feministische rechtstheorie’ in BREMS E., CANNOOT P. en STEVENS L. (eds.), *Recht & gender in België — 10 jaar later*, die Keure, 2021, 48 en 80).

⁶⁵ LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 24-25; ATREY S., *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, 2019, 33-34.

⁶⁶ LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 24-25; ATREY S., *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, 2019, 45-48.

⁶⁷ LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 24-25. Vgl. TONG R. en BOTTS T.F., *Feminist Thought: a More Comprehensive Introduction*, Westview Press, 2018, 108.

kan rechtswetenschappelijk onderzoek aanbevelingen doen die resulteren in meer gelijkheid en rechtvaardigheid.⁶⁸

19. Hoewel dergelijke kritieken steeds aanwezig waren⁶⁹, wordt de ontwikkeling van anti-essentialisme in de feministische rechtstheorie doorgaans gesitueerd in de tweede helft van de jaren 1980 en de jaren 1990.⁷⁰ Een van de meest toonaangevende ontwikkelingen tot op de dag van vandaag is de introductie van de term ‘intersectionaliteit’ door Kimberlé CRENSHAW in 1989. In een invloedrijke bijdrage toont ze hoe het toenmalige antidiscriminatierecht tekortschiet voor zwarte vrouwen.⁷¹ Het verbiedt immers enkel discriminatie op grond van een enkel persoonskenmerk, bijvoorbeeld op grond van ras of op grond van geslacht.⁷² Waar de benadeling van zwarte vrouwen verschilt van die van witte vrouwen of van die van zwarte mannen en er dus sprake is van een samenspel van geslacht en ras, weigeren rechters hun benadeling te erkennen.⁷³ CRENSHAW benadrukt dat zwarte vrouwen niet enkel discriminatie kunnen ondervinden die hetzelfde is als die van zwarte mannen of witte vrouwen (discriminatie op basis van ras of op basis van geslacht) maar ook discriminatie die zij specifiek als zwarte vrouwen, op de doorsnede van ras en geslacht, ervaren.⁷⁴ Dit benoemt ze intersectionaliteit (of in het Nederlands ook: kruispuntdenken) want “[d]iscrimination, like traffic through an intersection, may flow in one direction, and it may flow in another. If an accident happens in an intersection, it can be caused by cars traveling from any number of directions and, sometimes,

⁶⁸ LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 24-25; ATREY S., *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, 2019, 45-48; CRENSHAW K., ‘Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics’, *University of Chicago Legal Forum* 1989, 166-167.

⁶⁹ Zie bv. CRENSHAW K., ‘This Is Not A Drill: The War Against Antiracist Teaching in America’, *UCLA Law Review* 2022, 1708-1710, waarin ze aangeeft dat ze voortbouwt op het werk van heel wat voorgangers en daarmee ook de collectieve dimensie van kennisproductie benadrukt. Vgl. HOUH E., ‘A Genealogy of Intersectionality’ in BRAKE D. (ed.), *The Oxford Handbook of Feminism and Law in the United States*, Oxford University Press, 2021, 78-82.

⁷⁰ Bv. CHAMALLAS M., *Introduction to Feminist Legal Theory*, Wolters Kluwer, 2013, 23, 91; LEVIT N. en VERCHICK R.R.M., *Feminist Legal Theory*, New York University Press, 2016, 24. RICH G., ‘Feminism Is Dead, Long Live Feminisms: A Postmodern Take on the Road to Gender Equality’ in BRAKE D. (ed.), *The Oxford Handbook of Feminism and Law in the United States*, Oxford University Press, 2021, 114-116.

⁷¹ CRENSHAW K., ‘Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics’, *University of Chicago Legal Forum* 1989, 139-167.

⁷² We hanteren hier de termen ‘ras’ en ‘geslacht’ in overeenstemming met de toepasselijke antidiscriminatiwetgeving, de *Civil Rights Act 1964*.

⁷³ CRENSHAW K., ‘Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics’, *University of Chicago Legal Forum* 1989, 141-148.

⁷⁴ *Ibid.*, 148-150. Zie ook ATREY S., *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, 2019, 37-40: intersectionaliteit analyseert zowel de gelijkenissen als de verschillen tussen groepen.

from all of them.”⁷⁵ CRENSHAW past deze intersectionele lens vervolgens toe op verschillende klassieke feministische thema's en toont aan hoe voorgaande feministische analyses de specifieke benadeling van zwarte vrouwen met betrekking tot deze thema's over het hoofd zien.⁷⁶

20. In dezelfde periode wijzen ook andere auteurs op gelijkaardige gebreken in de feministische rechtstheorie.⁷⁷ Door eerdere feministische rechtstheorie te vergelijken met de ervaringen of andersheid van specifieke groepen, tonen ze aan dat een fijnmazigere analyse vereist is. Hun werk geeft (nog steeds) aanleiding tot nieuwe stromingen van feministisch (rechts)denken die met elkaar gemeen hebben dat ze oog hebben voor complexere identiteiten en de daarmee samenhangende interactie tussen onderdrukkende structuren, zoals *critical race* feminisme, lesbisch feminisme, postkoloniaal feminisme, trans-feminisme, Latijns-Amerikaans feminisme, Romani-feminisme, *indigenous feminism*, *crip feminism*.⁷⁸ Hoewel het anti-essentialistisch en intersectioneel denken vooral ontstaan is uit het werk van vrouwen van kleur, is dat zeker niet het enige onderzoek waarin deze lens wordt toegepast.⁷⁹ Ruimer heeft de intersectionele methode doorheen de menswetenschappen en zelfs het maatschappelijke debat breed ingang gevonden.⁸⁰ Het is dan ook niet verrassend dat feministische rechtstheorie steeds vaker vertrekt vanuit een intersectioneel

⁷⁵ CRENSHAW K., 'Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics', *University of Chicago Legal Forum* 1989, 149.

⁷⁶ *Ibid.*, 152-160.

⁷⁷ O.M. HARRIS A.P., 'Race and Essentialism in Feminist Legal Theory', *Stanford Law Review* 1990, 581-616; SPELMAN E.V., *Inessential Woman: Problems of Exclusion in Feminist Thought*, Beacon Press, 1988, 221 p.; AUSTIN R., 'Sapphire Bound', *Wisconsin Law Review* 1989, 539-578; CAIN P.A., 'Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories', *Berkeley Women's Law Journal* 1989, 199-214; MINOW M., 'Feminist Reason: Getting It and Losing It', *Journal of Legal Education* 1988, 47-60; DAVIS A.Y., *Women, Race & Class*, Random House, 1983. Zie voor een overzicht, bv. ATREY S., *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, 2019, 35.

⁷⁸ ATREY S., *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, 2019, 34-35. Zie voor een ruimere bespreking van deze verschillende stromingen onder meer: CANNOOT P., GOOSSENS E. en SPINOY M. (eds.), *Feministische en queer onderzoeksmethoden in het recht*, Larcier-Intersentia, 2025; TONG R. en BOTTS T.F., *Feminist Thought: a More Comprehensive Introduction*, Westview Press, 2018, 105-154; KÓCZÉ A., 'Missing Intersectionality: Race/Ethnicity, Gender, and Class in Current Research and Policies on Romani Women in Europe', *Center for Policy Studies Central European University* 2009, 17-44. Vgl. HUNTER R., 'Critical legal feminisms' in CHRISTODOULIDIS E., DUKES R. en GOLDONI M. (eds.), *Research Handbook on Critical Legal Theory*, Edward Elgar, 2021, 48-50 die anti-essentialisme als kernelement van *critical legal feminism* benoemt.

⁷⁹ Zie bv. CARBADO D.W., 'Colorblind Intersectionality', *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 2013, 811-845; MACKINNON C., 'Intersectionality as Method: a Note', *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 2013, 1019-1020; GOETHALS T., DE SCHAUWER E. en VAN HOVE G., 'Weaving Intersectionality into Disability Studies Research: Inclusion, Reflexivity and Anti-Essentialism', *Journal of Diversity and Gender Studies* 2015, 75-94.

⁸⁰ Vgl. ATREY S., *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, 2019, 33-34; CARBADO D.W., CRENSHAW K., MAYS V.M. en TOMLINSON B., 'Intersectionality: Mapping the Movements of a Theory', *Du Bois Review* 2013, 304-305.

perspectief.⁸¹ Soms wordt echter de vraag gesteld of intersectionaliteit hierbij niet tot ‘buzzword’ wordt herleid: de analyse wordt al te makkelijk beperkt tot een optelsom van iemands identiteitskenmerken zonder de daarmee gepaard gaande analyse van de bijbehorende structurele machtsverhoudingen.⁸²

21. Ook deze stroming krijgt verschillende kritieken.⁸³ Een eerste kritiekpunt stelt dat deze theorieën onvoldoende verbindend of politiek mobiliserend zijn. Door te problematiseren dat er een gemeenschappelijke vrouwelijke ervaring is, zou het ook aanzienlijk moeilijker worden om betekenisvol structurele uitsluiting aan te klagen en gezamenlijke (politieke) doelstellingen na te streven.⁸⁴ Het zou bijna onmogelijk worden om stelling te nemen over ervaringen van groepen of wenselijke structurele veranderingen, aangezien het steeds mogelijk is verdere subgroepen te identificeren (*‘infinite regress problem’*).⁸⁵ Een verwante kritiek stelt dat intersectioneel denken te veel bezig is met identiteitskenmerken en individuele ervaringen, waardoor het ijveren voor sociale verandering zou neerkomen op een *‘oppression olympics’* waarbij degene die op de meeste gronden benadeeld wordt, er het beste uitkomt.⁸⁶ Een derde kritiek verwijt voornamelijk intersectionele denkers een te myopische blik: ze zouden op hun beurt enkel aandacht hebben voor een beperkt aantal identiteitskenmerken (voornamelijk ras en geslacht) en vertrekken vanuit problematische (en essentialistische) concepten als een vaststaand ras en geslacht.⁸⁷ Daardoor zien ze bijvoorbeeld niet de onderdrukking die gepaard gaat met sociale ongelijkheden

⁸¹ Bv. DAVIES M. en MUNRO V.E., ‘Editors’ Introduction’ in DAVIES M. en MUNRO V.E. (eds.), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Routledge, 2013, 2-3.

⁸² Zie bv. HOUE E., ‘A Genealogy of Intersectionality’ in BRAKE D. (ed.), *The Oxford Handbook of Feminism and Law in the United States*, Oxford University Press, 2021, 75; DE BECO G., ‘Harnessing the Full Potential of Intersectionality in International Human Rights Law: Lessons from Disabled Children’s Right to Education’ in ATREY S. en DUNNE P. (eds.), *Intersectionality and Human Rights Law*, Hart Publishing, 2020, 40-48. Vgl. THEILEN J., ‘Intersectionality’s Travels to International Human Rights Law’, *Michigan Journal of International Law* 2024, 233-274.

⁸³ Zie bv. ATREY S., *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, 2019, 54-63 en de verwijzingen daar; WONG J., ‘The Anti-Essentialism v. Essentialism Debate in Feminist Legal Theory: The Debate and Beyond’, *William & Mary Journal of Women and the Law* 1999, 287-296.

⁸⁴ TONG R. en BOTTS T.F., *Feminist Thought: a More Comprehensive Introduction*, Westview Press, 2018, 128; GRILLO T., ‘Anti-Essentialism and Intersectionality: Tools to Dismantle the Master’s House’, *Berkeley Women’s Law Journal* 1995, 21.

⁸⁵ TONG R. en BOTTS T.F., *Feminist Thought: a More Comprehensive Introduction*, Westview Press, 2018, 128; ATREY S., *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, 2019, 54 en 58. Vgl. YOUNG I.M., ‘Gender as Seriality: Thinking about Women as a Social Collective’, *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 1994, 717-738.

⁸⁶ GRILLO T., ‘Anti-Essentialism and Intersectionality: Tools to Dismantle the Master’s House’, *Berkeley Women’s Law Journal* 1995, 27-28; ATREY S., *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, 2019, 54. Voor het eerste gebruik van de term *‘oppression olympics’* zie DAVIS A.Y. en MARTINEZ E., ‘Coalition Building Among People of Color’, *Inscriptions* 1993, <https://culturalstudies.ucsc.edu/inscriptions/volume-7/angela-y-davis-elizabeth-martinez/>.

⁸⁷ TONG R. en BOTTS T.F., *Feminist Thought: a More Comprehensive Introduction*, Westview Press, 2018, 129; ATREY S., *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, 2019, 54-58.

en de rol van sociale klassen.⁸⁸ Als antwoord daarop wordt soms het concept ‘*interstitiality*’ naar voren geschoven, dat de niet-essentiële aard van groepen en identiteitskenmerken benadrukt en de ervaringen in de ruimtes tussen afgebakende of mainstream groepen belicht.⁸⁹ ‘*Interstitiality*’ sluit de toepassing van intersectioneel denken niet noodzakelijk uit, maar kan ook gezien worden als een aanvulling daarop.⁹⁰ Antwoorden op deze kritieken wijzen erop dat het er net om gaat deze identiteitskenmerken in hun context te zien en dus aandacht te besteden aan alle verschillende mogelijke vormen van structurele onderdrukking.⁹¹ Identiteitskenmerken zijn relevant omdat en in de mate dat ze informatie geven over machtsverhoudingen en structurele ongelijkheid en onderdrukking.⁹² Dit blijft niet beperkt tot ras en geslacht; van bij het begin was in deze theorievorming bijvoorbeeld ook aandacht voor de rol van klasse en armoede en stond het concept ook open voor ruimere toepassingen.⁹³

22. Ten slotte vormt intersectionaliteit, als vertegenwoordiger van een ruimere beweging die sociale rechtvaardigheid nastreeft⁹⁴, een doelwit van een conservatieve tegenbeweging, voornamelijk in de Verenigde Staten.⁹⁵ Volgens aanhangers van deze tegenbeweging zou dit concept de samenleving verdelen en een gevaar

⁸⁸ ATREY S., *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, 2019, 54-56.

⁸⁹ BV. TONG R. en BOTTS T.F., *Feminist Thought: a More Comprehensive Introduction*, Westview Press, 2018, 129. Zie uitgebreider bv. BOW L., ‘Racial Interstitiality and the Anxieties of the ‘Partly Colored’: Representations of Asians under Jim Crow’ in DESAI J. en JOSHI K.Y. (eds.), *Asian Americans in Dixie*, University of Illinois Press, 2013, 54-76; LEE K., ‘Rethinking with Patricia Hill Collins: A Note Towards Intersectionality as Interlocutory Interstitiality’, *Journal of Speculative Philosophy* 2012, 466-473; SHETH F.A., ‘Interstitiality: Making Space for Migration, Diaspora, and Racial Complexity’, *Hypatia* 2014, 75-93.

⁹⁰ TONG R. en BOTTS T.F., *Feminist Thought: a More Comprehensive Introduction*, Westview Press, 2018, 129.

⁹¹ ATREY S., *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, 2019, 48-51 en 55-58; DE BECO G., ‘Harnessing the Full Potential of Intersectionality in International Human Rights Law: Lessons from Disabled Children’s Right to Education’ in ATREY S. en DUNNE P. (eds.), *Intersectionality and Human Rights Law*, Hart Publishing, 2020, 43-46.

⁹² ATREY S., *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, 2019, 48-51 en 55-58; DE BECO G., ‘Harnessing the Full Potential of Intersectionality in International Human Rights Law: Lessons from Disabled Children’s Right to Education’ in ATREY S. en DUNNE P. (eds.), *Intersectionality and Human Rights Law*, Hart Publishing, 2020, 43-46.

⁹³ ATREY S., *Intersectional Discrimination*, Oxford University Press, 2019, 55-58; CARBADO D.W., ‘Colorblind Intersectionality’, *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 2013, 811-845; HOUE E., ‘A Genealogy of Intersectionality’ in BRAKE D. (ed.), *The Oxford Handbook of Feminism and Law in the United States*, Oxford University Press, 2021, 75. Vgl. CARBADO D.W., CRENSHAW K., MAYS V.M. en TOMLINSON B., ‘Intersectionality: Mapping the Movements of a Theory’, *Du Bois Review* 2013, 304-305.

⁹⁴ Zie bv. CRENSHAW K., ‘This Is Not A Drill: The War Against Antiracist Teaching in America’, *UCLA Law Review* 2022, 1718 over het gebruik van dit discours om ook anti-LGBTQ+ wetswijzigingen door te voeren.

⁹⁵ BV. CRENSHAW K., ‘This Is Not A Drill: The War Against Antiracist Teaching in America’, *UCLA Law Review* 2022, 1704-1729; HOUE E., ‘A Genealogy of Intersectionality’ in BRAKE D. (ed.), *The Oxford Handbook of Feminism and Law in the United States*, Oxford University Press, 2021, 88. Vgl. BUTLER J., ‘Why is the idea of ‘gender’ provoking backlash the world over?’, *The Guardian* 23 oktober 2021, <https://www.theguardian.com/us-news/commentisfree/2021/oct/23/judith-butler-gender-ideology-backlash>; BUTLER J., *Who’s afraid of gender?*, Farrar, Straus and Giroux, 2024, 3-4.

inhouden voor de fundamenteën van de maatschappelijke orde.⁹⁶ Dit concept zou niet mogen worden onderwezen omdat het leerlingen zou indoctrineren waardoor de verspreiding daarvan verboden zou moeten worden.⁹⁷ Naast het feit dat een dergelijke benadering dichter aanleunt bij die van een autoritaire samenleving, moet hierbij worden opgemerkt dat aanhangers van deze beweging vaak een andere, eigen invulling geven aan de gebruikte begrippen, waardoor stellingen tot stromansredeneringen verworden.⁹⁸

II. QUEER RECHTSTHEORIE (QUEER LEGAL THEORY)

23. Het definiëren van wat queer rechtstheorie, beter gekend onder de Engelse term *queer legal theory*, precies inhoudt, is volgens vele auteurs niet enkel onmogelijk, maar ook onwenselijk.⁹⁹ Het is immers net de onbepaaldheid, ongrijpbaarheid en weerbarstigheid van 'queer' die zo kenmerkend is voor deze theoretische stroming.¹⁰⁰ De queer rechtstheorie is een subdiscipline van de bredere queer theorie (*queer theory*). De term 'queer theory' werd voor het eerst gebruikt door Teresa DE LAURETIS, als titel voor een conferentie die in februari 1990 werd georganiseerd aan de University of California, Santa Cruz.¹⁰¹ Volgens HALPERIN nam de term in de eerste plaats de vorm aan van een provocatieve grap.¹⁰² DE LAURETIS streefde hiermee een dubbel doel na: 'to make theory queer', nl. het uitdagen van de heteroseksistische assumpties die het concept 'theorie' in de academische wereld onderbouwden, en 'to queer theory', nl. het vestigen van aandacht op het perverse van het theoretiseren rond seksueel verlangen en seksueel plezier.¹⁰³ Ze vond hiervoor inspiratie bij het gegeven dat in de loop van de jaren 1980 de term 'queer', die tot dan toe voornamelijk werd gebruikt als een stigmatiserende en denigrerende term om (witte) homoseksuele mannen aan

⁹⁶ Bv. CRENSHAW K., 'This Is Not A Drill: The War Against Antiracist Teaching in America', *UCLA Law Review* 2022, 1713-1718.

⁹⁷ *Ibid.*, 1713-1718.

⁹⁸ HOUE E., 'A Genealogy of Intersectionality' in BRAKE D. (ed.), *The Oxford Handbook of Feminism and Law in the United States*, Oxford University Press, 2021, 75; COASTON J., 'The intersectionality wars', *Vox* 28 mei 2019, <https://www.vox.com/the-highlight/2019/5/20/18542843/intersectionality-conservatism-law-race-gender-discrimination>.

⁹⁹ COSSMAN B., 'Queering Queer Legal Studies: An Unreconstructed Ode to Eve Sedgwick (and Others)', *Critical Analysis of Law* 2019, vol. 6, 25.

¹⁰⁰ KEPROS L.R., 'Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory?', *Law & Sexuality* 1999-2000, vol. 9, 279, 283; COSSMAN B., 'Queering Queer Legal Studies: An Unreconstructed Ode to Eve Sedgwick (and Others)', *Critical Analysis of Law* 2019, vol. 6, 27.

¹⁰¹ HALPERIN D.M., 'The Normalization of Queer Theory' in YEP G.A., LOVAAS K.E. en ELIA J.P. (eds.), *Queer Theory and Communication: From Disciplining Queers to Queering the Discipline(s)*, Harrington Park Press, 339-340.

¹⁰² *Ibid.*, 339-340.

¹⁰³ *Ibid.*, 339-340.

te duiden¹⁰⁴, door New Yorkse activisten en kunstenaars op positieve wijze werd ‘gereclaimd’.¹⁰⁵ ‘Queer’ symboliseerde zo ‘pride’ en verzet tegen onderdrukking en domesticatie.¹⁰⁶

24. DE LAURETIS heeft niet enkel de term gelanceerd, maar heeft in 1991 ook de eerste definitie van ‘queer theory’ neergeschreven¹⁰⁷:

“‘Queer Theory’ conveys a double emphasis — on the conceptual and speculative work involved in discourse production, and on the necessary critical work of deconstructing our own discourses and their constructed silences.”¹⁰⁸

25. Volgens GONZALEZ-SALZBERG duidt deze definitie op twee essentiële elementen van queer theorie: de focus op discursieve subjectvorming zoals ontleend aan het werk van de Franse historicus en filosoof Michel FOUCAULT, en de methodologische techniek van deconstructie.¹⁰⁹ FOUCAULT stelde dat het discours en de taal waarmee uiting wordt gegeven aan de werkelijkheid om ons heen niet louter descriptief zijn, maar betekenissystemen en sites van macht waar de waarheid via discours wordt geconstrueerd.¹¹⁰ Via een deconstructieve lezing van teksten — literaire, juridische, politieke, wetenschappelijke etc. — komt die discursieve subjectvorming aan de oppervlakte.¹¹¹ FOUCAULT argumenteerde zo dat homoseksualiteit als seksuele identiteit sociaal is geconstrueerd als hiërarchisch ondergeschikt aan heteroseksualiteit.¹¹² De constructie van de homoseksuele identiteit transformeerde een zondige seksuele daad (*i.e.* sodomie) in een deviante levensstijl, die in binaire oppositie staat tot de ‘normale’ heteroseksualiteit.¹¹³

26. Queer theorie brengt aan het licht hoe dominante discourses vormgeven aan normativiteit en normaliteit, en welke ideologieën, ideeën, idealen en waarden

¹⁰⁴ VALDES F., ‘Afterword & Prologue: Queer Legal Theory’, *California Law Review* 1995, vol. 83, 347.

¹⁰⁵ HALPERIN D.M., ‘The Normalization of Queer Theory’ in YEP G.A., LOVAAS K.E. en ELIA J.P. (eds.), *Queer Theory and Communication: From Disciplining Queers to Queering the Discipline(s)*, Harrington Park Press, 390-340.

¹⁰⁶ VALDES F., ‘Afterword & Prologue: Queer Legal Theory’, *California Law Review* 1995, vol. 83, 348.

¹⁰⁷ GONZALEZ-SALZBERG D., *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Rights: A Queer Reading of Human Rights Law*, Hart Publishing, 2018, 13.

¹⁰⁸ DE LAURETIS T., ‘Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities, An Introduction’, *Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies* 1991, vol. 3, iii, iv.

¹⁰⁹ GONZALEZ-SALZBERG D., *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Rights: A Queer Reading of Human Rights Law*, Hart Publishing, 2018, 13.

¹¹⁰ *Ibid.*, 13; ZANGHELLINI A., ‘Queer, Antinormativity, Counter-Normativity and Abjection’, *Griffith Law Review* 2009, vol. 18, 3.

¹¹¹ STYCHIN C., ‘Couplings: Civil Partnership in the United Kingdom’, *New York City Law Review* 2005, 544.

¹¹² FOUCAULT M., *The History of Sexuality: An Introduction*, Pantheon Books, 1978.

¹¹³ GONZALEZ-SALZBERG D., *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Rights: A Queer Reading of Human Rights Law*, Hart Publishing, 2018, 16.

die discoursen beïnvloeden, versterken, faciliteren en rechtvaardigen.¹¹⁴ Hoewel eender welke constructie van normativiteit en normaliteit zich leent voor een queer lezing en deconstructie, is het meeste queer theoretische werk gericht op heteronormatieve¹¹⁵ constructies van seksualiteit, gender, intimiteit, verlangen en verwantschap.¹¹⁶ Eve KOSOFSKY SEDGWICK, een van de grondleggers van queer theorie, capteert queer zo:

*“the open mesh of possibilities, gaps, overlaps, dissonances and resonances, lapses and excesses of meaning when the constituent elements of anyone’s gender, of anyone’s sexuality aren’t made (or can’t be made) to signify monolithically”.*¹¹⁷

27. Queer theorie benadert gender, seksualiteit en verlangen op een constructivistische manier, waarbij maatschappelijke categorieën, normen en regels, waaronder de binaire en hiërarchisch gesitueerde categorieën ‘heteroseksueel/homoseksueel’, worden beschouwd als steeds onderhevig aan ‘*renegotiation*’ en veranderlijke ‘*signification*’.¹¹⁸ Volgens KOSOFSKY SEDGWICK vernauwt de binaire constructie van seksualiteit (heteroseksualiteit/homoseksualiteit) op basis van (binair) gender de vele dimensies die seksualiteit en verlangen hebben, en is die verankerd in de normatieve assumptie van een bestaande en onveranderlijke seksualiteit bij ieder mens.¹¹⁹ Queer omarmt met andere woorden het anti-essentialisme, disruptieve en subversieve, en verwerpt normaliteit, identiteit en (hetero)normativiteit. Het is dus een reactief¹²⁰, eerder dan een prescriptief concept: “*queer is by definition whatever is at odds with the normal, the legitimate, the dominant. There*

¹¹⁴ ROMERO A.P., ‘Methodological Descriptions: ‘Feminist’ and ‘Queer’ Legal Theories’, *Yale Journal of Law and Feminism* 2007, vol. 19, 247.

¹¹⁵ De term heteronormativiteit werd gedefinieerd als “*the institutions, structures of understanding, and practical orientations that make heterosexuality not only coherent — that is, organized as a sexuality — but also privileged*”(BERLANT L. en WARNER M., ‘Sex in Public’, *Critical Inquiry* 1998, vol. 24, 548). In brede zin verwijst de term niet enkel naar de normativiteit van heteroseksualiteit, maar eveneens naar verwante normativiteiten, zoals seksuele normativiteit (de verwachting dat iedere persoon seksualiteit als een essentieel onderdeel van het leven beschouwt), mononormativiteit (de verwachting dat monogame seksualiteit de ideale intimiteitsvorm uitmaakt), en cismativiteit (de verwachting dat de binaire genderidentiteit van iedere persoon aansluit bij het geslacht dat bij de geboorte wordt toegewezen). Zie GONZALEZ-SALZBERG D., *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Rights: A Queer Reading of Human Rights Law*, Hart Publishing, 2018, 20-21.

¹¹⁶ ROMERO A.P., ‘Methodological Descriptions: ‘Feminist’ and ‘Queer’ Legal Theories’, *Yale Journal of Law and Feminism* 2007, vol. 19, 247.

¹¹⁷ KOSOFSKY SEDGWICK E., *Tendencies*, Routledge, 1994, 7.

¹¹⁸ ZANGHELLINI A., ‘Queer, Antinormativity, Counter-Normativity and Abjection’, *Griffith Law Review* 2009, vol. 18, 1.

¹¹⁹ KOSOFSKY SEDGWICK E., *Tendencies*, Routledge, 1994, 7; KOSOFSKY SEDGWICK E., *Epistemology of the Closet*, California University Press, 1990, 8-9 en 25-26. Zie ook FINEMAN M.A., ‘Introduction: Feminist and Queer Legal Theory’ in FINEMAN M.A., JACKSON J.E. en ROMERO A.P. (eds.), *Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conventions*, Routledge, 2010, 5.

¹²⁰ BAMFORTH N., *Sexuality, Morals and Justice: A Theory of Lesbian and Gay Rights Law*, Continuum, 1997, 229.

is nothing in particular to which it necessarily refers. It is an identity without an essence.”¹²¹ In die zin kan het meeste queer theoretische werk ook gesitueerd worden in de stroming van het postmoderne (feministische) denken.¹²² Het bekende boek *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity* (1990) van Judith BUTLER — icoon van het postmodernisme — wordt dan ook veelal gezien als een van de eerste queer theoretische werken.¹²³

28. In tegenstelling tot de zogenaamde ‘LGB(T) identity politics’, ‘lesbian and gay studies’ of ‘LGBT studies’ die uitgaan van (vaak binaire en veelal hiërarchisch gesitueerde) seksuele en gender identiteiten/categorieën¹²⁴, plaatst queer een anti-identitaire¹²⁵, fluide en contra-normatieve benadering van gender en seksualiteit centraal.¹²⁶ Queer denken vereist dus meer dan enkel aandacht voor de belangen van seksuele minderheden en de vormen van maatschappelijke onderdrukking waarmee zij worden geconfronteerd.¹²⁷ Maatschappelijke normatieve constructies van gender en seksualiteit treffen elke mens, of die nu tot een meerderheids- of minderheidsgroep behoort.¹²⁸ Het maakt van queer theorie een zeer inclusieve stroming¹²⁹, hoewel vele auteurs

¹²¹ HALPERIN D.M., *Saint Foucault: Towards a Gay Hagiography*, Oxford University Press, 1995, 62.

¹²² ZANGHELLINI A., ‘Queer, Antinormativity, Counter-Normativity and Abjection’, *Griffith Law Review* 2009, vol. 18, 2; GONZALEZ-SALZBERG D., *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Rights: A Queer Reading of Human Rights Law*, Hart Publishing, 2018, 18; KEPROS L.R., ‘Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory?’, *Law & Sexuality* 1999-2000, vol. 9, 282; STEIN A. en PLUMMER K., ‘I Can’t Even Think Straight. Queer Theory and the Missing Sexual Revolution in Sociology’, *Sociological Theory* 1994, vol. 12, 183.

¹²³ BUTLER J., *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, 1990.

¹²⁴ CROCE M., ‘Queer in the law: critique and postcritique’ in CHRISTODOULIDIS E., DUKES R. en GOLDONI M. (eds.), *Research Handbook on Critical Legal Theory*, Edward Elgar Publishing, 2019, 79-80; STEIN A. en PLUMMER K., ‘I Can’t Even Think Straight. Queer Theory and the Missing Sexual Revolution in Sociology’, *Sociological Theory* 1994, vol. 12, 181.

¹²⁵ COSSMAN B., ‘Queering Queer Legal Studies: An Unreconstructed Ode to Eve Sedgwick (and Others)’, *Critical Analysis of Law* 2019, vol. 6, 27.

¹²⁶ KEPROS L.R., ‘Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory?’, *Law & Sexuality* 1999-2000, vol. 9, 283-284; COSSMAN B., ‘Queering Queer Legal Studies: An Unreconstructed Ode to Eve Sedgwick (and Others)’, *Critical Analysis of Law* 2019, vol. 6, 25; KIRICHENKO K.A., ‘Queer Intersectional Perspectives on LGBTI Human Rights Discourses by United Nations Treaty Bodies’, *Australian Feminist Law Journal* 2023, vol. 49, 57; STEIN A. en PLUMMER K., ‘I Can’t Even Think Straight. Queer Theory and the Missing Sexual Revolution in Sociology’, *Sociological Theory* 1994, vol. 12, 182.

¹²⁷ ZANGHELLINI A., ‘Queer, Antinormativity, Counter-Normativity and Abjection’, *Griffith Law Review* 2009, vol. 18, 1; GONZALEZ-SALZBERG D., *Sexuality and Transsexuality under the European Convention on Human Rights: A Queer Reading of Human Rights Law*, Hart Publishing, 2018, 19.

¹²⁸ KEPROS L.R., ‘Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory?’, *Law & Sexuality* 1999-2000, vol. 9, 282; COSSMAN B., ‘Queering Queer Legal Studies: An Unreconstructed Ode to Eve Sedgwick (and Others)’, *Critical Analysis of Law* 2019, vol. 6, 34; STEIN A. en PLUMMER K., ‘I Can’t Even Think Straight. Queer Theory and the Missing Sexual Revolution in Sociology’, *Sociological Theory* 1994, vol. 12, 185.

¹²⁹ FINEMAN M.A., ‘Introduction: Feminist and Queer Legal Theory’ in FINEMAN M.A., JACKSON J.E. en ROMERO A.P. (eds.), *Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conventions*, Routledge, 2010, 5; VALDES F., ‘Afterword & Prologue: Queer Legal Theory’, *California Law Review* 1995, vol. 83, 355.

wel openlijk aangeven te behoren tot een seksuele of genderminderheid.¹³⁰ Het is precies op dit punt dat queer theorie soms ook wordt onderscheiden van feministische theorie. In haar bekende werk *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism* (2006) bekritiseert Janet HALLEY bijvoorbeeld dat feministisch denken in essentie altijd het binaire bestaan van mannen en vrouwen veronderstelt en uitgaat van de onderdrukking van vrouwen door mannen, onder meer door seksualiteit. HALLEY stelt dat een 'break from feminism' nodig is om onderbelichte dimensies van seksualiteit en meer genuanceerde visies op gegenderde machtsdynamieken onder de aandacht te brengen.¹³¹ Andere queer auteurs, zoals ROMERO, stellen dan weer dat HALLEY zelf verkeerdelijk een essentialistische visie op feminisme hanteert, die niet beantwoordt aan de rijke diversiteit in feministisch denken over concepten als gender, seksualiteit en macht.¹³²

29. De inclusiviteit van queer theorie veronderstelt volgens VALDES verzet tegen alle vormen van maatschappelijke ongelijkheid, waaronder onderdrukking gebaseerd op ras en klasse.¹³³ Queer denkers mogen niet in de valkuil lopen om de stemmen van de meest gemarginaliseerde seksuele minderheden tot zwijgen te brengen.¹³⁴ De anti-essentialistische houding maakt queer theorie dus per definitie intersectioneel.¹³⁵ Het belang van die intersectionele aandacht voor synergetische matrices van onderdrukking is doorheen de jaren door verschillende queer auteurs bevestigd.¹³⁶

¹³⁰ KEPROS L.R., 'Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory?', *Law & Sexuality* 1999-2000, vol. 9, 284. ASHFORD merkt op dat velen van die auteurs weliswaar queer kritieken leveren ten aanzien van maatschappelijke heteronormatieve normen, maar ook volgens die normen leven (bv. door te trouwen en kinderen te krijgen). Zie ASHFORD C., '(Homo)normative Legal Discourses and the Queer Challenge', *Durham Law Review* 2011, vol. 1, 85.

¹³¹ HALLEY J., *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton University Press, 2006.

¹³² ROMERO A.P., 'Methodological Descriptions: 'Feminist' and 'Queer' Legal Theories', *Yale Journal of Law and Feminism* 2007, vol. 19, 247-258. Zie ook FINEMAN M.A., 'Introduction: Feminist and Queer Legal Theory' in FINEMAN M.A., JACKSON J.E. en ROMERO A.P. (eds.), *Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conventions*, Routledge, 2010, 2.

¹³³ VALDES F., 'Afterword & Prologue: Queer Legal Theory', *California Law Review* 1995, vol. 83, 354, 359, 372.

¹³⁴ *Ibid.*, 356. Zie ook KAPUR R., 'The (Im)possibility of Queering International Human Rights Law' in OTTO D. (ed.), *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*, Routledge, 2017.

¹³⁵ VALDES F., 'Afterword & Prologue: Queer Legal Theory', *California Law Review* 1995, vol. 83, 354, 359; KIRICHENKO K.A., 'Queer Intersectional Perspectives on LGBTI Human Rights Discourses by United Nations Treaty Bodies', *Australian Feminist Law Journal* 2023, vol. 49, 59.

¹³⁶ Voor een bespreking, zie KIRICHENKO K.A., 'Queer Intersectional Perspectives on LGBTI Human Rights Discourses by United Nations Treaty Bodies', *Australian Feminist Law Journal* 2023, vol. 49, 59-60.

CONCLUSIE: EEN ANDERE KIJK OP RECHT
MET EEN SCALA AAN DIVERSE LENZEN

30. Deze bijdrage bevat een beknopte inleiding tot feministische en queer denk-kaders in het recht. Centraal staat het inzicht dat de veelheid aan perspectieven in de samenleving niet zomaar tot één ‘vrouwelijke ervaring’ of ‘queer ervaring’ te herleiden valt. Het vertrekken vanuit een vrouwelijk of queer perspectief leidt dus niet noodzakelijk tot eenduidige visies over het recht of de verhouding tussen gender en recht. Wel delen alle feministische en queer theorieën een aantal kenmerken. Ze zijn subversief, in die zin dat ze traditionele, hegemonische invullingen van gender, sekse en seksualiteit ter discussie stellen. Ze zijn interdisciplinair en verbonden met politiek activisme. Daarnaast zijn ze erop gericht om bestaande sociale structuren van ongelijkheid te ontmantelen en te transformeren.¹³⁷ Vanuit die kenmerken nemen feministische en queer methodologieën een belangrijke plaats in de hedendaagse kritische rechtswetenschap in: als hofleverancier van fundamentele kritieken op het recht, en vaak ook als drijfveer achter hervormingen van het recht.

¹³⁷ FINEMAN M.A., ‘Introduction: Feminist and Queer Legal Theory’ in FINEMAN M.A., JACKSON J.E. en ROMERO A.P. (eds.), *Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conventions*, Routledge, 2010, 1. In dezelfde zin HOLTMAAT R., ‘Encyclopedie van gender en recht: een introductie tot feministische rechtstheorie’ in BREMS E., CANNOOT P. en STEVENS L. (eds.), *Recht & gender in België — 10 jaar later*, die Keure, 2021, 60-61.

Empirisch juridisch onderzoek voor beginners met koudwatervrees: een pragmatische blik achter de schermen

door Ann-Sophie VANDAELE*

De overgrote meerderheid van de juristen heeft nog steeds weinig of geen ervaring met empirische onderzoeksmethodes. Hoewel dit niet altijd blijkt uit de artikelen en boeken die empirisch onderzoek door juristen beschrijven, is de zoektocht naar een geschikte methode in de praktijk dan ook niet altijd evident. Als we de empirische methodes niet terugvinden in het universitair curriculum (of als dat al enige tijd achter ons ligt), en de lessen uit andere domeinen zoals de sociale wetenschappen niet onmiddellijk toepasbaar zijn, hebben we er alle belang bij om te leren van elkaars ervaringen, én van elkaars fouten. Deze bijdrage biedt dan een eerlijk verslag van mijn eigen zoektocht, als absolute beginner. Hopelijk niet als afschrikmiddel, maar als aanmoediging.

La grande majorité des juristes n'a pas, ou très peu, d'expérience en méthodes empiriques de recherche. Même si cela n'est pas nécessairement visible dans la majorité des articles et livres sur la recherche juridique empirique, dans la pratique le chemin vers la méthode la plus appropriée n'est pas toujours évident. Lorsque les programmes universitaires ne comportent pas (beaucoup) de cours sur ces méthodes (ou quand ces programmes sont déjà bien loin derrière nous), et lorsque l'on ne peut pas appliquer immédiatement les idées issues d'autres sciences sociales, nous avons tout intérêt à échanger toutes nos expériences, y compris les mauvaises. Cet article propose un rapport honnête de mes propres tentatives empiriques, en tant que débutante, non pas pour faire peur, mais, je l'espère, pour encourager.

The large majority of lawyers still have little or no experience with empirical research methods. This might not always be evident from those articles and books recounting empirical legal research, but in practice the search for an appropriate methodology is often far from easy. When empirical methods are still lacking from the university curriculum (or when our university days are long past), and when methods from other social sciences are not readily applicable, it is vital that we learn from each other's experiences, including the bad ones. This article is an honest report of my own search, as an absolute beginner. Not to scare anyone, but, hopefully, to serve as an encouragement.

* Referendaris bij het Grondwettelijk Hof van België
Gastdocent Publiek Procesrecht, Instituut voor procesrecht UGent

INLEIDING: DE REALITEIT ACHTER HET HOOFDSTUK 'METHODOLOGIE'

Zoals dit themanummer rond methodologisch pluralisme aantoont, is empirisch onderzoek niet meer weg te denken uit het juridische academische landschap. Talrijke onderzoekers en onderzoeksgroepen hebben een ongelooflijke schat aan expertise en informatie opgebouwd, in het bijzonder met betrekking tot empirische onderzoeksmethodes.¹

Er is echter nog steeds een andere kant van de medaille. Een academisch landschap waarin masterproefstudenten nog steeds hun onderzoeksmethode definiëren als '*desk research*', en waarin nog steeds heel veel juristen, net zoals ikzelf, geen enkele opleiding kregen rond empirische methodes, en die statistiek enkel kennen uit de middelbare school. Deze bijdrage is voor die tweede groep.

Dit is geen typische rechtsleerbijdrage. Het aantal voetnoten is beperkt, het is geschreven in de eerste persoon, en grotendeels gevuld met mijn eigen meningen en ervaringen. Het is, paradoxaal genoeg gezien de methodologische insteek van dit themanummer, heel expliciet geen wetenschappelijke bijdrage, maar een persoonlijke reflectie. En toch ... toch ben ik ervan overtuigd dat dit artikel zijn plaats heeft in dit themanummer, net omwille van die eigenschappen. Dit artikel is minder bedoeld als een referentie of als een algemeen methodologisch overzicht, en meer als een springplank. Een duwtje in de rug bij de eerste stappen in de richting van empirisch juridisch onderzoek. Deze bijdrage is niet bedoeld voor de talrijke juristen die zich onbevreesd aan nieuwe methodes wagen, en die schitterend onderzoek leveren op vele vlakken, maar is het artikel dat ik had willen lezen toen ik als masterstudent, en later als beginnend doctoraatsstudent, mijn onderzoeksvoorstel uitwerkte. Net als nog steeds heel veel studenten vandaag, én als de meeste juristen in België die vroeger zijn afgestudeerd, was ik tijdens mijn opleiding niet of nauwelijks in contact gekomen met empirische onderzoeksmethodes. Tegelijk werd ik, net als veel collega's, geconfronteerd met de noodzaak om mijn beursaanvraag bij het FWO ofwel een internationaal, ofwel een empirisch karakter te geven, en liefst nog beide.² Aangezien mijn onderzoeksmaterie (de belangvereiste in het annulatiecontentieux bij de Raad van State) weinig internationale (of, laat ons eerlijk zijn, nationale) harten sneller

¹ Zie bv., met een overzicht van verschillende kwantitatieve onderzoeken met betrekking tot het Grondwettelijk Hof: POPELIER P., 'Het beleid van het Grondwettelijk Hof: een kwantitatieve benadering' in STORME M., SAGAERT V. en VAN HOE A. (eds.), *Vijftig jaar het beleid van de rechter*, Wolters Kluwer Belgium, 2024, 191-215. Voor een recent overzicht in het privaatrecht: THIJS H., VAN EEKERT S. en JANSSEN A., 'Multidimensioneel privaatrecht', *TPR* 2025, 1541-1568.

² Met betrekking tot de discussie rond het al dan niet 'wetenschappelijk' karakter van de 'rechtswetenschap', en de moeilijkheden die daaruit kunnen volgen met betrekking tot onder andere fondsenwerving: GUTWIRTH S., 'Recht is geen wetenschap. Rechtswetenschap bestaat daarom niet minder', *NJW* 2017, 670-685.

laat slaan, deed ik een dappere poging om het FWO te overtuigen van mijn empirische ambities.³ Een dappere, maar futiele poging. Als ik mijn beursaanvraag opnieuw bekijk, is het pijnlijk duidelijk dat ik, in het beste geval, een vaag idee had van de mogelijkheden. En die mogelijkheden waren er wel degelijk. De Raad van State was, en is, een van de weinige rechtscolleges in België waarvan de rechtspraak al sinds het begin van de jaren '90 zo goed als integraal digitaal beschikbaar is. Voor mijn masterproef had ik reeds een vrij gestructureerde poging ondernomen om de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te onderzoeken⁴, dus ik had op zijn minst het buikgevoel dat een empirische analyse van vlot toegankelijke rechtspraak een mogelijkheid was. Veel verder dan dat kwam ik echter niet. Ik wist dat er zeker iets moest bestaan, maar wat, of waar ik dat moest gaan zoeken, was nog volledig onduidelijk. En dat is logisch. Het kan moeilijk zijn om als jurist die wel ambitie, maar geen ervaring heeft met empirische onderzoeksmethodes, te weten waar te beginnen.⁵

Hetzelfde gold overigens voor de ruimere onderzoeksgroep waarin ik zou functioneren. Hoewel dit uiteraard niet het geval is voor alle onderzoeksgroepen, kan niet worden ontkend dat veel academici nog steeds geen ruime basisopleiding (vergelijkbaar met deze voorzien in bv. de criminologische opleiding) genoten met betrekking tot empirische onderzoeksmethodes, zowel kwalitatief als kwantitatief.

In deze bijdrage wil ik dan ook eerst uitzoomen, en een aantal suggesties doen die hopelijk de eerste fase, de ontdekking van het empirische landschap, kunnen vereenvoudigen. De bedoeling is daarbij niet om zelf een soort beknopte inleiding tot empirische methodes te geven, maar om de lezer een aantal tips te geven voor de eigen zoektocht.

Daarna wil ik even inzoomen op de methode die ik zelf uiteindelijk heb gekozen (kwalitatieve inhoudsanalyse). Niet zozeer om deze methode te promoten als hét antwoord op al uw onderzoeksvragen, maar om aan de hand van deze methode te illustreren welke elementen allemaal kunnen meespelen bij de keuze voor een bepaalde onderzoeksmethode. Daarbij ga ik bewust niet enkel in op de wetenschappelijke elementen die je doorgaans kan lezen in de methodologische hoofdstukken van rechtsleerbijdragen, maar besteed ik bewust minstens evenveel aandacht aan de vaak onderbelichte persoonlijke en

³ Een, eerlijk gezegd *pro forma*, belofte van rechtsvergelijking werd al snel achterwege gelaten, wegens beperkte meerwaarde in vergelijking met de vereiste inspanning.

⁴ VANDAELE A.-S., *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen*, die Keure, 2014, 104 p.

⁵ De hindernissen die Maryam SALEHIJAM opsomt ten aanzien van inhoudsanalyse, zijn volgens mij ook toepasbaar op empirisch onderzoek in het algemeen: SALEHIJAM M., 'The value of systematic content analysis in legal research', *Tilburg International Law Review* 2018, nr. 23, (1) 6-8.

praktische elementen die volgens mij eveneens de keuze voor een bepaalde methode kunnen, en soms zelfs moeten, bepalen.

I. BEGIN BIJ HET BEGIN: DE METHODOLOGISCHE SUMMER SCHOOL ALS REALITY CHECK

Wat is empirisch juridisch onderzoek? Op zich is die vraag al niet eenvoudig te beantwoorden. Gaat het louter om het aanvullen van de klassieke bronnen (rechtspraak, rechtsleer, regelgeving) met andere data die werden verzameld aan de hand van de methodes die werden ontwikkeld in de sociologie, de criminologie, de psychologie? Gaat het om de analyse van de klassieke bronnen zelf (en dan in het bijzonder de rechtsleer), aan de hand van empirische methodes die vaak eveneens geïnspireerd zijn op de methodes uit de sociale wetenschappen? Echt eensgezindheid bestaat hierover niet.⁶ Persoonlijk vond ik de samenvatting van C. BIJLEVELD op dat vlak verhelderend: het gaat om de toepassing van empirische methodes om na te gaan of de veronderstellingen waarop het juridische systeem gebaseerd is, ook werkelijk kunnen worden hardgemaakt.⁷ Zowel binnen de regelgeving, als binnen de rechtspraak en de rechtsleer worden voortdurend talrijke veronderstellingen geformuleerd: veronderstellingen over de feitelijke situatie waarin wetgevend of jurisprudentieel wordt opgetreden (bv. over de prevalentie van bepaalde misbruiken), veronderstellingen over de gevolgen van dat optreden (bv. over de werkelijke impact van bepaalde sancties, of van bepaalde ingrepen op de duur van een procedure), maar ook veronderstellingen over bijvoorbeeld de rechtspraak zelf (over de duur van procedures, over de prevalentie van bepaalde rechtspraak ...), niet zelden allemaal onderling gecombineerd. Om echter concreet na te gaan in welke mate die veronderstellingen ook werkelijk kloppen, volstaat het niet om, zoals klassiek het geval is voor veel juridisch onderzoek, ‘zoveel mogelijk’ rechtspraak, rechtsleer en regelgeving te verzamelen en te analyseren, en zijn empirische onderzoeksmethodes onontbeerlijk.⁸

⁶ Voor een toegankelijk overzicht van de verschillende invalshoeken: BIJLEVELD C., *Research Methods for Empirical Legal Studies: an Introduction*, Boom uitgevers, 2023, 3-15. Dit boek biedt eveneens een goed algemeen overzicht van de mogelijkheden, met voorbeelden die relevant zijn voor juristen.

⁷ BIJLEVELD C., *Research Methods for Empirical Legal Studies: an Introduction*, Boom uitgevers, 2023, 8.

⁸ Over wat als ‘klassiek juridisch onderzoek’ kan worden beschouwd, is evenmin eensgezindheid. Voor een overzicht van wat door sommigen al dan niet onder ‘rechtswetenschap’, of op zijn minst rechtsleer wordt verstaan: GUTWIRTH S., ‘Recht is geen wetenschap. Rechtswetenschap bestaat daarom niet minder’, *NJW* 2017, 670-685. Bijzonder interessant is ook het doctoraatsonderzoek van Lina KESTEMONT uit 2016, waarin de onderzoeksmethodes in het (socialezekerheids)recht zelf het onderwerp uitmaken van het onderzoek: KESTEMONT L., ‘Naar een rechtswetenschappelijke methodeleer. Een expliciet methodologisch kader voor rechtswetenschappelijk onderzoek in het socialezekerheidsrecht’, *Doctoraatsthesis*, KU Leuven, 2016, 346 p.

Hoewel er meer en meer inleidende handboeken voor dergelijke methodes bestaan die specifiek op juristen zijn gericht⁹, zal het in de praktijk noodzakelijk zijn om, voor de keuze van de juiste methode, naar andere disciplines te kijken. Een eerste stap daarbij is vaak het ontdekken van handboeken uit sociale wetenschappen zoals de criminologie of de sociologie. Meestal richten dergelijke handboeken zich echter op studenten of onderzoekers die tijdens hun opleiding al een behoorlijke basis hebben opgebouwd. Bovendien is het aanbod zeer ruim, en is het zonder enige voorkennis moeilijk om door de bomen het bos te zien. Om dezelfde redenen zijn ook de gespecialiseerde methodologische opleidingen die veel universiteiten aanbieden voor doctoraatsstudenten, in de praktijk niet noodzakelijk de meest interessante optie, althans niet als startpunt. De meeste zijn gericht op onderzoekers die in hun basisopleiding statistiek kregen, en die reeds bekend zijn met een basisaanbod kwantitatieve en kwalitatieve onderzoeksmethodes. Bovendien zijn veel opleidingen opgevat als een wekelijks aangelegenheid, waardoor het vrij veel investering van tijd en middelen vergt voor je *überhaupt* kan inschatten of een bepaalde methodologie geschikt is voor jouw onderzoek.

9. Persoonlijk vond ik op dat vlak de *summer school* die jaarlijks door FLAMES (*FLanders' training network for MEthodology and Statistics*) wordt georganiseerd, een absolute meerwaarde. FLAMES is een netwerk opgezet door de vijf Vlaamse universiteiten, en verstrekt trainingen en advies rond methodologie en statistiek. Elk jaar in september organiseert FLAMES een *summer school* van twee weken in een van de betrokken universiteiten, gericht op zowel absolute beginners als meer ervaren onderzoekers. Op korte tijd kan je in contact komen met zowel heel *basic* als meer geavanceerde cursussen over allerlei methodes. Je krijgt er op zijn minst een algemeen beeld van wat er bestaat, wat mogelijk is, maar ook, en vooral, wat zeker niet haalbaar is. Er waren verschillende opleidingen waar ik persoonlijk al in het tweede uur hopeloos verloren liep. Dat was dan meteen een waardevolle les over de haalbaarheid van die methode voor mijn omstandigheden. Bij die omstandigheden reken ik overigens niet enkel de tijd waarover je als onderzoeker beschikt, maar ook je persoonlijke ervaringen én voorkeuren. Een methode waar je al tijdens een inleidende cursus absoluut geen voeling mee hebt, zal waarschijnlijk niet leuker worden naarmate de jaren vorderen. Ze mag dan misschien geschikt zijn om je onderzoeksvragen te beantwoorden, als je afhaakt voor je aan een antwoord toekomt, is er in de praktijk geen meerwaarde gecreëerd. *Het feit dat een andere methode misschien nog meer zou kunnen toevoegen, is voor jou persoonlijk niet relevant als je er niet zou in slagen die tot een goed*

⁹ Zie bv. het *supra* reeds vermelde boek van BIJLEVELD (BIJLEVELD C., *Research Methods for Empirical Legal Studies: an Introduction*, Boom uitgevers, 2023, 8), beschikbaar via open access op <https://elsacademy.nl/research-methods-for-empirical-legal-studies-an-introduction/>. Op dezelfde website, van de ELS Academy, de Nederlandse interuniversitaire onderzoeksgroep voor empirisch juridisch onderzoek, zijn overigens heel wat andere toegankelijke bronnen beschikbaar.

einde te brengen, of het nu is omwille van een gebrek aan vaardigheden of een gebrek aan enthousiasme.

Een ander element dat de haalbaarheid beïnvloedt, is de toegankelijkheid van de data die noodzakelijk zijn voor het beantwoorden van een bepaalde onderzoeksvraag met behulp van een bepaalde specifieke methode. Als je geen uitgebreide methodologische opleiding hebt genoten (lees: je start zo ongeveer van nul), vertrek je in de praktijk best van wat je wél weet. En wat de meeste juristen hopelijk wél weten, is enerzijds welke vraag, of zelfs gewoon welk thema, ze willen behandelen, en anderzijds welke bronnen daarvoor realistisch gezien beschikbaar zijn. Tijdens een evenement zoals een *summer school* kan je op relatief korte tijd meer te weten komen over de vereisten rond dataverzameling en dataselectie in het kader van veel verschillende onderzoeksmethodes, zowel kwalitatief als kwantitatief, en kan je die op zijn minst al een eerste keer toetsen aan de realiteit binnen jouw onderzoeksveld. Interviews, enquêtes, focusgroepen, experimenten ... vereisen elk hun eigen expertise om de te analyseren gegevens te verzamelen, een proces dat over het algemeen ook telkens eigen uitdagingen kent.¹⁰ Zelfs wanneer de data terug te vinden zijn in meer typische juridische teksten, zoals regelgeving, rechtspraak, maar bijvoorbeeld ook overeenkomsten, blijkt het verzamelen van die teksten echter niet altijd even eenvoudig.¹¹ Tot alle vragen rond het functioneren van het centraal register voor de rechtspraak¹² zijn opgelost, vraagt empirisch onderzoek naar de rechtspraak van de hoven en rechtbanken over het algemeen vrij veel inspanning. Het selecteren, verzamelen, inscannen etc. van vonnissen en arresten zal in de praktijk nog vaak een zeker ‘ambachtelijk’ karakter hebben, en dus ook een tijdsinvestering vergen die moet worden meegerekend wanneer je overweegt om een empirisch rechtspraakonderzoek aan te vangen.¹³ De rechtspraak van bijvoorbeeld de Raad van State en de andere administratieve rechtscolleges, of van het Grondwettelijk Hof, is op

¹⁰ Zie bv. het empirisch-juridisch onderzoek in het kader van de evaluatie van de familierechtbanken (ALOFS E., DE BUS S., ROSIER D., VAN DONINCK J. en VAN GYSEL A.-Ch. (eds), *Evaluation du tribunal de la famille*, Anthemis, 2024, 478 p. In het Nederlands beschikbaar op <https://justiz.belgium.be/sites/default/files/downloads/Overheidsopdracht%20Evaluatie%20FJR%20-%202021COP2681%20-%20Nederlandstalige%20versie%20081223.pdf>.

¹¹ Dit is overigens ook een uitdaging voor ‘klassiek’ juridisch onderzoek, dat vaak gebaseerd is op een selectie van rechtspraak die deels wordt gevoed door gerichte opzoekingen, en deels door toevallige vondsten. Bovendien speelt ook bij de gerichte opzoekingen het toeval een grote rol: welke rechtspraak werd gepubliceerd, wie verwijst ernaar etc.?

¹² Wet van 16 oktober 2022 ‘tot oprichting van het Centraal register voor de beslissingen van de rechterlijke orde en betreffende de bekendmaking van de vonnissen, houdende tijdelijke versoepelingen betreffende de elektronische ondertekening door leden of entiteiten van de rechterlijke orde en tot wijziging van de assisenprocedure betreffende de wraking van de gezworenen’ (BS 24 oktober 2022, ed. 2), GwH 30 januari 2025, 9/2025, ECLI:BE:GHCC:2025:ARR.9.

¹³ DE JAEGER T., ‘Heropening van de debatten onthuld. Een empirisch onderzoek in de burgerlijke beroepsrechtspleging’, *P&B/RDJP* 2019, (167) 172; GOOSSENS E., BOLLEN K. en VERBEKE A.-L., ‘Waarover maken feitelijke samenwoners ruzie? Een empirisch-juridische dwarsdoorsnede van de rechtspraak feitelijke samenwoning’, *TPR* 2023 (405) 408-409.

dat vlak interessanter, of op zijn minst toegankelijker. Meestal is de rechtspraak integraal beschikbaar en gebeurt de publicatie ervan bovendien in de vorm van doorzoekbare pdf-bestanden, wat handiger is dan bijvoorbeeld scans. Hetzelfde geldt voor internationale rechtscolleges zoals het Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.¹⁴ De integrale beschikbaarheid van de rechtspraak heeft als voordeel dat de onvermijdelijke *bias* in een onzichtbare voorafgaande selectie niet doorwerkt in het onderzoek. Anderzijds betekent die integrale beschikbaarheid ook dat je als onderzoeker vaak verplicht bent om zelf na te denken over een manier om je onderzoek haalbaar te houden, zonder te veel eigen *bias* toe te voegen.¹⁵

Een *summer school* confronteert je ook snel met je eigen beperkingen, beperkingen die onvermijdelijk doorwerken in je onderzoek. Het was bijvoorbeeld vrij snel duidelijk dat ik onvoldoende methodologische basis had om mij persoonlijk te wagen aan statistisch kwantitatief onderzoek.¹⁶ Ik had er mij waarschijnlijk wel verder kunnen in verdiepen, maar de vraag is of dat het meest efficiënte gebruik van mijn bestaande expertise zou zijn. In de praktijk had dit veel tijd en inspanning gevraagd, en was het, in het beste geval, geëindigd in een zeer middelmatig statistisch onderzoek. Toch waren de twee weken die ik wel spendeerde aan de *summer school*, ook op dat vlak niet verloren. Hoewel ik al snel tot de conclusie kwam dat de eigenlijke statistische analyse op dat moment en in mijn persoonlijke context niet haalbaar was, heb ik geprobeerd om bij de selectie van mijn data, voor zover dit compatibel was met de noden van mijn uiteindelijke onderzoeksmethode, zoveel mogelijk rekening te houden met de noden van eventuele latere bijkomende analyse.¹⁷

¹⁴ Zie bv. OUALD CHAÏB S., 'Procedural fairness as a vehicle for inclusion in the freedom of religion jurisprudence of the Strasbourg Court', *Human Rights Law Review* 2016, 483-510.

¹⁵ Dat kan trouwens al voor je zeker weet welke heel specifieke methode je zal gebruiken voor de eigenlijke analyse. Je moet de specifieke analysemethoden niet noodzakelijk beheersen om op logische wijze rekening te kunnen houden met de mogelijke gevolgen van je selectie op je resultaten. In elk geval is het cruciaal om gedetailleerd bij te houden welke keuzes je daarbij maakt.

¹⁶ Binnen de Universiteit Gent bestaan er ook verschillende statistische consultatiemogelijkheden. Naast specifieke diensten in bepaalde faculteiten, biedt FIRE (*Fostering Innovative Research based on Evidence*) advies aan onderzoekers, zowel op afspraak als via een *drop-in* voor noodgevallen (<https://www.ugent.be/dass/en/consulting#FIRE>). Dergelijke adviesmogelijkheden zijn naar mijn ervaring vooral nuttig als je specifieke vragen hebt, al moeten die vragen niet noodzakelijk heel gespecialiseerd zijn. Als je te vroeg om advies vraagt, heb je last van een te groot verschil in kennis: jijzelf zal te weinig basis hebben wat betreft methodologie en statistiek, en de consultants hebben geen juridische voorkennis. Persoonlijk ben ik bij FIRE lang geweest eens ik al min of meer doorhad dat ik zou kiezen voor kwalitatieve inhoudsanalyse, om tips te vragen rond de valkuilen bij de selectie van de rechtspraak, indien ik wou dat mijn selectie eventueel in een latere fase toch nog voor andere onderzoeksdoeleinden zou kunnen worden gebruikt.

¹⁷ HALL M.A. en WRIGHT R.F., 'Systematic content analysis of judicial opinion', *California Law Review* 2008, afl. 1, (63) 79. Voor voorbeelden omtrent de verschillende noden bij de selectie van de te onderzoeken data: MEEUSEN B., *Variërende toetsingsintensiteit in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Kluwer, 2024, 92-97.

11. Dat brengt mij bij het volgende, meer subjectieve element met betrekking tot de haalbaarheid van bepaalde onderzoeksmethodes: naar mijn persoonlijke ervaring is de keuze voor de eigenlijke onderzoeksmethode niet louter een kwestie van een objectief evaluatieproces dat enkel rekening houdt met de onderzoeksvragen en de beschikbare data. In een academische wereld waar lang niet alle doctorandi afsluiten met een verdediging, is het net zo belangrijk dat er een *match* is tussen de onderzoeksmethode en de onderzoeker zelf. En die *match* vind je niet noodzakelijk door je in de literatuur of opleidingen te verdiepen. Soms hangt alles af van een toevallige ontmoeting, al zal je dat niet snel terugvinden in de uiteindelijke uiteenzettingen in de rechtsleer. Los van de eigenlijke opleidingen, biedt een methodologische *summer school* ook een gerichte gelegenheid om in contact te komen met onderzoekers, in het bijzonder juristen, die al verder zijn gevorderd in hun methodologische zoektocht.¹⁸

12. Zo kwam ik zelf via via terecht bij Ruben HEMELSOEN, die toen onderzoek deed naar echtscheidingsovereenkomsten.¹⁹ Dankzij hem kwam ik specifiek in contact met inhoudsanalyse. Hoewel het onderwerp van zijn onderzoek zeer ver verwijderd was van mijn eigen onderwerp, klonk de aanpak heel herkenbaar én bruikbaar. De methode die hij beschreef, kwalitatieve inhoudsanalyse, klonk alsof ze heel dicht aansloot bij wat ik in de praktijk al deed, of probeerde te doen, maar op een gestructureerde, georganiseerde en onderbouwde manier. Hierna sta ik kort stil bij kwalitatieve inhoudsanalyse op zich, niet zozeer om deze methode te promoten als ‘de’ methode, maar als een illustratie van een aantal voor- en nadelen waarmee je ook in het kader van andere onderzoeksmethoden kan worden geconfronteerd.

II. ZOOM IN: KWALITATIEVE INHOUDSANALYSE ALS ILLUSTRATIE VAN DE KOSTEN-BATENANALYSE BIJ DE KEUZE VAN EEN ONDERZOEKSMETHODE

Inhoudsanalyse, en in het bijzonder kwalitatieve inhoudsanalyse, is immers een toegankelijke methode om je eerste stappen te wagen in de wereld van het empirisch onderzoek, omdat ze voor veel juristen slechts vrij beperkte aanpassingen

¹⁸ Een interessante aanpak daarbij kan ook zijn om de kans te grijpen *om deel te nemen aan onderzoeken die door anderen worden georganiseerd*. Zelf had ik recent de kans om deel te nemen aan een project waarbij Yasmine KAIED *concept mapping* gebruikte in een onderzoek rond diversiteitsintensief onderwijs. Het was een zeer boeiende manier om tegelijk een onderzoeker te helpen, én kennis te maken met een voor mij nog onbekende onderzoeksmethode.

¹⁹ Voor een zeer heldere, stap voor stap uiteenzetting van het onderzoek: HEMELSOEN R. en SCHOORS K., ‘Inhoudelijke analyse van overeenkomsten voorafgaand aan echtscheiding door onderlinge toetsing. Een preliminair statistisch portret’ in VERSCHULDEN G. (ed.), *Echtscheiding — Gandiaus Postuniversitaire Cyclus Willy Delva XXXV*, Kluwer, 2010, 1-34.

vergt, maar tegelijk al onmiddellijk toelaat om meerwaarde te creëren.²⁰ In eerste instantie wil ik deze methode dan ook gebruiken om te illustreren dat er wel degelijk laagdrempelige empirische onderzoeksmethodes bestaan. Zoals reeds vermeld, is het niet mijn bedoeling om deze bijdrage aan te grijpen om inhoudsanalyse te promoten als ‘de’ methode voor empirisch juridisch onderzoek. Door stil te staan bij de methode waar ik zelf ervaring mee heb, wil ik vooral wijzen op de elementen die mijn keuze voor deze methode hebben beïnvloed. Volgens mij gaat het om elementen die ruimer relevant zijn bij de zoektocht naar de geschikte onderzoeksmethode.

Inhoudsanalyse is “*a research technique for making replicable and valid inferences from texts (or other meaningful matter) to the contexts of their use*”.²¹ Het is een methode uit de sociale wetenschappen, die zonder al te veel aanpassingen kan worden toegepast voor de analyse van juridische teksten, waaronder rechtspraak.²² Op zich zegt de term ‘inhoudsanalyse’ natuurlijk niets.²³ Hoewel er veel verschillende specifieke aanpakken mogelijk zijn, bestaat de centrale strategie er telkens uit om de onderzochte tekst of teksten te ‘coderen’. Dit betekent dat de tekst wordt opgedeeld in fragmenten, waaraan telkens een ‘code’ wordt toegekend die de essentie van het betrokken fragment vat.²⁴ De codes zijn geen doel op zich, maar een middel. Het is niet enkel het eindresultaat (nl. een verzameling fragmenten over eenzelfde onderwerp) dat telt, maar een groot deel van het onderzoek is het coderingsproces zelf, de ontwikkeling van de codes: je moet immers constant herevalueren of een code werkt of niet, hoe de ordening van de codes moet gebeuren, of een bepaalde code niet eigenlijk een subcode is van een andere

²⁰ HALL M.A. en WRIGHT R.F., ‘Systematic content analysis of judicial opinion’, *California Law Review* 2008, afl. 1, (63) 64: “*On the surface, content analysis simple, even trivial to some. Using this method, a scholar collects a set of documents, such as judicial opinions on a particular subject, and systematically reads them, recording consistent features of each and drawing inferences about their use and meaning. This method comes naturally to legal scholars because it resembles the classic scholarly exercise of reading a collection of cases, finding common threads that link the opinions, and commenting on their significance. But content analysis is more than a better way to read cases. It brings the rigor of social science to our understanding of case law, creating a distinctly legal form of empiricism.*”

²¹ KRIPPENDORFF K., *Content analysis, an introduction to its methodology*, Sage, 2013, 24.

²² HEMELSOEN R. en SCHOORS K., ‘Inhoudelijke analyse van overeenkomsten voorafgaand aan echtscheiding door onderlinge toestemming. Een preliminair statistisch portret’ in VERSCHULDEN G. (ed.), *Echtscheiding — Gandaius Postuniversitaire Cyclus Willy Delva XXXV*, Kluwer, 2010, 12-13.

²³ Integendeel, regelmatig lees ik in onderzoeksplannen dat studenten een inhoudsanalyse plannen, om vervolgens vast te stellen dat ze bedoelen dat ze ‘inhoud’ zullen ‘analyseren’, wat toch het absolute minimum lijkt te zijn voor een masterproef. Kwalitatieve inhoudsanalyse als empirische methode gaat uiteraard verder.

²⁴ SALDAÑA J., *The coding manual for qualitative researchers*, Sage, 2013, 3: “*A code in qualitative inquiry is most often a word or short phrase that symbolically assigns a summative, salient, essence-capturing, and/or evocative attribute for a portion of language-based or visual data.*”

code ...²⁵ Om in dit proces de weg niet te verliezen, hou je tegelijk systematisch memo's bij over je bedenkingen en gemaakte keuzes, waardoor je die achteraf ook makkelijk kan terugvinden.²⁶

14. Hoewel de term 'code' niet noodzakelijk herkenbaar klinkt (waarbij de verwarring met de informatica niet noodzakelijk helpt, ook niet als zoekterm), voelt de praktische uitvoering heel herkenbaar voor juristen die vooral vertrouwd zijn met traditioneel rechtspraakonderzoek. Documenten verzamelen, gedachten ordenen en structureren, voorbeelden bekijken, rechtspraak analyseren ... zeker als je het op grotere schaal wil doen, komt daar vaak al eens een Excel-tabel, of een schema met citaten, aan te pas. Eens die stap gezet is, bleek het, althans in mijn geval, in verhouding vrij eenvoudig om net iets verder door te duwen, en mijn onderzoek in zijn geheel meer gestructureerd

²⁵ Ook voor het coderen bestaan er verschillende methodes. Specifiek heb ik ervoor gekozen om mij zoveel mogelijk te baseren op de zogenaamde *Grounded theory*-methode. Zoveel mogelijk, want in de literatuur zijn onvermijdelijk verschillende visies terug te vinden op deze methode en wat zij precies inhoudt. Zeer ruim gesteld, kan *Grounded theory* als volgt worden gedefinieerd: "*grounded theory methods consist of systematic, yet flexible guidelines for collecting and analyzing qualitative data to construct theories from the data themselves. Thus researchers construct a theory 'grounded' in their data*" (CHARMAZ K., *Constructing Grounded Theory*, ed. 2, Sage, 2014, 1). Benjamin MEEUSEN, in zijn inhoudsanalyse van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, koos dan weer voor een hypothesis coding-techniek, waarbij het codeerschema gebaseerd is op een vooraf geformuleerde hypothese of hypotheses (MEEUSEN B., *Variërende toetsingsintensiteit in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Kluwer, 2024, 96).

²⁶ Er zijn overigens heel veel verschillende mogelijke manieren om het coderingsproces aan te pakken. Een uitstekende bron op dat vlak is het *Coding Manual for qualitative researchers* van Johnny SALDAÑA (meest recente versie: SALDAÑA J., *The coding manual for qualitative researchers*, Sage, 2021, 440 p.). SALDAÑA geeft een zeer duidelijk en praktisch bruikbaar overzicht van de verschillende technieken, waarbij ook telkens de voordelen en beperkingen van die technieken op zeer transparante wijze worden uiteengezet. Persoonlijk vond ik het bovendien heel verhelderend om binnen één naslagwerk de vele verschillende opties, met hun gebreken en hun voordelen, opgelijst te zien. Het helpt om te blijven beseffen dat er in veel gevallen, en zeker in kwalitatief onderzoek, niet zoiets is als één correcte methode. Er zijn zeker veel manieren om je onderzoek verkeerd aan te pakken, maar er zijn ook heel veel manieren om het juist te doen, zonder dat de beredeneerde en onderbouwde keuze voor één aanpak, een oordeel vormt over de meerwaarde van mogelijke andere keuzes. Eenzelfde bedenking geldt ten aanzien van het gebruik van software. Er bestaat specifieke software, zoals NVivo of Maxqda, die gericht is op inhoudsanalyse. Het gebruik van software kan enerzijds hindernissen met zich meebrengen (het ene programma is al gebruiksvriendelijker dan het andere, en opleidingen zijn niet altijd beschikbaar of betaalbaar), maar heeft anderzijds als voordeel dat veel bewerkingen (vrij) snel omkeerbaar zijn. Zeker bij eerste pogingen kan het interessant zijn om verschillende coderingsmethoden door elkaar te gebruiken (zie bv. MEEUSEN B., *Variërende toetsingsintensiteit in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Kluwer, 2024, 91, in verband met het gebruik van NVivo; VANDAELE A.-S., *Procesbelang bij de Raad van State en het recht op toegang tot een rechter*, die Keure, 2019, 87-88, over het gebruik van MaxQDA). Ook hier is het belangrijk om je eigen methode te gebruiken en om een goede kosten-baten analyse te maken. Voor een langdurig onderzoek, dat zoals een doctoraatsonderzoek meerdere jaren beslaat, is het waarschijnlijk de moeite om de tijd en middelen te investeren in de aankoop en het gebruik van bepaalde software, als die kan helpen om op vlotte wijze een groot aantal teksten en de daarbij horende codes te verwerken. Voor analyses of onderzoeken met een beperkte draagwijdte zijn een eenvoudig Excel-bestand, of zelfs een ringmap met uitgeprinte documenten vol post-its eveneens goede opties.

aan te pakken. Ook werken met memo's was echt een meerwaarde. In de praktijk zal het overzicht van je memo's, eens samengebracht in één document en geordend, al verdacht beginnen lijken op een aanzet van een tekst. Voor mij kwam het eigenlijke afronden van het doctoraat vooral neer op het ordenen en aan elkaar schrijven van alles wat ik tijdens de voorbije jaren had verzameld. Dankzij het gebruik van de memo's was dit in de praktijk veel vlotter haalbaar dan ik had verwacht.²⁷

15. Tot zover het goede nieuws. Uiteraard is het niet enkel een *good news show*. Zoals alle methodes heeft kwalitatieve inhoudsanalyse, in al haar mogelijke verschijningsvormen, nadelen.²⁸ Bij nader inzien bleken de nadelen van de inhoudsanalyse, althans op kwalitatief vlak, niet zo anders dan de nadelen van wat ik, voor de eenvoud 'klassiek juridisch onderzoek' zal noemen.

*Ja, er is het risico dat de data onvolledig of niet representatief is.*²⁹ Voor mijn onderzoek was bijvoorbeeld de laatste selectiestap, waarbij enkel de arresten waarin het procesbelang expliciet werd vermeld, werden geselecteerd, gebaseerd op het persoonlijk doornemen van alle arresten van de Raad van State voor de geselecteerde tijdsperiode. Het gebruik van de zoekterm 'belang' was immers praktisch onmogelijk, aangezien er te veel ruis op de selectie zat door verwijzingen naar het 'algemeen belang', 'belangrijk' ... De kans dat ik, bij het doornemen 4150 arresten, er een paar heb gemist, is zeer groot. Bovendien waren ook de arresten waarin het belang niet expliciet werd behandeld, potentieel interessant.³⁰ In dit geval was ook klassiek juridisch onderzoek echter waarschijnlijk vertrokken van onvolledige of weinig representatieve data³¹,

²⁷ Dankzij bibliografiesoftware zoals *Endnote*, die het mogelijk maakte om tijdens het schrijven van de teksten over de inhoudsanalyse met een eenvoudige zoekopdracht ook de betrokken rechtsleer die ik soms jaren geleden had verwerkt, terug te vinden én automatisch de verwijzing daarnaar te genereren. Opnieuw lijkt het veel werk om alle teksten die je leest, ook onmiddellijk te catalogeren, maar een bureauverhuis na het eerste jaar van mijn onderzoek maakte al snel duidelijk dat ik zonder een overkoepelend systeem heel veel teksten meerdere keren had, en dat de kans dat ik ze enkele jaren later terug zou vinden, minimaal was. Ook hier geldt dat je op lange termijn werk bespaart: voor deze tekst kon ik zeer snel alle bronnen, inclusief scan en verwijzing, terugvinden die ik in de beginjaren van mijn doctoraatsonderzoek had verwerkt. Gezien de groeiende monopolievorming rond juridische databanken, is het bovendien geen slecht idee om je eigen minidatabank te onderhouden.

²⁸ Zie bv. SALEHIJAM M., 'The value of systematic content analysis in legal research', *Tilburg International Law Review* 2018, nr. 23, (1) 5-6.

²⁹ Zie bv. de uiteenzetting in MERCER K., 'A content analysis of judicial decision-making. How judges use the primary caretaker standard to make a custody determination' in *William & Mary Journal of Woman and the Law*, 1998, nr. 1, 92-94. Een ander voorbeeld van een transparante uiteenzetting van de beperkingen van de selectie voor een kwalitatieve empirische analyse: VAN DER HAEGEN M., 'Een kwalitatief empirisch onderzoek naar de omkeringen in de cassatierechtspraak', *TPR* 2019, (197) 221-223.

³⁰ VANDAELE A.-S., *Procesbelang bij de Raad van State en het recht op toegang tot een rechter*, die Keure, 2019, 80-82.

³¹ VERSCHULDEN G., 'Empirisch familierechtelijk onderzoek in België: Yes, we can!', *T.Fam.* 2011, (234) 234-235.

aangezien de problemen op dat vlak niet plots verdwijnen wanneer de term empirische achterwege blijft.

*Ja, er is een risico op subjectiviteit in het coderingsproces, maar die subjectiviteit speelt uiteraard ook bij klassiek juridisch onderzoek. Bovendien zijn voor verschillende coderingsmethodes technieken ontwikkeld om dat zoveel mogelijk te verhelpen. Die technieken zijn vlot terug te vinden bij de specifieke uiteenzettingen over de verschillende methodes, bijvoorbeeld in het handboek van J. SALDAÑA. Een eenvoudig voorbeeld is de mogelijkheid om het uiteindelijke coderingsschema ter beschikking te stellen van andere onderzoekers, om na te gaan of zij gelijkaardige keuzes maken. Dit heeft als bijkomende voordeel dat je verplicht bent om je codes heel duidelijk af te lijnen, zodat ze eventueel bruikbaar zijn door anderen.³² Hoewel het volledig uitsluiten van enige *bias* in de praktijk niet noodzakelijk haalbaar is, laat de transparantie die gepaard gaat met een duidelijke selectie en toegankelijke codes op zijn minst toe om in te schatten waar die *bias* zich situeert en hoe die eventueel de resultaten kon beïnvloeden.*

Ik heb al van meerdere onderzoekers te horen gekregen dat ze de stap naar een bepaalde empirische methode niet durfden te zetten, omdat ze niet konden garanderen dat hun dataselectie volledig sluitend of objectief zou zijn. De vaststelling dat een bepaalde onderzoeksmethode, bijvoorbeeld in mijn geval kwalitatieve inhoudsanalyse, beperkingen heeft, zou er echter niet toe mogen leiden dat die methode terzijde wordt geschoven. Op zijn minst kan dit geen argument zijn om dan maar terug te plooiën op de ‘klassieke’ aanpak. Zoals *supra* reeds geïllustreerd aan de hand van inhoudsanalyse, maar ruimer toepasbaar op andere methodes, blijkt in de praktijk immers vaak dat diezelfde gebreken eveneens, of misschien zelfs nog meer, spelen in klassiek juridisch onderzoek. *De vaststelling dat je onderzoek beperkingen heeft, verhindert niet dat het een meerwaarde kan bieden, zolang je transparant bent over de betrokken beperkingen.*

Een eerlijk en open inzicht in de beperkingen van je specifieke onderzoeksmethode is volgens mij overigens een niet te onderschatten voordeel van de keuze voor een empirische methode. Niet alleen op wetenschappelijk vlak, maar ook, niet te verwaarlozen, op persoonlijk vlak. Ongeacht de methode die je uiteindelijk gebruikt, leert de zoektocht naar de juiste methode je veel over de onduidelijkheden en onzekerheden die er nog steeds bestaan in vakgebieden die wél een lange voorgeschiedenis hebben wat betreft empirisch onderzoek. Persoonlijk vond ik het besef dat er zoveel verschillende aanpakken mogelijk zijn, zeer bevrijdend en geruststellend.

³² Voor een korte en bevattelijke inleiding: HALL M., *Coding case law for public health law evaluation*, Public Health Law Research, 26 november 2011, 33 p., <http://ssrn.com/abstract=1979780>.

Ook op andere manieren kunnen empirische methodes een invloed hebben op de persoonlijke ervaring van de onderzoeker. De structuur die wordt geboden door inhoudsanalyse, maar waarschijnlijk ook door veel andere empirische methodes, kan geruststellend zijn voor doctoraatsstudenten die vaak wel weten waar hun onderzoek begint, maar moeilijk kunnen inschatten wanneer ze kunnen stoppen. De vraag ‘hoe is het met je doctoraat?’ is even onvermijdelijk als, zeker in de middelste jaren, onbeantwoordbaar. Hoever sta je werkelijk met je onderzoek? Hoe beoordeel je zelf of het vooruitgaat? Maar ook: wanneer ga je stoppen? Die laatste vraag is voor veel doctorandi, niet zelden perfectionistisch aangelegd, een moeilijke. Wanneer je de selectie van je data reeds op een gestructureerde, beredeneerde maar ook afgelijnde manier aanpakt, betekent dit ook dat je van bij het begin een inschatting maakt over wat nodig en haalbaar is. Bovendien kan je er dan ook van bij het begin een nummer op kleven. Je zal X-aantal arresten of andere teksten analyseren, X-aantal personen interviewen, X-aantal experimenten organiseren ... Aangezien je daar een beperkte periode voor hebt, kan je voor jezelf bepalen hoeveel arresten je per dag, week of maand moet behandelen, welke timing je moet aanhouden om op tijd rond te geraken enz.³³ Gebruik die kennis ook om jezelf toe te laten even op adem te komen wanneer je die quota hebt gehaald.³⁴

19. *Tot slot bleek inhoudsanalyse, in mijn specifiek domein (publiekrecht) heel bruikbaar buiten mijn academische loopbaan.* Persoonlijk heb ik inhoudsanalyse als magistraat onder andere opnieuw gebruikt om na te gaan of vaste formuleringen in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof nog steeds overeenkomen met de eigenlijke analyse die daarop volgt. Daarbij bood de empirische aanpak een houvast in de anders vaak nog erg esoterische invulling van de nochtans nagestreefde ‘eenheid van de rechtspraak’. De kans lijkt mij klein dat vaardigheden gelinkt aan andere methodes (of het nu gaat over kwantitatieve of kwalitatieve) niet gevaloriseerd kunnen worden na het oorspronkelijke onderzoek. Hou dit in je achterhoofd wanneer de toepassing van empirische methodes in de initiële fase meer inspanning vraagt dan je zou verwachten van klassiek juridisch onderzoek. Het is deze inspanning die je een voorsprong kan opleveren voor later onderzoek, of het nu plaatsvindt in een academische context, of daarbuiten.

³³ Dit geldt in het bijzonder wanneer het verzamelen van de data zelf minder werk vereist, en voorspelbaar is, bv. doordat ze eenvoudig te verzamelen zijn via online databanken.

³⁴ Een gelijkaardige aanpak kan je overigens hanteren bij het schrijven van het uiteindelijke verslag. Alles wat ik boven de 1500 woorden (en dan reken ik daar voor mijn gemoedsrust de voetnoten bij, waardoor citeren uit een boekdeel een interessante boost kan geven, zeker als het door het gebruik van software zoals *Endnote* automatisch kan) produceer op één dag, is over het algemeen niet van die aard dat ik het de volgende dag niet moet deleten. De meesten onder ons hebben waarschijnlijk een aantal woorden per dag dat ze realistisch gezien kunnen produceren. Hou dat aantal in je achterhoofd, en geef jezelf toestemming om iets anders te doen, eens je daar bent geraakt.

CONCLUSIE: EERLIJK DUURT HET LANGST,
EN GAAT HET SNELST

20. Al deze beschouwingen staan niet in het uiteindelijke methodologische luik van gepubliceerde onderzoeken. Daarin houden we de schijn op, beschrijven we onze methodologie alsof die evident is en we daar zonder aarzelen aan zijn begonnen. Als dergelijke uiteenzettingen je eerste contactpunt zijn met empirische methoden in juridisch onderzoek, dan kan dit behoorlijk ontradend werken. Zelfs in 2025 is de kans nog steeds niet overweldigend groot dat je, op het moment dat je als klassiek geschoolde jurist aan een onderzoek begint, over de daartoe vereiste kennis en ervaring beschikt. In elk geval wat mijn eigen onderzoek betreft, is het verschil met de methodologische beschouwingen in mijn onderzoeksvoorstel en mijn uiteindelijke onderzoek hemelsbreed. Dat doet mij vermoeden dat gelijkaardige verhalen schuilen achter andere methodologische uiteenzettingen. Dat is belangrijk om te onthouden wanneer je de andere artikelen in dit themanummer bekijkt. Datzelfde geldt voor de persoonlijke overwegingen die gepaard kunnen gaan met de keuze voor een bepaalde onderzoeksmethode. Hoewel deze overwegingen zelden de weg vinden naar de uiteindelijke publicatie van de onderzoeksresultaten, zijn ze volgens mij onontbeerlijk voor een eerlijke, realistische inschatting van de haalbaarheid van elk onderzoek.

21. Een cruciaal element dat steeds terugkomt bij het gebruik van empirische methodes, is transparantie. Transparantie over de gemaakte keuzes, de beperkingen etc. Dit geldt op microniveau binnen een specifiek onderzoek, maar kan volgens mij ook een grote meerwaarde bieden voor de evolutie van de rechtswetenschappen op macroniveau. Laat ons eerlijk zijn: als het om onderzoeksmethodes gaat, zijn we nog zoekende. Velen onder ons moeten op korte tijd een vrij aanzienlijk *knowledge gap* overbruggen wanneer ze empirisch onderzoek willen voeren. In sommige opzichten is deze bijdrage misschien nog het meest een illustratie van de ernstige beperkingen van mijn eigen kennis en expertise inzake empirisch onderzoek, tot op vandaag. Daar kan ik perfect mee leven. Verhullen dat we op dat vlak zoekende zijn, is inefficiënt. Het verplicht generaties juristen om eerst de fouten van hun voorgangers, al dan niet onbewust, te herhalen. Het verhindert dat we van elkaar leren, in een context waar het nog steeds niet evident is om de noodzakelijke kennis en ervaring te verwerven via het universitaire curriculum. Het houdt mensen tegen om hun onderzoek te verbeteren, omdat ze vrezen dat het niet perfect zal zijn. *Le mieux est l'ennemi du bien ...*

Une approche relationnelle du droit à travers les théories posthumaines. Perspectives critiques et outils méthodologiques post-dualistes

A Relational Approach to Law through Posthuman Theories. Critical Perspectives and Post-Dualist Methodological Tools

par Pierre WALCKIERS*

RÉSUMÉ

Voulant faire converger les critiques de l'humanisme occidental et de l'anthropocentrisme, les théories posthumaines mettent en lumière les limites d'un prétendu humanisme universaliste qui renforce ou ignore les rapports de domination entre humains et consolide une doctrine anthropocentrée où l'homme se conçoit comme détaché et supérieur à la nature. Des juristes ont appliqué ces théories comme méthodologie critique du droit afin d'analyser, par exemple, comment les rapports de domination sont maintenus par le droit, sa pratique ou la science du droit, même lorsqu'ils sont présentés comme neutres ou objectifs, ou encore comment le droit reproduit une ontologie dualiste en hypostasiant les coupures entre nature et culture, humains et non-humains, sujets et objets. Face aux problématiques « hybrides » qui mettent à mal les cadres juridiques modernes, ces approches invitent également à des imaginaires alternatifs, ouvrant la voie à des perspectives relationnelles ou cosmopolitiques du droit. Traitant principalement de leur apport méthodologique en droit, cette contribution présente brièvement les théories posthumaines, montre comment des juristes ont pu en faire des applications critiques et constructives, et discute, à partir de nos propres recherches, de la manière dont elles permettent d'esquisser une approche relationnelle du droit capable de mieux cartographier et protéger les relations vertueuses entre entités humaines et non humaines.

* Doctorant aspirant F.R.S.-FNRS au Centre de philosophie du droit de l'UCLouvain, collaborateur scientifique au laboratoire EcoLAWgy de l'Université de Liège. Ce texte s'inscrit dans un projet de thèse « par article » et se rapporte principalement à une revue de littérature et à une discussion méthodologique. Je souhaite remercier Serge Gutwirth et Emily Jones pour l'aide et les commentaires ayant contribué à l'amélioration de cet article.

ABSTRACT

Seeking to bring together critiques of Western humanism and anthropocentrism, posthuman theories highlight the limits of a purported universalist humanism that reinforces or ignores relations of domination among humans and consolidates an anthropocentric doctrine in which humans see themselves as detached from and superior to nature. Legal scholars have applied these theories as a critical methodology of law to analyze, for instance, how relations of domination are maintained by law, its practice, or legal science, even when presented as neutral or objective, or how law reproduces a dualist ontology by hypostatizing separations between nature and culture, humans and non-humans, subjects and objects. Facing the “hybrid” challenges that strain modern legal frameworks, these approaches also open up alternative imaginaries, paving the way for relational or cosmopolitical perspectives on law. Focusing primarily on their methodological contribution to legal studies, this article briefly introduces posthuman theories, shows how legal scholars have applied them in critical and constructive ways, and discusses, based on our own research, how they allow the sketching of a relational approach to law capable of better mapping and protecting virtuous relations between human and non-human entities.

INTRODUCTION

1. La pensée juridique n'est ni abstraite, ni générale, ni objective, car elle s'inscrit dans un contexte historique, social et discursif dont les dynamiques influencent à la fois la formulation des problèmes juridiques et les solutions envisagées¹. C'est, en tout cas, une thèse reprise par différents courants critiques du droit, des approches réalistes aux critiques marxistes, féministes ou décoloniales du droit². Reconnaisant leurs spécificités en termes de méthodes ou de sujets abordés, ces courants intègrent une critique du formalisme ainsi que de la prétention à la neutralité et à l'objectivité du droit : du droit positif, de la pratique du droit, ou encore de l'épistémologie du droit³.

¹ C. SMART, *Feminism and the Power of Law*, Londres-New York, Routledge, 1989, p. 22 ; L. WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples: the cultural politics of law and knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 176.

² D. KAIRYS, *The Politics of law: a progressive critique*, New York, Pantheon Books, 1982 ; O. DE SCHUTTER, « Les Critical Legal Studies au pays du droit international public », *Droit et Société*, 1992, n° 22, pp. 585-605 ; E. JONES et M. ARVIDSSON, « Introduction to International Law and Posthuman Theory », *International Law and Posthuman Theory*, Abingdon-New York, Routledge, 2024, p. 3.

³ Sans entrer dans le détail, plusieurs ontologies du droit coexistent. Si le modèle positiviste reste dominant, selon lequel le droit serait l'ensemble des règles valablement édictées et sanctionnées par les autorités compétentes, d'autres approches identifient des sources de normativité alternatives (droit transnational, droit coutumier, systèmes précoloniaux). D'autres encore envisagent le droit comme une pratique située et collective, orientée vers le devenir à travers l'anticipation de son interprétation authentique. S. GUTWIRTH, « Recht en sociale ongelijkheid: een pleidooi voor juridische guerrilla », *Recht en sociale ongelijkheid*, Bruges, Die Keure, 2022, pp. 41-57 ; L. DE SUTTER, *Après la loi*, Paris, PUF, 2018, p. 229.

2. Dans la présentation qu'en donnent Emily Jones et Matilda Arvidsson, les théories posthumaines prolongent ce geste critique, en le dirigeant à la fois vers les fondements faussement humanistes, anthropocentrés et dualistes du droit, qui conduisent à une dégradation des relations entre humains et avec les non-humains⁴. D'un côté, ces théories dénoncent la manière dont cette notion du sujet humain « universelle » a été historiquement pensée par et pour les hommes blancs, cis-hétérosexuels, valides et bourgeois⁵. Dans ce contexte, cette théorie démontre comment la notion idéaliste de l'humain et les constructions juridiques qui en résultent tendent à reproduire ou à ignorer les structures d'exclusion et de domination entre les humains⁶. De l'autre côté, cet humanisme institue la doctrine anthropocentrée et occidental-centrée de l'homme, « maître et possesseur de la nature » et « mesure de toute chose », se concevant comme supérieur et détaché de celle-ci ainsi que des autres non-humains⁷.

3. Pour la philosophe Rosi Braidotti, les théories posthumaines constituent des réponses à un contexte de polycrise, qu'elle nomme la « condition post-humaine »⁸. Dans ses termes, la condition posthumaine se caractérise par le fait que « nous », c'est-à-dire les humains et non-humains habitant cette « zone critique » de la planète Terre, faisons face à la Quatrième Révolution industrielle et à la Sixième grande extinction des espèces⁹. De fait, « nous » sommes affectés par ces forces conflictuelles, d'un côté, le capitalisme accéléré, la fatigue démocratique, le développement de l'intelligence artificielle et des nouvelles technologies, et de l'autre, l'arrivée de l'Anthropocène (et ses nombreux néologismes) affectant les écologies environnementales, socio-économiques et mentales¹⁰. Et en même temps, ce « nous » est également confronté à des problématiques « hybrides » traversant les frontières entre nature et culture, objet et sujet, science et politique, humain et non-humain, visible et invisible, matériel et immatériel¹¹.

4. Dans ces conditions, et sans une remise en question de leurs fondements, les anciennes certitudes modernes, et les notions telles que le caractère apolitique

⁴ E. JONES et M. ARVIDSSON, « Introduction », *op. cit.*, p. 3.

⁵ R. BRAIDOTTI, *The Posthuman*, Cambridge, Polity Press, 2013, p. 28 ; E. JONES et M. ARVIDSSON, « Introduction », *op. cit.*, p. 4.

⁶ E. JONES, *Feminist theory and international law: posthuman perspectives*, Londres, Routledge, 2023, p. 13 ; M. ARVIDSSON et E. JONES, « Introduction », *op. cit.*, pp. 10-12.

⁷ E. JONES, *Feminist theory and international law: posthuman perspectives*, Londres, Routledge, 2023, p. 10 ; J. KÄLL, « A Posthuman Data Subject? The Right to Be Forgotten and Beyond », *German Law Journal*, 2017, vol. 18, n° 5, p. 1149.

⁸ R. BRAIDOTTI, *Posthuman Knowledge*, Cambridge, Polity Press, 2019, p. 3 ; E. JONES et M. ARVIDSSON, « Introduction », *op. cit.*, p. 1.

⁹ R. BRAIDOTTI, *Posthuman Knowledge*, *op. cit.*, p. 3 ; M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism as a Theoretical and Methodological Approach to International Law », *International Law and Posthuman Theory*, Abingdon, Routledge, 2024, p. 32.

¹⁰ F. GUATTARI, *Les trois écologies*, Paris, Galilée, 2008 ; R. BRAIDOTTI, « A Theoretical Framework for the Critical Posthumanities », *Theory, Culture & Society*, 1^{er} novembre 2019, vol. 36, n° 6, p. 2.

¹¹ R. BRAIDOTTI, *Posthuman Knowledge*, *op. cit.*, p. 9 ; M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », *op. cit.*, p. 32.

et externe de la « nature », les dichotomies entre nature et culture, objet et sujet, humains et non-humains, la neutralité du fonctionnement du positivisme juridique, l'humanisme universaliste ou l'exceptionnalisme de l'anthropos, ne peuvent constituer un point de départ suffisant pour répondre à ces bouleversements radicaux¹². Par exemple, ces théories signalent que « nous » ne saurait désigner un groupe humain homogène prolongeant le modèle humaniste des Lumières, sous peine de mépriser les diverses configurations du monde, de nier les inégalités socio-économiques entre humains ou encore d'ignorer les différences de responsabilités face aux crises passées, actuelles et futures¹³. En ce sens, cette analyse posthumaine se veut particulièrement attentive aux mécanismes de discrimination et d'exclusion qui sont issues des découpages modernes, et offre des espaces théoriques et pratiques pour penser des découpages et récits alternatifs¹⁴.

5. Traversant plusieurs disciplines comme les sciences naturelles, la philosophie, la théorie politique, l'anthropologie ou l'art, les théories posthumaines ont également suscité une certaine attention parmi les juristes¹⁵. Elles se sont révélées utiles pour compléter leur arsenal critique, théorique et méthodologique, mieux identifier les problèmes « hybrides »¹⁶ et imaginer des nouvelles constructions juridiques. De plus, elles sont mobilisées dans des situations spécifiques comme les nouvelles technologies et l'intelligence artificielle, le droit des données, le droit des non-humains ou encore les enjeux écologiques¹⁷. Elles servent également à

¹² B. LATOUR, *Politiques de la nature*, Paris, La Découverte, 2004, p. 30 ; R. BRAIDOTTI et R. DOLPHIJN, « Introduction », in R. BRAIDOTTI et R. DOLPHIJN (dir.), *Philosophy After Nature*, Londres-New York, Rowman & Littlefield International, 2017, p. 5 ; E. JONES et M. ARVIDSSON, « Introduction », *op. cit.*, p. 1.

¹³ D. CHAKRABARTY, « Postcolonial Studies and the Challenge of Climate Change », *New Literary History*, 2012, vol. 43, n° 1, p. 15 ; A. GREAR, « Deconstructing Anthropos: A Critical Legal Reflection on “Anthropocentric” Law and Anthropocene “Humanity” », *Law Critique*, 2015, vol. 26, n° 3, p. 228.

¹⁴ R. BRAIDOTTI, *Posthuman Knowledge*, *op. cit.*, p. 3 ; M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », *op. cit.*, p. 32.

¹⁵ E. JONES et M. ARVIDSSON, « Introduction », *op. cit.*, p. 10.

¹⁶ Les hybrides sont ces objets-sujets composites qui marquent des interconnexions entre des sphères séparées (techniques vs politiques, nature vs culture) dans la Constitution moderne ; B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, Paris, La Découverte, 2013, p. 13.

¹⁷ Les théories posthumaines ont été progressivement mobilisées pour analyser le droit et ses transformations, dans différents domaines tels que le droit international public, les droits humains, le droit de propriété, le droit des données et de l'intelligence artificielle, les droits des animaux, ainsi que le droit de l'océan et de l'espace ; E. JONES et M. ARVIDSSON, « Introduction », *op. cit.*, p. 5. Citant notamment : A. GREAR et al. (eds.), *Posthuman Legalities: New Materialism and Law Beyond the Human*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021 ; A. GREAR, *Redirecting Human Rights*, Londres, Palgrave Macmillan UK, 2010 ; A. PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, *Spatial justice: Body, landscape, atmosphere*, Abingdon-New York, Routledge, 2015, p. 265 ; M. DECKHA, « Teaching Posthumanist Ethics in Law School: The Race, Culture, and Gender Dimensions of Student Resistance », *Animal Law Review*, 2010, vol. 16, n° 2, pp. 287-316 ; M. DAVIES, *Law Unlimited*, Londres, Routledge, 2017 ; J. KÄLL, « A Posthuman Data Subject? », *op. cit.*, pp. 1145-1162 ; J. KÄLL, *Posthuman Property and Law Commodification and Control through Information, Smart Spaces and Artificial Intelligence*, Londres, Taylor & Francis Ltd, 2024.

critiquer la prétention d'objectivité, de neutralité et d'externalité de la science juridique, en mettant en lumière les biais, les schémas de pouvoir et préconceptions ontologiques¹⁸. Enfin, les théories posthumaines sont, par exemple, utiles pour remettre en perspective une série de dichotomies modernes reprises dans les approches positivistes du droit, à travers les notions absolutistes de choses et de personnes, ou encore de sujet de droit actif face à une multitude d'objets passifs à réglementer, exploiter ou protéger¹⁹.

6. Sur ce dernier point, les théories posthumaines se veulent suffisamment ouvertes et constructives pour qu'il soit possible d'y faire émerger une approche « relationnelle » du droit. En mettant en avant une philosophie relationnelle présente dans ces théories²⁰, cette approche explore des alternatives aux catégories positivistes réductrices d'objet et de sujet, en accordant une attention particulière à leurs relations, à leur milieu, à leur rapport d'affectation mutuelle, ou encore à leur « entre-deux ». Formulé autrement, l'objectif est de s'émanciper des conceptions idéalisées du positivisme juridique pour, *in fine*, mieux se représenter, comprendre et protéger ces hybrides et interconnexions entre humains, non-humains, technologies, écosystèmes, corps et affects²¹. Partant, ces approches invitent à réinvestir d'autres formes de relations et de figurations entre entités juridiques, qui ne répondent pas nécessairement à un projet de domination²².

7. Cette contribution propose d'introduire brièvement les théories posthumaines en référant à la littérature posthumaine déjà existante, d'identifier comment elles ont été utilisées par des juristes pour aborder le droit et, à partir de leur dimension relationnelle, de montrer comment nous appliquons ces méthodes dans nos propres recherches. Les fondements théoriques seront examinés dans la première partie, puis nous aborderons leurs méthodologies et outils d'analyse pour traiter du droit, faisant écho aux travaux de juristes utilisant ces méthodes posthumaines, comme les coupures, la fiction spéculative ou les interprétations cosmopolitiques du droit²³. Ces différents outils et méthodes sont explicités par des exemples issus de nos recherches, en lien avec le droit des semences et des organismes génétiquement modifiés (OGM). Dans les deux parties, nous distinguerons l'apport critique des théories posthumaines et une application plus constructive à partir d'une ouverture au relationnel.

¹⁸ E. JONES et M. ARVIDSSON, « Introduction », *op. cit.*, p. 2.

¹⁹ M.-S. DE CLIPPELE, *Restes humains et patrimoine culturel : de quels droits ?*, Limal, Anthemis, 2023, p. 27 ; A. TANAS et S. GUTWIRTH, « Une approche "écologique" des communs dans le droit », *In Situ. Au regard des sciences sociales*, 2021.

²⁰ R. MARCHESINI, *Posthumanist Manifesto: A Pluralistic Approach*, Lanham, Lexington Books, 2023, pp. 33-51.

²¹ M. ARVIDSSON et E. JONES, « Introduction », *op. cit.*, p. 3.

²² C. LYNTERIS, *Human Extinction and the Pandemic Imaginary*, Londres, Routledge, 2019.

²³ M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », *op. cit.*, p. 38, 39 ; I. STENGERS et L. DE SUTTER, « Une pratique cosmopolitique du droit est-elle possible ? », *Cosmopolitiques*, décembre 2004, n° 8.

I. LES ORIGINES DES APPROCHES POSTHUMAINES ET RELATIONNELLES

8. Cette première partie revient sur les origines et les principes des théories post-humaines (A) et met en évidence leur ouverture à une philosophie relationnelle (B).

A. L'étendue des théories posthumaines

9. Comme évoqué en introduction, les théories posthumaines se situent à l'intersection des critiques de l'humanisme occidental, en raison des discriminations et hiérarchisations engendrées par celui-ci, et de la critique de l'anthropocentrisme, qui place les humains dans une relation de domination vis-à-vis des non-humains²⁴. Ces deux critiques appartiennent à des généalogies théoriques distinctes et mènent à des positionnements politiques différents. Mais, comme l'indique Braidotti, c'est par leur mise en convergence qu'il est possible de produire des chaînes d'effets à la fois théoriques, sociaux et culturels, afin de générer des sauts qualitatifs vers de nouvelles directions conceptuelles²⁵. Cela peut inclure, par exemple, la production de savoirs pertinents pour comprendre cette condition posthumaine, l'élargissement de la subjectivité au-delà de la prérogative unique de l'anthropos, ou encore le rétablissement d'alliances et de « *zoé-geo-techno assemblages* ».

10. Ces théories sont multiples et rassemblent des auteur·es et des concepts qui s'influencent et dialoguent entre eux, sans toutefois former un courant théorique homogène²⁶. Sans pouvoir ici en donner une liste exhaustive, sont généralement associés aux théories posthumaines les travaux de Braidotti, Wolfe, Hayles, Barad et Bennett, et, par ricochet, à ceux de Haraway, Latour, Tsing ou encore Stengers²⁷. Bien que ces personnes partagent plusieurs thématiques communes, des divergences

²⁴ R. BRAIDOTTI, *Posthuman Knowledge*, op. cit., p. 34 ; E. JONES, *Feminist theory and international law*, op. cit., p. 9.

²⁵ R. BRAIDOTTI, « Posthuman Critical Theory », in R. BRAIDOTTI et M. HLAVAJOVA (dir.), *Posthuman Glossary*, Londres, Bloomsbury, 2018, p. 339 ; R. BRAIDOTTI, *Posthuman Knowledge*, op. cit., p. 9.

²⁶ F. FERRANDO, « Posthumanism, Transhumanism, Antihumanism, Metahumanism, and New Materialisms: Differences and Relations », *Existenz. An International Journal in Philosophy, Religion, Politics and the Arts*, 2013, vol. 8, n° 2, p. 26 ; C.T. WOLFE, « Matérialisme ancien, matérialisme nouveau : réflexions sur un néo-matérialisme contemporain », *Lire le matérialisme*, Lyon, ENS Éditions, La croisée des chemins, 2020, pp. 213-235.

²⁷ R. BRAIDOTTI, *Posthuman Feminism*, Duke, Wiley, 2022 ; K. BARAD, *Meeting the Universe Halfway: Quantum Physics and the Entanglement of Matter and Meaning*, Durham, Duke University Press, 2007 ; N.K. HAYLES, *How We Became Posthuman: Virtual Bodies in Cybernetics, Literature, and Informatics*, 1^{re} éd., University of Chicago Press Journals, 1999 ; J. BENNETT, *Vibrant Matter: A Political Ecology of Things*, Durham-Londres, Duke University Press, 2010 ; C. WOLFE, *What is posthumanism?*, Minneapolis, Univ. of Minnesota Press, 2011 ; B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, op. cit. ; I. STENGERS, *Au temps des catastrophes*, Paris, La Découverte, 2013 ; D. HARAWAY, *Staying With the Trouble: Making Kin in the Chthulucene*, Durham, Duke University Press, 2016 ; F. FERRANDO, *Philosophical Posthumanism*, Londres-New York, Bloomsbury Academic, 2019.

demeurent entre leurs mouvements et méthodes. En guise d'illustration, le « nouveau matérialisme » est un mouvement associé aux théories posthumaines. Il questionne la compréhension de la subjectivité en se recentrant sur la matière et son agentivité, ses influences et relations sur les « sujets-en-devenirs », traversant le dualisme entre corps et esprit²⁸. Cependant, Braidotti et Jones craignent que ce recentrement sur la matière risque de produire une théorie qui se préoccupe trop peu des inégalités entre humains²⁹. En bref, il y a des jeux d'influences : les théories posthumaines peuvent reprendre le nouveau matérialisme pour envisager la matière comme une « force d'un ensemble vivant » ou une « matière vibrante » dotée d'agentivité et de subjectivité, mais qui peut être brimée (ou « déterritorialisée ») par une vision dualiste et technoscientifique des phénomènes³⁰.

11. Dans ce processus de dialogue et d'exploration, la littérature posthumaine se réapproprie assez librement des concepts provenant de diverses générations théoriques et critiques, de temps et de lieux. En effet, Jones et Arvidsson explicitent ces convergences avec d'anciennes traditions critiques, telles que la théorie marxiste, les théories queer et féministes, les théories post- et décoloniales, les pensées autochtones, les études critiques du handicap, du droit des animaux et de l'environnement³¹. Selon Arvidsson, les théories posthumaines offrent une plateforme pour faire dialoguer des disciplines, actions politiques, générations et généalogies critiques et militantes, non dans le but de dépasser ces dernières³², mais pour faire émerger des alliances transversales et transgénérationnelles, afin de traiter de la condition posthumaine au présent³³. On retrouve ainsi, dans le vocabulaire posthumain, des assemblages créatifs entre le rhizome et la pensée nomadique de Deleuze et Guattari³⁴, le processus d'individuation et la relation

²⁸ F. FERRANDO, « Posthumanism, Transhumanism, Antihumanism, Metahumanism, and New Materialisms: Differences and Relations », *op. cit.*, pp. 30-31 ; I. VAN DER TUIN, « Neo/New Materialism », in R. BRAIDOTTI et M. HLAVAJOVA (dir.), *Posthuman Glossary*, Londres, Bloomsbury Academic, Bloomsbury, 2018, p. 277 ; E. JONES, *Feminist theory and international law*, *op. cit.*, p. 15.

²⁹ E. JONES, *Feminist theory and international law*, *op. cit.*, p. 13 ; voy. en ce sens, une critique de Braidotti sur Latour, R. BRAIDOTTI, *Posthuman Knowledge*, *op. cit.*, p. 12.

³⁰ R. BRAIDOTTI, *The Posthuman*, *op. cit.*, p. 3 ; K. BARAD, « Posthumanist Performativity: Toward an Understanding of How Matter Comes to Matter », in C. BATH et al. (dir.), *Materialität denken. Studien zur technologischen Verkörperung — Hybride Artefakte, posthumane Körper*, Tübingen, KörperKulturen, 2005, p. 195, D ; D. HARAWAY, *Staying With the Trouble*, *op. cit.*, p. 16 ; E. JONES, « Posthuman international law and the rights of nature », *op. cit.*, p. 84.

³¹ M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », *op. cit.*, p. 37 ; E. JONES, *Feminist theory and international law*, *op. cit.*, p. 22.

³² En ce sens, le « post » doit être compris comme une direction à suivre et non un changement déjà opéré ; R. BRAIDOTTI, « Critical Posthumanism », in *Posthuman Glossary*, *op. cit.*, p. 94.

³³ M. ARVIDSSON, « De-Colonial Intergenerational and Transversal Posthuman Feminist Alliances », in E. BJÖRLING et al. (dir.), *Festschrift till Eva-Maria Svensson*, Upsala, Förlag AB, 2024, p. 42 ; R. BRAIDOTTI, *The Posthuman*, Cambridge, Polity Press, Polity Press, 2013, p. 5.

³⁴ G. DELEUZE et F. GUATTARI, *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie 2*, Paris, Éditions de Minuit, 1980 ; S. WHATMORE, *Hybrid geographies: natures, cultures, spaces*, Londres, SAGE, 2002, p. 160 ; R. BRAIDOTTI, *Posthuman Knowledge*, *op. cit.*

de Simondon³⁵, le perspectivisme cannibale de Viveiros de Castro³⁶, ou encore le matérialisme et l'éthique affirmative de Spinoza³⁷.

12. À l'instar d'une géophilosophie deleuzienne, les théories posthumaines ont favorisé l'épanouissement d'un riche éventail d'outils conceptuels. Outre la matière vibrante, on peut y inclure de manière non exhaustive, les théories du réalisme agentiel³⁸, du matérialisme vitaliste³⁹, de l'onto-épistémologie⁴⁰, de l'acteur-réseau et la prolifération des hybrides⁴¹. Ces notions intègrent des métaphores, des cartographies critiques et des figurations comme autant d'outils méthodologiques et de repères matériels et sémiotiques de nos conditions socio-géo-historiques⁴², dont certains seront discutés *infra* pour leur apport en droit. Pour en donner quelques exemples, l'hybridité est inhérente à la métaphore proposée du Cyborg avancée par Haraway pour rendre compte de la perméabilité des frontières entre humains, non-humains et technologies, ainsi que de leurs interconnexions dans des sujets incorporés⁴³. De manière similaire, Braidotti utilise la figure du « posthumain » comme un mode d'analyse matériellement inscrit et incarné, affectant et affecté par des « nœuds cruciaux de savoir et de pouvoir anticipant des méta-schémas émergents de résistance et de devenir dissonant et créatif »⁴⁴. Cette figure du posthumain n'est pas une chose immanente ni un récit de science-fiction, mais bien un mode d'analyse des transformations vers une subjectivité transversale composée de « zoe/geo/techno assemblages » et aspirant à une éthique affirmative et inclusive⁴⁵.

13. Pour récapituler, les approches posthumaines se distinguent par leur ouverture et leur générosité conceptuelles, nourries par la convergence de perspectives critiques, la diversité des sujets abordés, mais surtout par l'orientation choisie pour répondre aux défis contemporains. Critiques de l'humanisme et de l'anthropocentrisme, et conscientes des crises environnementales, socio-économiques et

³⁵ G. SIMONDON, *Du mode d'existence des objets techniques*, Paris, Éditions Aubier, 2012.

³⁶ R. BRAIDOTTI, *Posthuman Knowledge*, *op. cit.*, p. 117.

³⁷ *Ibid.*, p. 54.

³⁸ K. BARAD, *Meeting the Universe Halfway*, *op. cit.* ; E. JONES, « Posthuman international law and the rights of nature », *op. cit.*, p. 84.

³⁹ R. BRAIDOTTI, *Posthuman Knowledge*, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁰ K. BARAD, *Meeting the Universe Halfway*, *op. cit.* ; E. JONES, « Posthuman international law and the rights of nature », *op. cit.*, p. 84.

⁴¹ B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, *op. cit.*, p. 197.

⁴² R. BRAIDOTTI, « A Theoretical Framework for the Critical Posthumanities », *op. cit.*, p. 5 ; M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », *op. cit.*

⁴³ D. HARAWAY, *Staying With the Trouble*, *op. cit.* ; D. HARAWAY, *Simians, Cyborgs, and Women*, Londres, Routledge, 2013 ; M. FERDINAND, *Une écologie décoloniale*, Paris, Le Seuil, 2019 ; S. WHATMORE, *Hybrid geographies*, *op. cit.*, p. 159.

⁴⁴ R. BRAIDOTTI, *Posthuman Feminism*, *op. cit.*, p. 211 ; M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », *op. cit.*, p. 38.

⁴⁵ R. BRAIDOTTI, « A Theoretical Framework for the Critical Posthumanities », *op. cit.*, p. 4 ; M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », *op. cit.*, p. 44.

onto-psychologiques de cette condition posthumaine, ces approches visent à opérer un « saut qualitatif » vers de nouvelles possibilités conceptuelles et politiques ⁴⁶. Ces approches ne se contentent pas d'une critique nihiliste, et la section suivante détaille comment elles offrent un espace de dialogues, de créativité et de nouveaux imaginaires pouvant être relationnels ⁴⁷.

B. L'attention au relationnel dans les approches posthumaines

14. Les théories posthumaines portent une attention particulière aux relations entre les formes de vie, en reconnaissant les interconnexions et hybridations entre humains et non-humains, entre nature et culture ⁴⁸. Elles se posent ainsi comme alternatives à l'ontologie dualiste présente dans le positivisme scientifique et juridique, ainsi qu'aux préconceptions modernes qui définissent unilatéralement ce qui « existe » et ce qui « compte ». Cette seconde partie reprend donc cette philosophie relationnelle au sein de la littérature posthumaine, en présentant à la fois ses apports épistémologiques et ses postulats éthiques en faveur d'approches plus respectueuses des relations entre humains et non-humains.

15. Tout d'abord, nous retrouvons une remise en cause du dualisme ontologique et des « coupures » qui en découlent, comme celles entre nature et culture, faits et valeurs, matériel et immatériel, objets et sujets. En ce sens, Barad explique que ces coupures conduisent à des exclusions, car le regard positiviste scientifique et juridique réduit la matière à des objets inertes, dissociés de toute vitalité ou agentivité ⁴⁹. En s'intéressant à la manière dont ces coupures s'opèrent, elle rejette l'idée d'individus préexistants et isolés, et met en avant une conception selon laquelle toutes les matières vivantes et non vivantes dans le monde sont reliées. Pour elle, les assertions occidentales de l'exceptionnalisme humain reposent également sur ces « coupures », car elles justifient l'abstraction d'une individualité isolée de son écosystème et, par conséquent, légitiment une supériorité et une séparation entre humains et non-humains ⁵⁰.

16. Plusieurs arguments sont mobilisés pour critiquer ce dualisme, à commencer par le fait que les concepts d'« objectivité scientifique » ou de nature « externe »

⁴⁶ R. BRAIDOTTI, *The Posthuman*, op. cit., p. 194 ; R. BRAIDOTTI, *Critical Posthumanism*, op. cit., p. 339.

⁴⁷ R. MARCHESINI, *Posthumanist Manifesto*, op. cit., p. 5 ; R. BRAIDOTTI, E. JONES et G. KLUMBYTE (dir.), *More Posthuman Glossary*, Londres-New York-Oxford-New Delhi-Sydney, Bloomsbury Academic, Reprint edition, décembre 2022, p. 277 ; R. BRAIDOTTI, *The Posthuman*, op. cit., p. 5 ; E. JONES et M. ARVIDSSON, « Introduction », op. cit., p. 12.

⁴⁸ R. MARCHESINI, *Posthumanist Manifesto*, op. cit., p. 33 ; K. GRAVETT, C.A. TAYLOR et N. FAIRCHILD, « Pedagogies of mattering: re-conceptualising relational pedagogies in higher education », *Teaching in Higher Education*, 17 février 2024, vol. 29, n° 2, pp. 388-403.

⁴⁹ K. BARAD, « Posthumanist Performativity », op. cit., p. 200.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 202 ; R. MARCHESINI, *Posthumanist Manifesto*, op. cit., p. 33.

restent toujours socialement construits⁵¹. De plus, les entités (humaines et non humaines) n'existent pas préalablement à leurs interactions, car elles sont toujours ancrées dans leurs systèmes et influencées par ces intra-actions⁵². Un autre argument, issu de l'anthropologie comparative et suivant le tournant ontologique, affirme que ce dualisme n'est pas partagé au-delà du monde occidental moderne⁵³. De cet argument découle un point essentiel pour les discussions sur la dialectique entre approche anthropocentrée et approche écocentrée. En effet, tandis que certaines mesures environnementales sont jugées anthropocentrées, car elles humanisent la nature et placent les humains au centre des interactions avec celle-ci⁵⁴, une approche protégeant une nature « pour elle-même » et sans humains s'inscrirait dans le prolongement d'une ontologie naturaliste et occidentale. Dans la lignée critique des théories posthumaines, il s'agit de proposer des alternatives aux postures humanistes et anthropocentristes qui nuisent aux relations entre humains et non-humains⁵⁵.

17. En l'occurrence, les théories posthumaines proposent différents concepts, figures et récits « relationnels ». Chez Merchant, par exemple, existaient déjà des rapports de réciprocité entre humains et non humain⁵⁶. Contre une représentation individualiste et détachée de l'existant, ces liens sont explicités par les notions d'intra-action entre holobionts et de symbiogenèse chez Barad⁵⁷. De plus, les relations entre humains et non-humains peuvent être tracées par différents concepts latouriens, tels que la théorie de l'acteur-réseau, les hybrides, le Parlement des Choses, les collectifs humains et non humains ou par Gaïa⁵⁸. Selon Braidotti, la subjectivité n'est pas une prérogative unique de l'anthropos, et la philosophie posthumaine implique une forme d'éthique collaborative et relationnelle. Dans cette voie, des récits relationnels sont avancés pour traiter des relations d'affection, de voisinage et de compagnie avec les animaux ou les plantes⁵⁹. Enfin, au-delà de la figure du cyborg, Haraway accueille ces liens, nœuds et tissages

⁵¹ B. LATOUR, *Nous n'avons jamais été modernes*, op. cit. ; I. STENGERS, *L'invention des sciences modernes*, Paris, La Découverte, 1993.

⁵² K. BARAD, « Posthumanist Performativity », op. cit., p. 202.

⁵³ A. ESCOBAR, *Sentir-penser avec la Terre. L'écologie au-delà de l'Occident*, Paris, Seuil, 2018, p. 113.

⁵⁴ D. SCHWEITZER, « "Rights of Things": A Posthumanist Approach to Law? », *Nature and Culture*, 2021, vol. 16, n° 1, p. 39.

⁵⁵ R. MARCHESINI, *Posthumanist Manifesto*, op. cit., p. 33.

⁵⁶ C. MERCHANT, *The Death of Nature: Women, Ecology, and the Scientific Revolution*, New York, HarperOne, 1990, p. 8 ; E. JONES, « Posthuman international law and the rights of nature », op. cit., p. 85.

⁵⁷ K. BARAD, *Meeting the Universe Halfway*, op. cit. ; M.-C. PETERSMANN, « Response-abilities of care in more-than-human worlds », *Journal of Human Rights and the Environment*, 2021, vol. 12, p. 108.

⁵⁸ B. LATOUR, *Face à Gaïa. Huit conférences sur le Nouveau Régime Climatique*, Paris, Empêcheurs de penser en rond, 2015, p. 224.

⁵⁹ J. ZASK, *Zoocities*, Paris, Premier Parallèle, 2020 ; D. HARAWAY, V. DESPRET et J. HANSEN, *Manifeste des espèces compagnes : chiens, humains et autres partenaires*, Paris, Evergreen, 2019 ; I. DOUSSAN, *Droit et animal : vers un droit des relations avec les humains*, Versailles, Quae, 2024.

via les principes de *sympoïesis* et du « *making kin* »⁶⁰. Sa proposition invite à relier humains et non-humains sans hiérarchisation ni domination, et à réinvestir des rapports de parentalité et de responsabilité au-delà des structures familiales normatives et biologiques⁶¹.

18. Sur la base de ces éléments, nous pouvons identifier une philosophie posthumaine des relations ayant plusieurs manifestations et implications. Dans la continuité du tournant ontologique et d'une ouverture phénoménologique⁶², une première manifestation cherche à dépasser une ontologie dualiste et porte son attention sur les relations entre existants, plutôt que sur les existants pris isolément. En quelque sorte, il s'agit d'éviter d'essentialiser les pôles d'objets et de sujets, ou d'humains et de non-humains, pour mieux reconnaître les liens entre ces deux catégories. Sur le plan éthique et politique, cette approche distingue les relations qui sont vertueuses ou essentielles pour les communautés humaines et non humaines de celles qui opèrent par violence⁶³. Cette philosophie relationnelle éclaire l'identité et montre comment les relations influencent, intra-agissent et hybrident celles des humains et des non-humains⁶⁴. En d'autres termes, elles montrent que les individus ne se trouvent pas simplement dans le monde, car ces relations et hybridations font partie intégrante de leur identité et de leur manière d'être au monde. Librement inspirée de la « différance » de Derrida ou de « l'entre-deux » de Deleuze et Guattari, cette théorie de l'identité relationnelle permet de saisir cet « intervalle » et ce « milieu » entre humain et non-humain⁶⁵.

19. Pour conclure, les approches posthumaines et leur dimension relationnelle offrent un espace à la fois critique de l'anthropocentrisme et de l'humanisme, et créatif pour repenser les relations entre humains et non-humains au-delà des cadres positivistes et dualistes. Elles sont également pertinentes pour dialoguer avec des générations critiques et théoriques déjà existantes, pouvant, comme nous le développerons ici, mener à la présentation de concepts et d'expériences utiles pour une méthodologie juridique critique, post-humaine, post-anthropocentrique et post-dualiste.

⁶⁰ R. BRAIDOTTI, « Posthuman Critical Theory », *op. cit.*, p. 340.

⁶¹ D. HARAWAY, *Staying With the Trouble*, *op. cit.*, pp. 2, 58, 99-103 ; E. JONES, C. VAN EIJK et G. HEATHCOTE, « The Common Heritage of Kin-Kind », in *International Law and Posthuman Theory*, *op. cit.*, p. 116 ; K. GRAVETT, C.A. TAYLOR et N. FAIRCHILD, « Pedagogies of mattering », *op. cit.*, p. 389.

⁶² A. ESCOBAR, *Sentir-penser avec la Terre. L'écologie au-delà de l'Occident*, *op. cit.*, p. 83 ; A. NEIMANIS, *Bodies of Water: Posthuman Feminist Phenomenology*, Londres, Bloomsbury Academic, Environmental Cultures, 2017.

⁶³ E. JONES et M. ARVIDSSON, « Introduction », *op. cit.*, p. 14.

⁶⁴ K. BARAD, « Posthumanist Performativity », *op. cit.*, p. 200 ; R. MARCHESINI, *Posthumanist Manifesto*, *op. cit.*, p. 33 ; J. BENNETT, *Vibrant Matter*, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁵ O. OOSTERLING, « Interest/Interesse », in R. BRAIDOTTI et M. HLAVAJOVA (dir.), *Posthuman Glossary*, Londres, Bloomsbury Academic, 2018, p. 208 ; J. NEDELSKY, *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, USA, Oxford University Press, 11 octobre 2011, p. 158.

II. L'APPLICATION DES THÉORIES POSTHUMAINES EN DROIT

20. Les approches posthumaines et relationnelles ont été reprises par des juristes, ayant pour ambition de compléter leurs théories et méthodes critiques du droit ⁶⁶. En l'occurrence, ce recours aux théories posthumaines est jugé nécessaire pour approcher le droit à l'aune des « nouvelles » interpellations posées par la condition posthumaine, tout en intégrant les critiques relatives aux rapports de domination existants entre les humains et dans les relations avec le non-humain. La seconde partie de cette contribution présentera brièvement la perspective critique de ces théories posthumaines en droit (A), reviendra sur leurs méthodes (B) et explorera comment, à partir de celles-ci, il est possible d'opérer des « sauts qualitatifs » afin d'intégrer en droit de nouvelles directions conceptuelles, que nous explorerons avec l'exemple des coupures (C) et surtout via les théories relationnelles (D).

A. L'apport critique d'une approche posthumaine du droit

21. En tenant compte de leurs ouvertures conceptuelles, les théories posthumaines ont été mobilisées en lien avec des générations critiques du droit déjà existantes ⁶⁷. Exemple de cette démarche, l'ouvrage *International Law and Posthuman Theory* d'Arvidsson et Jones intègre une approche posthumaine, féministe et décoloniale pour déconstruire les assertions humanistes et universalistes présentes dans les narratifs du droit international, en rappelant qu'il perpétue des discriminations structurelles fondées notamment sur la race, le sexe, la classe ou le handicap ⁶⁸. Par exemple, les principes du droit international ont été élaborés dans un contexte colonial, servant d'outil pour légaliser la domination des peuples colonisés, et les voix des femmes ou des peuples autochtones ont été historiquement placées à la périphérie ⁶⁹.

22. Par ailleurs, cette analyse consolide aussi la critique de la dimension anthropocentrée du droit ⁷⁰. Conçu par et pour les humains, il établit ainsi des

⁶⁶ A. PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, *Spatial justice*, *op. cit.*, p. 59 ; J. KÄLL, « A Posthuman Data Subject? », *op. cit.*, p. 119 ; M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », *op. cit.*, p. 47.

⁶⁷ R. BRAIDOTTI, *Posthuman Knowledge*, *op. cit.*, p. 34 ; M. PETERSMANN, « Becoming Common — Ecological Resistance, Refusal, Reparation », in *International Law and Posthuman Theory*, *op. cit.*, p. 223.

⁶⁸ E. JONES, *Feminist theory and international law*, *op. cit.*, p. 8 ; V. NESIAH, « Decolonial CIL: TWAİL, Feminism, and an Insurgent Jurisprudence », [titre rev.?], 2018, vol. 112, pp. 313-318.

⁶⁹ E. JONES, « Posthuman international law and the rights of nature », *op. cit.*, p. 99 ; H. CHARLESWORTH et C.M. CHINKIN, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester, Manchester University Press, 2000 ; M. MCMILLAN et S. RIGNEY, « The place of the first peoples in the international sphere: a logical starting point for the demand for justice by indigenous peoples », *Melbourne University Law Review*, 2016, vol. 39, pp. 981-1002.

⁷⁰ E. JONES, « Posthuman international law and the rights of nature », *op. cit.*, pp. 76-101 ; A. GREAR, « Deconstructing Anthropos », *op. cit.*, pp. 225-249.

rapports de séparation, de hiérarchie et de domination avec l'environnement non humain. À nouveau, plusieurs exemples de cet anthropocentrisme peuvent être avancés, notamment la subordination de la valeur des non-humains aux intérêts des humains, la réduction de la nature à un simple objet de consommation ou de plaisir pour l'homme maître et possesseur de la nature, ou encore la hiérarchisation des vies animales selon des critères anthropocentres : certains animaux sont protégés et intégrés dans des relations de compagnonnage, tandis que d'autres sont exploités ⁷¹. Un autre exemple de distinction et d'exclusion réside dans le fait que seuls les humains (et les personnes morales qui en dérivent) peuvent agir en justice et se présenter en politique, excluant ainsi tous les autres non humains ⁷².

23. Les enseignements critiques des théories posthumaines peuvent s'appliquer aux différents registres ontologiques et épistémologiques du droit : depuis le droit positif jusqu'aux systèmes fermés du positivisme juridique, en passant par les raisonnements juridiques, la doctrine, la science du droit, la philosophie et la théorie du droit ⁷³. Dans un premier temps, il s'agit d'identifier une « ontologie objectiviste du droit » via laquelle des éléments de droit positif (comme les mécanismes constitutionnels ou le droit international positif) peuvent être présentés comme neutres et apolitiques, alors qu'ils ont été institués et sont maintenus politiquement par des relations de pouvoir ⁷⁴. Malgré cela, en prenant l'exemple du droit international, on constate que sa prétention à l'objectivité et à la neutralité reste ancrée dans des canons doctrinaux qui le présentent comme nécessaire à la coopération entre États et, dans une certaine mesure, « objectif » et « scientifique », puisqu'il repose sur des protocoles, des règles d'interprétation et un suivi des précédents ⁷⁵. On retrouve encore ces tentatives de présenter le droit positif comme neutre et objectif par des tentatives épistocratiques ou l'appel au mythe de la rationalité du législateur ⁷⁶.

24. Par ailleurs, cette critique de l'objectivité du droit se prolonge dans un scepticisme quant à la prétendue neutralité et objectivité de la science du droit, sous couvert d'une neutralité axiologique ⁷⁷. Partant, nous définissons comme une

⁷¹ A. GREAR, « Deconstructing Anthropos », *op. cit.*, pp. 225-249 ; E. JONES, « Posthuman international law and the rights of nature », *op. cit.*, pp. 76-101.

⁷² M. PETEL, « La nature : d'un objet d'appropriation à un sujet de droit. Réflexions pour un nouveau modèle de société », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2018, vol. 80, n° 1, p. 223.

⁷³ E. JONES, « Posthuman international law and the rights of nature », *op. cit.*, p. 77.

⁷⁴ J.T. GATHII, « The Agenda of Third World Approaches to International Law (TWAIL) », in J.L. DUNOFF et M.A. POLLACK (dir.), *International Legal Theory: Foundations and Frontiers*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. 153-173.

⁷⁵ E. JONES, C. VAN EIJK et G. HEATHCOTE, « The Common Heritage of Kin-Kind », *op. cit.*, p. 115.

⁷⁶ A. VIALA, *Faut-il abandonner le pouvoir aux savants ? La tentation de l'épistocratie*, Paris, Dalloz, 2024.

⁷⁷ M. ARVIDSSON et E. JONES, « Introduction », *op. cit.*, p. 2 ; pour d'autres discussion en dehors du cadre posthumain : V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2016, p. 155 ; I. BOUCOUBZA, « La neutralité axiologique est-elle dépassée ? Propos introductifs », *Revue des droits de l'homme*, 2023, n° 24, p. 4.

conception objectiviste de l'épistémologie du droit celle qui considère la connaissance juridique comme le résultat d'une démarche désintéressée, impartiale et indépendante de son contexte de production, et qui se pense capable de discerner une « vérité (juridique) » neutre et objective⁷⁸. En fait, il existe une historicité de cette association du droit à un discours de vérité, qui s'est également construite à travers des influences mutuelles entre le droit et les sciences naturelles, et qui se manifeste, du côté du droit, par une volonté d'obtenir un crédit scientifique en intégrant les méthodes et « lois » des sciences naturelles⁷⁹. Cette conception objectiviste se retrouve aussi dans la pensée juridique occidentale, allant de Platon à Rawls, en passant par Descartes et Kant, qui tend à « naturaliser », « purifier » et « objectiver » ses propres notions de rationalité, de droits individuels et, partant, du système juridique positiviste⁸⁰.

25. De fait, cette conception objectiviste du droit se retrouve aussi dans sa lecture en tant que système clos ou dualiste, qui fonctionne indépendamment des structures sociales qui l'ont fait émerger, et qui dispose de ses propres règles d'intégration d'éléments externes à ce système⁸¹. C'est sur la base de cette même conception de système indépendant que les juges peuvent prétendre « seulement » interpréter la loi, sans se justifier sur des bases morales ou politiques extra-juridiques⁸². Comme argumente Whitt, ces approches objectivistes du droit le placeraient en dehors de l'ordre social : « comme si, par l'application de la méthode et de la rigueur juridiques, il devenait une chose à part qui peut à son tour réfléchir sur le monde dont il est séparé »⁸³. Selon cette idée, le raisonnement juridique mobilise ses propres concepts abstraits (justice, vérité, raison) et se pense comme un système indépendant du monde social, totalement dissocié de ses contextes sociaux, voire des discriminations qu'il maintient⁸⁴. Pour prendre une illustration concrète avec Tzouvala, elle explique comment le droit international intègre des concepts abstraits comme l'Équité, l'État de droit ou la Civilisation, qui sont

⁷⁸ S. JASANOFF et O. LECLERC, *Le droit et la science en action*, Paris, Dalloz, 2013, p. 175.

⁷⁹ O. LECLERC, « Analyse juridique des sciences expérimentales au XVII^e siècle », in R. ENCINAS DE MUÑAGORRI et al. (dir.), *L'analyse juridique de (x)*, Paris, Kimé, 2016, p. 43. S. BESSON, *Reconstruire l'ordre institutionnel international : leçon inaugurale prononcée au Collège de France le jeudi 3 décembre 2020*, Paris, Collège de France, 2021.

⁸⁰ M. M'GONIGLE, « Green(ing) legal theory. Social logics and their re-formulation », in K. ANKER et al. (dir.), *From Environmental to Ecological Law*, Londres, Routledge, 2020, p. 180.

⁸¹ G. TEUBNER, *Droit et réflexivité : l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, LGDJ, 1996, p. 72 ; N. LUHMANN, K.A. ZIEGERT et F. KASTNER, *Law as a social system*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2004, p. 7.

⁸² C. SMART, *Feminism and the Power of Law*, op. cit., p. 22 ; L. WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples*, op. cit., p. 176.

⁸³ L. WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples*, op. cit., p. 176.

⁸⁴ A. KARIBI-WHYTE, « An Agenda for Decolonising Law in Africa: Conceptualising the Curriculum », *Journal of Decolonising Disciplines*, 2021, vol. 2, p. 7 ; R. WACKS, *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 6 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 155.

présentés comme des éléments neutres et universels, alors qu'ils intègrent et sont issus des épistémologies capitalistes et néolibérales, renforçant les inégalités parmi les populations humaines⁸⁵.

26. Pour récapituler, cette critique de l'objectivisme s'applique aussi bien à une norme particulière et à la connaissance de cette norme qu'aux systèmes juridiques positivistes lorsqu'ils sont présentés comme la seule manière valide de faire du droit, excluant ainsi d'autres formes de normativités, de responsabilités et d'engagements⁸⁶. Ainsi, les approches posthumaines apportent des éléments pour rompre avec les assertions d'un droit objectif, neutre et apolitique, en déconstruisant les rapports de domination existants dans le droit, qui sont masqués par un faux humanisme universaliste, et en dénonçant ses dimensions anthropocentrées. Outre l'apport critique, ces approches intègrent aussi un projet constructif et imaginaire pour repenser des relations juridiques plus harmonieuses entre humains et avec les non-humains. Nous explorons quelques-unes de ces manifestations dans les points suivants, en commençant par expliciter les méthodes posthumaines.

B. Les outils méthodologiques des théories posthumaines en droit

27. Alors que les théories posthumaines ont gagné une certaine place dans la littérature juridique⁸⁷, Arvidsson constate que les discussions sur la méthodologie posthumaine en droit restent limitées. C'est pourquoi elle propose de détailler comment elle utilise ces éléments méthodologiques dans ses recherches⁸⁸. Nous reprenons ses balises pour décrire la méthodologie posthumaine, qui intègre une dimension empirique et figurative (matérielle et discursive)⁸⁹, et nous détaillerons différents concepts repris transversalement dans nos recherches : le cyborg, les coupures, la cosmopolitique et le relationnel.

28. Pour Arvidsson, les méthodologies posthumaines intègrent une approche empirique visant à mieux refléter les mutations du droit dans cette condition posthumaine. Cette démarche empirique ne doit pas être comprise comme l'assertion d'un reflet objectif du « vrai » monde. Elle correspond plutôt à une ouverture épistémique située et incorporée dans le monde empirique, consistant à s'engager dans le champ de recherche juridique, tout en se ménageant un espace pour réfléchir à la manière dont nous y sommes affectés⁹⁰. Il s'agit, en quelque sorte,

⁸⁵ N. TZOUVALA, *Capitalism As Civilisation: A History of International Law*, coll. Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 32 ; cité par E. JONES et M. ARVIDSSON, « Introduction », *op. cit.*, p. 3.

⁸⁶ Pour un exemple des ordres juridiques autochtones ; A. MILLS, « The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today », *mlj*, 22 décembre 2016, vol. 61, n° 4, pp. 847-884.

⁸⁷ Pour quelques exemples, voy. *infra*, note 18.

⁸⁸ M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », *op. cit.*, pp. 36, 47.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 36.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 47.

d'une façon d'intégrer dans le droit les théories féministes du perspectivisme et des savoirs situés de Haraway ⁹¹, ou encore la pensée diffractive (et non réflexive) de Barad ⁹². Déplaçant ces théories de l'épistémologie des sciences vers l'épistémologie du droit, elles explicitent les lieux, personnes et corps d'où sont produits les savoirs sur le droit, en montrant pourquoi certaines interprétations acquièrent une autorité alors que d'autres restent inaudibles, et en soulignant enfin l'influence exercée par l'« objet de recherche » et le « sujet » qui produit des connaissances, les « savoirs juridiques » eux-mêmes pouvant être performatifs.

29. Toujours pour Arvidsson, la méthodologie posthumaine intègre en droit une série d'outils figuratifs (matériels et discursifs) pour mieux conceptualiser, cartographier et mettre en récit les questions que soulève la condition posthumaine ⁹³. En guise d'exemple, des figures comme le cyborg de Haraway ou le posthumain de Braidotti sont reprises comme outils d'analyse incorporant les éclairages onto-épistémiques des théories posthumaines et féministes ⁹⁴. La figure du cyborg incorpore et nuance les catégorisations positivistes héritées des modernes ; elle représente ces assemblages de matières technologiques, biologiques et discursivo-légales ⁹⁵. En somme, penser le droit par ces figures, c'est vouloir re-complexifier les catégories juridiques modernes en proposant des interprétations juridiques posthumaines marquées par ces passages du corps aux assemblages et relations ⁹⁶.

30. Les méthodes posthumaines en droit impliquent également de prendre du recul et de mettre en pause la formulation de réponses « classiques » du droit et de ses catégorisations doctrinales conventionnelles ⁹⁷. Ce moment de pause par rapport aux réflexes du positivisme juridique implique également de ne surtout pas exclure, au moment de l'analyse, certains éléments *a priori* : le sentir-penser,

⁹¹ Le concept de savoir situé s'oppose aux savoirs qui sont neutre et « vu de nulle part » en explicitant les lieux d'où et les personnes qui parlent, et produisent du savoir ; D. HARAWAY, « Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective », *Simians, Cyborgs, and Women*, Londres, Routledge, 2013, pp. 183-202.

⁹² Inspirée de la physique, la pensée diffractive réfère le comportement d'une onde qui rencontre un obstacle et interfère avec celui-ci. Contrairement à une théorie qui reflète le monde (comme un miroir), cette méthode diffractive est utilisée dans la littérature féministe pour intégrer ces interactions entre objets et sujets de connaissance dans les discours de savoir ; K. BARAD, *Meeting the Universe Halfway*, op. cit., pp. 132-185 ; J. KÄLL, *Converging Human and Digital Bodies. Posthumanism, Property, Law*, thèse, Göteborgs universitet, 2017, p. 130 ; M. DAVIES, *Asking the Law Question*, Pyrmont, Thomson Reuters, 2023, p. 125.

⁹³ M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », op. cit., p. 37.

⁹⁴ R. BRAIDOTTI, *Posthuman Feminism*, op. cit., p. 213 ; M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », op. cit., p. 38.

⁹⁵ M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », op. cit., p. 39 ; J.D. HASKELL, « International Law as a Cyborg Science », *Nordic Journal of International Law*, 2023, p. 28.

⁹⁶ M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », op. cit., p. 38 ; F. SWENNEN, « Persoon, voorwerp, relatie », *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2022, n° 4, pp. 1253-1274.

⁹⁷ M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », op. cit., p. 35.

les affects, les tensions avec des valeurs⁹⁸. Librement inspiré de la pensée de Stengers, ce temps d'arrêt peut être saisi dans une approche cosmopolitique du droit⁹⁹. Dans la continuité du tournant ontologique, Stengers propose la cosmopolitique comme exercice diplomatique destiné à faire advenir des reconnaissances mutuelles et des connexions partielles, mais sans effacer les conflits ontologiques ni les obligations de nos pratiques¹⁰⁰. Ce **faobligeons'approche** de Stengers porte son attention sur les « contraintes » du droit : ce qui est possible de faire en respectant les règles de sa pratique, mais aussi ce à quoi le droit, ses principes et sa matière nous obligent : à l'instar des droits humains qui nous font « bien hésiter » et qui obligent à penser le droit au-delà de la loi¹⁰¹.

31. En voulant faire des liens entre les méthodes posthumaines et l'approche cosmopolitique du droit, nous pouvons considérer que le droit offre toujours plus que sa seule lecture réductionniste du positivisme juridique¹⁰² : il pourrait être envisagé comme un espace holiste, ouvert au devenir et pouvant s'accommoder d'autres ontologies et d'autres langages de justice, sans se limiter à un chemin déjà balisé par la doctrine. Nous intégrons cette démarche cosmopolitique dans nos propres recherches lorsque, par exemple, nous soutenons que l'interprétation du droit humain à la science ne peut se limiter aux seules sciences occidentales et doit prendre en compte les différents systèmes de savoir, ou encore que, suivant cette diplomatie ontologique, ces multiples systèmes de savoir doivent être valablement entendus pour définir ce à quoi correspond la « valeur effective et potentielle » des ressources phytogénétiques. Dans les parties suivantes, nous détaillerons plus concrètement comment nous utilisons ces méthodes posthumaines en droit dans nos propres recherches, en présentant les coupures et le relationnel.

C. Des « coupures » aux catégories juridiques

32. Comme illustration d'outil posthumain pour aborder le droit, Arvidsson introduit en droit les « coupures » de Barad, en tant que processus performatifs et normatifs qui doivent être replacés dans un contexte social, ontologique, épistémologique et éthique particulier¹⁰³. Suivant une méthode diffractive et s'inspirant du processus d'individuation de Simondon ainsi que du devenir de Deleuze et Guattari, Barad considère que les « choses » et les « sujets » ne peuvent exister

⁹⁸ A. ESCOBAR, *Sentir-penser avec la Terre. L'écologie au-delà de l'Occident*, op. cit., p. 29.

⁹⁹ I. STENGERS, *Cosmopolitiques*, Paris, Empêcheurs de penser en rond, 2022 ; I. STENGERS, « The Challenge of Ontological Politics », *A World of Many Worlds*, Durham, Duke University Press, 2018, pp. 81-111.

¹⁰⁰ I. STENGERS et L. DE SUTTER, « Une pratique cosmopolitique du droit est-elle possible ? », op. cit., pp. 16, 24.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 24 ; S. GUTWIRTH, « Recht en sociale ongelijkheid », op. cit., pp. 41-57.

¹⁰² S. GUTWIRTH, « **Le cosmopolitique, le droit et les choses** », 2004, p. 80.

¹⁰³ M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », op. cit., p. 39.

qu'à partir d'un processus d'individuation-devenir et de coupures, par lesquels ces éléments sont distingués comme des entités à part. De cette manière, Barad soutient qu'il n'existe pas de « choses » préexistantes, c'est-à-dire pouvant représenter une catégorie stable (sur le plan physique) ou une vérité objective (sur le plan épistémologique)¹⁰⁴. Au contraire, ces « choses » sont toujours issues d'une construction humaine du savoir, opérant par une série de coupures, d'individuations et de catégorisations. Partant, les catégories juridiques ne devraient pas être appréhendées comme une représentation objective de la réalité, d'entités stables ou de « *ready-made* », mais comme des processus discursifs et sociohistoriques opérant par ces coupures¹⁰⁵.

33. Ce découpage est essentiel dans la dogmatique juridique moderne qui, appliquant le principe d'identité et de différence, opère donc des distinctions systématiques entre, par exemple, une personne ou une chose, un sujet et un objet¹⁰⁶. Suivant ces méthodes, ces dichotomies dans le droit sont perçues comme le résultat d'une mise en récit juridique, lesquelles peuvent conduire à discréditer certaines entités, leurs relations ou leurs agentivités¹⁰⁷. De plus, l'analyse des coupures invite à de nouvelles manières de dialoguer avec d'autres approches critiques du droit. En effet, tandis que d'autres « coupures » sont plaidées dans ces approches critiques, les approches posthumaines réintègrent le processus de « coupure » dans l'analyse¹⁰⁸. Pour donner une illustration, Arvidsson intègre ces coupes et la figure du posthumain pour questionner les dichotomies entre combattant·es et systèmes d'armements semi-automatisés¹⁰⁹. Dans une continuité critique, intégrer les coupures dans l'analyse permet aussi de dénoncer l'arbitraire de certaines coupures qui se présentent comme neutres et objectives, mais aussi d'imaginer et proposer des manières de couper différemment dans une direction moins excluante ou violente¹¹⁰.

34. À nouveau, nous intégrons dans nos propres recherches l'analyse des trames discursives (juridiques, scientifiques) qui participent aux processus de découpage, d'individualisation et de catégorisation en droit. Pour en donner une illustration, cet angle d'analyse met en lumière le rôle performatif des discours juridiques (qui opèrent conjointement avec des discours scientifiques et économiques) dans l'individualisation et la construction, en tant que nouveaux objets, des données

¹⁰⁴ *Ibid.* ; K. BARAD, *Meeting the Universe Halfway*, *op. cit.*, p. 72.

¹⁰⁵ M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁶ M.-S. DE CLIPPELE, *Restes humains et patrimoine culturel*, *op. cit.*, p. 124 ; M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », *op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁷ M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 50 ; E. TSILOUMANI, « Interdisciplinary Methodologies in International Law Scholarship: A Lawyers Journey from the Social to the Life Sciences », *Ragion pratica*, 2023, n° 1, p. 246.

¹⁰⁹ M. ARVIDSSON, « Posthuman Feminism... », *op. cit.*, p. 38.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 32.

génétiques humaines, animales ou végétales ¹¹¹. En prenant l'exemple des débats à l'Organisation mondiale pour l'alimentation, les États occidentaux avaient stratégiquement utilisé des discours techniques et scientifiques pour imposer des « coupures » entre ressources génétiques « brutes » considérées « patrimoine commun de l'humanité, et celles « améliorées » et pouvant être appropriées par des systèmes de propriété intellectuelle ¹¹². Plus récemment, avec les débats sur la dématérialisation des ressources génétiques, ces mêmes arguments techniques et scientifiques sont instrumentalisés pour imposer des coupures entre les ressources génétiques physiques, et les éléments immatériels des plantes qui seraient en dehors du champ d'application de ces instruments ¹¹³. Dans ce contexte, l'opération juridico-discursive de « coupure » est performative et normative, car elle limite *in fine* les droits individuels sur ces données, considérées comme un « nouvel objet », librement accessibles, commercialisables, dissociées des pratiques locales ou des règles sur l'accès et le partage des avantages pour les ressources génétiques « physiques » ¹¹⁴.

35. Pour donner un autre exemple, les organismes génétiquement modifiés (OGM) sont traversés par de multiples coupures juridiques pouvant entrer en contradiction. En guise d'illustration, la directive 2001/18 introduit une coupure « naturaliste » qui sépare les plantes conventionnelles des variétés modifiées génétiquement « d'une manière qui ne s'effectue pas naturellement » ¹¹⁵. Confrontée aux développements de nouvelles techniques d'édition génétique (NGT), la Cour de justice avait choisi une coupure « temporelle », interprétant que l'exemption des obligations OGM ne concerne que les techniques traditionnellement utilisées à la date de la directive, et dont la sécurité avait pu être avérée depuis longtemps ¹¹⁶. Encore, la Commission européenne avait présenté en 2023 une proposition de règlement qui associe les NGT à la sélection conventionnelle, et crée une nouvelle coupure sur la base du nombre de 20 modifications génétiques (entre NGT de catégorie 1 et 2, dont les

¹¹¹ S. LEONELLI, *Data-Centric Biology: A Philosophical Study*, University of Chicago Press, 2016, p. 73 ; J. KÄLL, « The Materiality of data as property », *Harvard International Law Journal Frontiers*, 2020, vol. 61, p. 4.

¹¹² E. JONES, C. VAN EIJK et G. HEATHCOTE, « The Common Heritage of Kin-Kind », *op. cit.*, p. 116 ; S. WHATMORE, *Hybrid geographies*, *op. cit.*, p. 97.

¹¹³ P. WALCKIERS, « Ignorance et argument scientifique, le cas de la dématérialisation des ressources (phyto)génétiques », *Cahiers Droit, Sciences, & Technologies*, 2025, vol. 19, pp. 125-136.

¹¹⁴ R. AJATES, « From land enclosures to lab enclosures: digital sequence information, cultivated biodiversity and the movement for open source seed systems », *The Journal of Peasant Studies*, Routledge, 16 avril 2023, vol. 50, n° 3, p. 1060.

¹¹⁵ Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, *J.O.*, n° 106 du 17 avril 2001, pp. 1-39.

¹¹⁶ C.J.U.E., 25 juillet 2018, *Confédération paysanne et al. c. Premier ministre et Ministre de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt*, aff. C-528/16, EU:C:2018:87 ; S. GUTWIRTH et N. VAN DIJK, « Judging New Plant Modification Techniques: Law, Science, Innovation and Cosmopolitics », *Revue juridique de l'environnement*, Lavoisier, 2020, vol. 45, n° 1, p. 26.

premières sont pratiquement déréglementées)¹¹⁷. Bien que les NGT de catégorie 1 soient associées aux plantes conventionnelles et « coupées » des OGM, elles restent susceptibles d'être brevetées, et ce, malgré une autre coupure qui exclut des brevets les plantes obtenues par des « procédés essentiellement biologiques »¹¹⁸. En prenant en compte ces exemples, la figure 1 reprend les multiples coupures qui sont instituées par les discours juridiques, techniques et scientifiques.

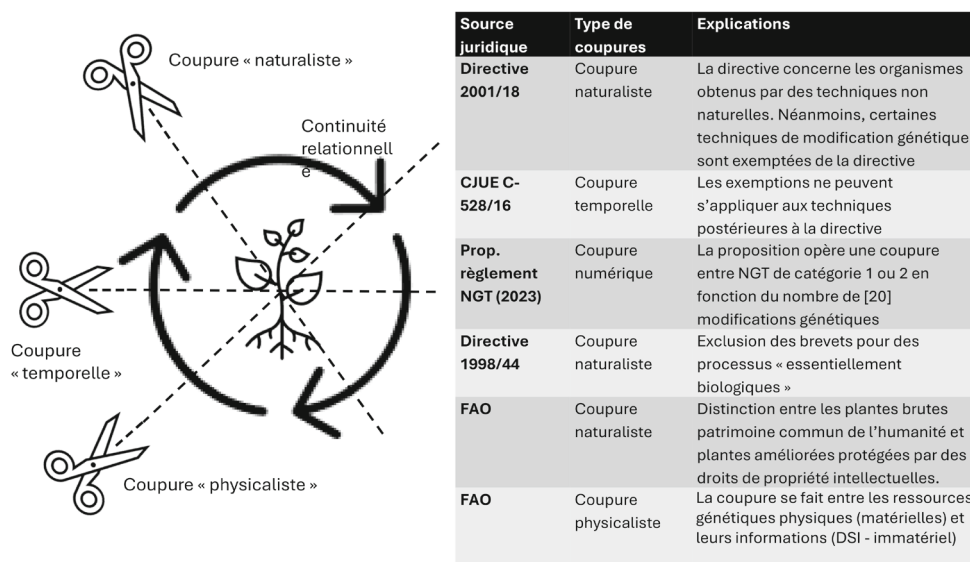


Figure 1. Les coupures des ressources phytogénétiques. Plusieurs coupures (naturalistes, numériques, temporelles) peuvent coexister.

36. Pour récapituler, utilisant les « coupures » comme outil conceptuel, l'analyse posthumaine identifie les catégories juridiques et leurs dichotomies comme le résultat d'un processus d'individuation inscrit dans un contexte social, épistémique et ontologique particulier¹¹⁹. En prolongeant ses propositions critiques par l'analyse des coupures, les méthodes posthumaines dénoncent la prétention à l'objectivité du droit et mettent en évidence comment ces dichotomies ont conduit à des dévalorisations et des invisibilisations entre humains et avec les non-humains. En revanche, dans une perspective constructive, les coupures peuvent

¹¹⁷ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux plantes obtenues par certaines nouvelles techniques génomiques et à leur utilisation dans l'alimentation humaine et animale, COM(2023)441 final, 5 juillet 2023.

¹¹⁸ D. KIM *et al.*, « New Genomic Techniques and Intellectual Property Law: Challenges and Solutions for the Plant Breeding Sector », *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, No. 23-16, 2023.

¹¹⁹ E. JONES et M. ARVIDSSON, « Introduction », *op. cit.*, p. 4 ; E. JONES, « Posthuman international law and the rights of nature », *op. cit.*, p. 84.

être repensées pour recomposer des catégorisations juridiques plus inclusives ¹²⁰. Cette démarche sera explorée dans la prochaine section à partir d'une approche relationnelle du droit.

D. Les méthodes posthumaines pour construire un droit relationnel

37. Comme discuté, les approches posthumaines interrogent les « découpages » du droit moderne. Elles proposent également des manières d'y introduire des découpages alternatifs, inclusifs et relationnels. Cette faculté de couper et de lier n'est pas sans rappeler la puissance du droit décrite par Latour : celle de délier des existants à travers des « obstacles insurmontables », mais aussi celle de « lier » des situations par un travail de rapprochement, de tissage et de fusion ¹²¹. Nous retrouvons donc une approche relationnelle du droit au cœur des méthodologies posthumaines, approche qui recouvre divers cadres théoriques, méthodes ou focales spécifiques : *premièrement*, l'attention aux relations entre individus, par opposition à un soi isolé du monde ; *deuxièmement*, l'attention portée aux identités qui sont relationnelles et hybridées par ces relations, par exemple via les figures du cyborg, des intra-actions et du posthumain mêlant nature-culture ou humains-non-humains ; *troisièmement*, la recontextualisation des catégories fixes d'objets et de sujets de droit, par exemple pour tisser un milieu de stabilisation temporaire entre ces catégories idéalisées mais inexistantes ¹²² ; *quatrièmement*, comme ouverture aux questions ontologiques posées par les relations entre humains et non-humains ; *cinquièmement*, enfin, la protection des relations vertueuses entre humains, mais aussi entre humains et non-humains.

38. Ces conceptions relationnelles s'enrichissent des théories posthumaines comme des réflexions transversales en philosophie et théorie du droit. Sans les inscrire dans nos précédents découpages, nous retrouvons également ces dimensions relationnelles dans les contrats relationnels chez Macneil ¹²³, dans une équité relationnelle chez Anderson ¹²⁴, ou, comme le présente Gutwirth ¹²⁵, dans les dimensions relationnelles du droit en tant que « médiateur » nécessaire entre les conflits. Comme il le propose, cette conceptualisation relationnelle envisage le droit comme un régime de vérité juridique, un régime de médiation pour stabiliser

¹²⁰ E. JONES, « Posthuman international law and the rights of nature », *op. cit.*, p. 85.

¹²¹ B. LATOUR, *La fabrique du droit*, Paris, La Découverte, 2004, p. 103 ; L. DE SUTTER et S. GUTWIRTH, « Droit et cosmopolitique. Notes sur la contribution de Bruno Latour à la pensée du droit », *Droit et Société*, 2004, vol. 56-57, p. 275.

¹²² S. GUTWIRTH, « Le cosmopolitique, le droit et les choses », *op. cit.*, p. 81.

¹²³ R. MACNEIL, « The many futures of contract », *Southern California Law Review*, vol. 47, 1974, p. 808.

¹²⁴ E.S. ANDERSON, « What Is the Point of Equality? », *Ethics*, 1999, vol. 109, n° 2, pp. 287-337.

¹²⁵ S. GUTWIRTH, « Recht en sociale ongelijkheid: een pleidooi voor juridische guerrilla », *op. cit.*, p. 44.

les relations conflictuelles et ouvrir des voies alternatives à une interprétation absolutiste, unique et verticale. Traitant par exemple des notions d'identités relationnelles, les théories posthumaines se sont nourries de ces questionnements qui ont traversé l'histoire de la philosophie du droit, et qui sont réarticulés pour donner plus de complexité face aux notions d'individus autonomes et détachés de la nature ou de ses objets ¹²⁶.

39. De fait, certains courants de l'histoire de la pensée juridique se sont également intéressés à ces espaces relationnels, nuancant les carcans modernes des individus souverains, autonomes et isolés des déterminations sociales. Van Meerbeek identifie par exemple des élans relationnels dès la naissance de la pensée juridique occidentale (dans la philosophie d'Aristote et le droit romain), qui persistent discrètement à l'époque moderne (Kant, Fichte), avant de connaître un regain d'intérêt dans les approches contemporaines (Nedelsky, Somek, Jeuland) ¹²⁷. En l'occurrence, Nedelsky propose en droit une théorie du soi « multidimensionnel », qui met en lumière la manière dont nous sommes liés et hybridés par nos affects et relations (familiales, environnementales, technologiques) ¹²⁸. Ainsi, des idées similaires à celles de Nedelsky se retrouvent dans le concept de « contrôles affectifs » repris par Käll, à partir duquel elle cartographie comment les données collectées (pourtant perçues comme passives sous le prisme du droit de propriété) produisent et diffusent des effets normatifs, par exemple pour délimiter les marges de manœuvre des consommateur·ices ¹²⁹. Dès lors, contre une théorie juridique qui isole les sujets individuels de leurs objets passifs, la méthode relationnelle permet d'identifier ces points d'attache et de laisser émerger des entités intriquées, continues et affectées par leurs agentivités mutuelles ¹³⁰.

40. Ensuite, une série d'juridiques « hybrides » ont été avancées pour penser le droit de manière relationnel, et dans cette voie, pour représenter l'entre-deux des catégories totalisantes d'objets et de sujets de droit. Abordant la question

¹²⁶ A. GREAR, *Redirecting Human Rights*, *op. cit.* ; M. PETERSMANN, « Becoming Common — Ecological Resistance, Refusal, Reparation », *op. cit.*, p. 229 ; P. HANAFIN, « Law's nomadic subjects: towards a micropolitics of post-human rights », in B. BLAAGAARD et I. VAN DER TUIN (dir.), *The Subject of Rosi Braidotti: Politics and Concepts*, Londres, Bloomsbury Publishing, 2014, p. 214.

¹²⁷ J. VAN MEERBEECK, « La relation au cœur du droit et de la transition », *Le droit en transition*, Bruxelles, PUSL, 2020, pp. 109-147 ; J. VAN MEERBEECK, « L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ? », *Revue juridique de la Sorbonne*, 2020, n° 1, pp. 172-188.

¹²⁸ J. NEDELSKY, *Law's Relations*, *op. cit.*, p. 4.

¹²⁹ J. KÄLL, « The Materiality of data as property », *op. cit.*, p. 8 ; J. KÄLL, « A Posthuman Data Subject? », *op. cit.*, p. 87.

¹³⁰ M.-S. DE CLIPPELE, *Restes humains et patrimoine culturel*, *op. cit.*, p. 143 ; M. CROCE et F. SWENNEN, « Cont(r)actualisation: A Politics of Transformative Legal Recognition of Adult Unions », *Social & Legal Studies*, SAGE Publications Ltd, 1^{er} avril 2021, vol. 30, n° 2, pp. 230-250 ; J. KÄLL, « The Materiality of data as property », *op. cit.*, p. 8.

des restes humains, Marie-Sophie de Clippele a ainsi interrogé le *continuum* relationnel entre les concepts de choses et personnes placés en opposition complémentaire¹³¹. Elle prend acte de ce double mouvement de subjectivation des objets et d'objectification des sujets et propose de cartographier plusieurs étapes (ou palettes de couleurs) entre ces pôles : les communs, choses personnelles, sujets d'intérêt et de droit. Mocanu, de son côté, a défendu une approche graduelle du statut juridique des systèmes d'intelligence artificielle, dont l'étendue dépendrait de leurs caractéristiques saillantes et de la relation que nous pouvons entretenir avec ces systèmes¹³². En perspective cosmopolitique, ces réflexions autour des catégories de sujet et d'objet de droit devraient également s'inspirer des constructions juridiques autochtones¹³³. Nous pensons à la protection des espaces socio-naturels par l'extension de la personnalité juridique aux idoles hindoues ou à la rivière Wanganui¹³⁴. Ces exemples illustrent bien l'intérêt d'une méthodologie juridique critique et constructive, capable d'identifier des relations entre existants marginalisées dans les lectures humanistes modernes, individualistes, dualistes et anthropocentrées du droit¹³⁵.

41. Dans nos recherches, nous tentons d'appliquer cette approche relationnelle du droit comme méthode, avec l'objectif d'identifier, d'intégrer et de protéger juridiquement des ontologies, des rapports d'identité et des continuités relationnelles, qui peuvent être disqualifiés ou marginalisés par un raisonnement positiviste et ses découpages modernes. S'inscrivant dans la continuité de la philosophie relationnelle des théories posthumaines, notre proposition est de prendre pour point d'ancrage la « relation » entre entités juridiques plutôt que des catégories juridiques isolées. Le pari est de partir des relations comme point de départ des enquêtes ontologiques¹³⁶, et dans un second temps, tenter de reconnaître ces relations en jouant avec le pouvoir de

¹³¹ M.-S. DE CLIPPELE, *Restes humains et patrimoine culturel*, op. cit., pp. 124-125 ; X. PERROT, « L'agentivité juridique des choses-personnes. La somma divisio transgressée ? », in C. VIAL et J.-P. MARGUENAUD (dir.), *Droits des êtres humains et droits des autres entités. Une nouvelle frontière ?*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2022, p. 181 ; M. PETERSMANN, « Becoming Common — Ecological Resistance, Refusal, Reparation », op. cit., p. 299.

¹³² D.M. MOCANU, *Beyond persons and things. The legal status of artificial intelligence systems in the European Union*, thèse, UCL — Université Catholique de Louvain, 2024.

¹³³ P. DESCOLA et A. PIGNOCCHI, *Ethnographies des mondes à venir*, Paris, Seuil, Illustrated édition, 2022, p. 80.

¹³⁴ D. ANNOUSSAMY, « La personnalité juridique de l'idole hindoue », *Revue historique de droit français et étranger*, 1979, vol. 57, pp. 611-621.

¹³⁵ S. BOURGEOIS-GIRONDE, *Être la rivière*, Paris, PUF, 2020 ; T. DELEUIL, « “Je coule donc je suis” : la reconnaissance des droits du fleuve Whanganui par le droit néo-zélandais ? », *Revue Juridique de l'Environnement*, octobre 2020, n° 3, pp. 437-445.

¹³⁶ Pour prendre quelques exemples de démarches similaires avec des cadres théoriques distincts ; D.J. GUNKEL, *Robot Rights*, Cambridge, The MIT Press, 2018, p. 159 ; P. WATTEZ, *L'alternative patrimoniale des Iyiyiwch : savoir-faire, territoire et autonomie*, Québec, PUQ, 2024, p. 18.

stabilisation ou de création des existants par le droit. Cette approche assume alors la fonction formaliste, dynamique et relationnelle du droit, c'est-à-dire son pouvoir de créer et de lier des existants et des fictions juridiques, sans que ces solutions constructivistes aient à s'accorder à une « réalité » sociale quelconque ¹³⁷.

42. Quelques précisions suivant un pragmatisme spéculatif ¹³⁸. D'une part, nous souhaitons penser cette approche relationnelle à la lumière des engagements éthiques et politiques des théories posthumaines ¹³⁹. Par conséquent, prêtant attention aux liens entre humains et non-humains, il s'agit de transformer le droit en reconnaissant d'autres relations entre entités juridiques qui ne répondent pas à un projet de domination. D'autre part, notre démarche n'est pas généraliste : elle doit rester à la fois minimale et inclusive, capable d'être réinvestie par des entités socio-naturelles, humaines et non humaines. Puisque l'opérationnalisation d'une telle démarche dépend de son application concrète, nous la déclinons de différentes manières selon la protection des espaces socio-naturels ¹⁴⁰, des semences, de leurs dimensions socio-culturelles et de leur séquençage génétique ¹⁴¹, des tentatives épistocratiques de dépolitisation des questions qui en découlent ¹⁴², ou encore, avec Mocanu, du statut juridique des systèmes d'IA ¹⁴³. En lien avec l'illustration de la section précédente, la figure 2 réarticule les coupures et le relationnel comme outil méthodologique, appliqués au cas de la dématérialisation des ressources génétiques.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 253 ; M. CROCE et F. SWENNEN, « Cont(r)actualisation: A Politics of Transformative Legal Recognition of Adult Unions », *Social & Legal Studies*, 2021, vol. 30, n° 2, p. 545.

¹³⁸ D. RIOTON, « Petit manuel de pragmatisme spéculatif : empirisme, objectivité et savoirs situés (partie 3/6) », *Sexe, plantes, récits*, 22 janvier 2024, en ligne : <https://spr.hypotheses.org/568> (consulté le 3 octobre 2025) ; I. STENGERS et D. DEBAISE, « Résister à la peur d'être dupe », in D. DEBAISE et I. STENGERS (dir.), *Au risque des effets : une lutte à main armée contre la raison ?*, Paris, Les Liens qui Libèrent, 2023, p. 40.

¹³⁹ C. LYNTERIS, *Human Extinction and the Pandemic Imaginary*, op. cit., p. 142 ; E. JONES et M. ARVIDSSON, « Introduction », op. cit., p. 20 ; J. NEDELSKY, « A relational approach to property », *The Routledge Handbook of Property, Law and Society*, 1^{re} éd., Londres, Routledge, 14 novembre 2022, p. 326.

¹⁴⁰ P. WALCKIERS, « Vers un "droit des relations" entre humains et non-humains comme alternative aux droits de la nature », *Annales de droit de Louvain/Louvain Law Review*, 2022, vol. 84, n° 1, pp. 9-30.

¹⁴¹ P. WALCKIERS, « L'approche relationnelle et le droit des relations dans le droit de l'environnement. Exploration ontologique, épistémologique et constructions juridiques », *Revue Juridique de l'Environnement*, à paraître.

¹⁴² P. WALCKIERS, « Les systèmes "techniques" alimentaires et l'approche relationnelle comme outil de repolitisation », *Éthique publique. Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale*, Éditions Nota bene, 31 décembre 2024, vol. 26, n° 2.

¹⁴³ D. MOCANU et P. WALCKIERS, « Des objets aux sujets de droit et au-delà. Querelles méthodologiques autour des approches graduelles et relationnelles du statut juridique de l'intelligence artificielle », *Droit et philosophie*, décembre 2025, vol. 17.

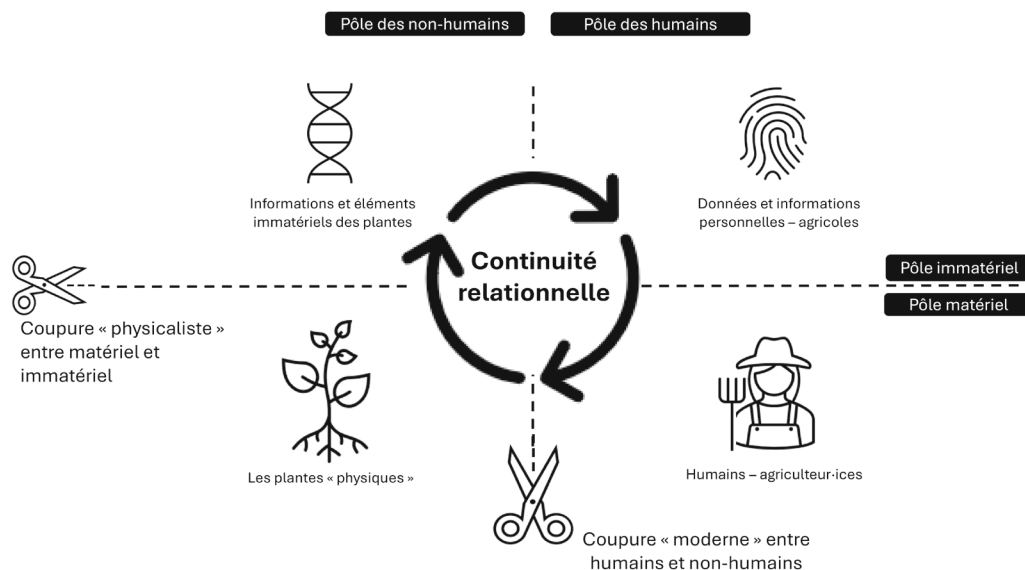


Figure 2. L'approche relationnelle en droit et découpages alternatifs. Des entités inter-reliées sont découpées en droit, ici sur des axes entre humains et non-humains, et entre matériel et immatériel.

43. Suivant notre analyse, ces coupures (entre ressources génétiques matérielles et immatérielles) peuvent être vues comme des découpages contingents, ni absolus ni universels. Dès lors que ces découpages ne sont pas des contraintes fixes pour le droit, celui-ci pourrait au contraire s'ouvrir au relationnel et proposer de nouvelles solutions constructives face aux questions ontologiques en présence. Par exemple, contre les coupures inscrites dans les notions de « données brutes » détachées de tout contexte sociohistorique, une continuité relationnelle entre semences et séquençages génétiques peut être défendue juridiquement en prenant en considération les liens entre humains, semences et ancêtres pour des communautés autochtones, en réinvestissant le langage de la Convention sur la diversité biologique qui intègre la « valeur effective et potentielle » de ces ressources¹⁴⁴, ou encore, la reconnaissance par la Conférence des Parties de cette Convention, que dans certaines visions du monde, toutes les informations génétiques naturelles appartiennent à la Terre-Nourricière¹⁴⁵. À nouveau,

¹⁴⁴ Convention sur la diversité biologique, adoptée le 5 juin 1992 à Rio de Janeiro, entrée en vigueur le 29 décembre 1993, avec 196 parties à ce jour [Nations unies, *Recueil des Traités*, vol. 1760, I-30619], art. 2.

¹⁴⁵ Décision 16/2 « Information de séquençage numérique sur les ressources génétiques » adoptée par la Conférence des Parties sur la Convention sur la diversité biologique le 1^{er} novembre 2024, CBD/COP/DEC/16/2.

les constructions juridiques autochtones constituent des exemples et des sources d'inspiration importantes dans cet exercice. Alexis signale en ce sens la décision du Waitangi Tribunal en Nouvelle-Zélande, qui associe les données māories à un taonga, soit un « trésor » doté d'une force vitale, marqueur de connexions entre les générations et avec l'environnement, devant être collectivement protégées par les communautés māories ¹⁴⁶.

CONCLUSION

44. Cette contribution a brièvement introduit la littérature sur les théories posthumaines, en mettant en évidence leurs dimensions relationnelles. En nous appuyant sur les travaux de juristes tels que Jones et Arvidsson, nous avons analysé leurs apports méthodologiques à la recherche juridique. Ces théories posthumaines se situent à la convergence des critiques de l'humanisme et de l'anthropocentrisme. Elles nuancent les affirmations selon lesquelles le droit ou la science seraient objectifs, neutres et détachés du monde social, et invitent à la création d'outils conceptuels pour naviguer dans la condition posthumaine. Outre leurs apports et leurs dialogues avec les courants critiques en droit, ces approches stimulent une créativité conceptuelle pour analyser le droit à travers de nouvelles figures juridiques, telles que le cyborg, le posthumain, les « coupures » ontologiques ou encore les intra-actions. Partant des théories posthumaines, cette contribution a également examiné la dimension relationnelle présente dans cette pensée et clarifié les différentes manifestations et méthodes relationnelles en recherche juridique. Nous avons ensuite présenté notre propre conception relationnelle du droit, visant à identifier et protéger les continuités relationnelles entre humains et non-humains. Enfin, ces approches posthumaines et relationnelles proposent des méthodologies utiles pour traiter, en droit, des problématiques hybrides (nouvelles technologies, intelligence artificielle), mais aussi pour revisiter des questionnements plus anciens auxquels les réponses modernes se sont révélées insuffisantes.

¹⁴⁶ Waitangi Tribunal, *The Report on the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (Wai 2552)*, 2023, [Wai 2522](#), [Wai 2522](#), vol. 3, note Waitangi Tribunal ; A. ALEXIS, « Tracer et valoriser les ressources et savoirs autochtones à l'ère numérique : métadonnées, données ouvertes, propriété intellectuelle », *Les Cahiers de propriété intellectuelle*, Les cahiers de propriété intellectuelle Inc., 2023, vol. 35, n° 3, pp. 700-703.

La corruption au-delà des arènes habituelles du droit. Ethnographier une catégorie juridique sensible

par Narcisse MIDESO*

RÉSUMÉ

Clandestines et cachées, les pratiques qui matérialisent la catégorie pénale de corruption se révèlent moins appréhendables par un travail des sources classiques du droit. Cela est d'autant plus difficile lorsque le chercheur-juriste vise une micro-analyse à partir des pratiques quotidiennes d'acteurs locaux. La description dense et détaillée des phénomènes qu'autorise alors une approche ethnographique — grâce à une immersion prolongée dans un espace d'étude bien déterminé — permet de repousser les limites méthodologiques subséquentes à une approche positiviste du phénomène. Toutefois, les singularités propres à chaque terrain de recherche impliquent une sensibilité variable de l'objet corruption selon les contextes, et exigent du chercheur à la fois une maîtrise relativement aboutie des ficelles ethnographiques issues des manuels de méthodologie que leur adaptation permanente sur le terrain de recherche. La présente contribution revient sur l'implémentation de cette approche méthodologique sur le terrain de la délivrance quotidienne du service public de l'eau à Bukavu (République démocratique du Congo) mettant en évidence la plus-value heuristique d'une telle approche dans une démarche de recherche en droit et sur une catégorie juridique.

Mots clés : Corruption — Catégorie juridique sensible — Ethnographie — Immersion prolongée — Observation — Service public de l'eau — République démocratique du Congo.

ABSTRACT

Clandestine and hidden, the practices that give substance to the criminal category of corruption are less easily understood by examining traditional sources of law. This is more difficult when the legal researcher aims for a micro-analysis based on the day-to-day practices of local players. The dense and detailed

* Docteur en sciences juridiques de l'ULB, collaborateur scientifique au Centre de droit public et social de l'ULB, Professeur à la faculté de droit de l'Université catholique de Bukavu (UCB) et membre du centre de droit public et administratif (CPAD-UCB) et du centre régional de droits de l'homme et droit international humanitaire (CERDHO-UCB) de la même université.

description of phenomena that an ethnographic approach allows — thanks to prolonged immersion in a well-defined study area — makes it possible to push back the methodological limits of a positivist approach to the phenomenon. However, the peculiarities of each research field mean that the object of corruption varies in sensitivity according to the context and require the researcher to have both a relatively accomplished command of the ethnographic tricks of the trade from methodological manuals and to adapt them to the research field on an ongoing basis. This contribution looks at the implementation of this methodological approach in the field of the daily provision of public water services in Bukavu (Democratic Republic of the Congo), highlighting the heuristic added value of such an approach in a legal research process and on a legal category.

Keywords: Corruption — Sensitive legal category — Ethnography — Prolonged immersion — Observation — Public water service — Democratic Republic of Congo.

INTRODUCTION

L'infraction et la pratique sociale de « corruption » revêtent un caractère essentiellement occulte et reposent sur des pratiques enserrées dans des codes tacites¹. Le secret est, à ce titre, le sceau par excellence de la corruption dont les parties à la relation corrompue sont communément gardiens. Ce caractère occulte et secret de l'échange corruptif rend la pratique corruptive particulièrement insidieuse problématisant sa mise en visibilité² et rendant ainsi difficile toute réaction sociale au phénomène, en ce compris sa répression pénale. Sur ce point, l'on note qu'elle « engendre tout un monde d'ombres [...] que pénètrent difficilement les enquêteurs zélés »³. À cet égard, l'infraction de corruption relève en grande partie du « chiffre noir » de la criminalité, tout particulièrement lorsqu'elle concerne les pratiques de corruption quotidienne ou « petite » corruption. Par petite corruption il convient d'entendre un ensemble de pratiques transactionnelles courantes à caractère inofficiel impliquant un personnel de rang inférieur — public ou privé — et portant sur des sommes de faible ampleur. Elle est considérée comme la forme la plus répandue, banalisée et couramment pratiquée au quotidien. Cette forme répandue du phénomène corruptif est une « corruption de situation qui se

¹ G. BLUNDO et J.-P. OLIVIER DE SARDAN, *La corruption au quotidien. Approche socio-anthropologique comparative : Bénin, Niger et Sénégal*, Paris, Karthala, 2007, pp. 13 et 14 ; voy. égal. J. CARTIER-BRESSON, « L'économie de l'information et l'analyse des réseaux de corruption », *Hermès la revue*, 1996/1, n° 19, pp. 211-224.

² O. TOMESCU-HATTO, P. LASCOUMES, V. LE HAY et G. MICHELAT, « Les réactions sociales à la corruption : divulgation et système répressif », in P. LASCOUMES (dir.), *Favoritisme et corruption à la française : petits arrangements avec la probité*, Paris, Les Presses, 2010, p. 219.

³ A. ETCHEGOYEN, *Le corrupteur et le corrompu*, Paris, Éditions Julliard, 1995, p. 45.

manifeste par l'apport de cadeaux, de biens et services, de produits de consommation gratuits ou des vols d'opportunité [...] qualifiée de corruption de survie ou encore de corruption du ventre »⁴. À ce titre, la « petite » corruption est au nombre des pratiques clandestines et cachées qui ne se laissent pas facilement observer à première vue. L'une des principales raisons à cela est son contenu juridiquement et moralement chargé et connoté, car « le terme de corruption est lourd de connotation morale »⁵. Il recouvre à la fois une pratique délinquante légalement réprimée et celle déviante socialement et moralement réprouvée. Sa banalisation et son caractère routinier qui l'érigent en quasi-culture professionnelle et/ou ordinaire renforcent sa difficile mise en visibilité.

Si la plupart du temps il est confortable pour un chercheur juriste de s'en tenir aux ressources classiques de la recherche en droit — la loi, la jurisprudence, la doctrine —, se rendre sur le terrain de la pratique et du vécu quotidiens du droit est tout aussi essentiel pour décrypter la manière dont les acteurs génèrent, construisent, expriment et mettent en œuvre leur régulation endogène concurrent, complétant ou coexistant avec les sources classiques du droit⁶. Étudier la corruption dans ses pratiques quotidiennes implique alors de sortir méthodologiquement de la zone de confort de la recherche classique en droit. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il est question de privilégier une approche *émique* plutôt qu'*éthique* de la corruption, et donc d'accorder une place importante au point de vue de *l'observé* qu'à celui de *l'observateur*⁷. La corruption est alors abordée dans son fonctionnement contextualisé à partir « du monde tel qu'il est, et non tel que l'on conçoit que le monde devrait être »⁸.

Alors qu'une grande partie des travaux en droit abordent la corruption en tant que crime et étudient, en les questionnant, les régimes juridiques formels consacrés au phénomène de corruption — de la prescription des comportements aux mécanismes de prévention et de répression pénales —, la recherche dans laquelle s'inscrit la présente contribution propose une autre lecture. Elle s'intéresse aux micropratiques des acteurs en tant que telles — susceptibles de recevoir la qualification pénale de corruption — indépendamment de leur mise en forme pénale⁹. À partir d'une étude de cas du service public de l'eau en République

⁴ N. PONS, « Corruption, mode d'emploi », *Géoéconomie*, 2013/3, n° 66, pp. 207-222.

⁵ E. ALT et I. LUC, *La lutte contre la corruption*, Paris, PUF, 1997, p. 1.

⁶ O. BARRIÈRE, « De l'émergence d'un droit africain de l'environnement face au pluralisme juridique », in C. EBERHARD et G. VERNICOS (dir.), *La quête anthropologique du droit : autour de la démarche d'Étienne Le Roy*, Paris, Karthala, 2006, pp. 147-172, p. 150.

⁷ D. TORSSELLO et B. VENARD, « The anthropology of corruption », *Journal of Management Inquiry*, vol. 25, n° 1, 2016, pp. 34-54.

⁸ O. DE FRANCE et C. GOMEZ, « La corruption est-elle condamnable ? », *Revue internationale et stratégique*, vol. 1, n° 101, 2016, pp. 83-89.

⁹ F. ACOSTA, « De l'événement à l'infraction : le processus de mise en forme pénale », *Déviance et Société*, vol. 11, n° 1, 1987, pp. 1-40, p. 2.

démocratique du Congo, cette recherche questionne non pas la dimension transgressive aux règles pénales des pratiques corruptrices, mais leur potentiel normatif. Il n'en demeure pas moins qu'une telle démarche garde tout son intérêt sur le plan pénal. On remarquera d'ailleurs à ce propos que « les liens entre les normes sociales et les normes juridiques sont une préoccupation constitutive du droit pénal moderne »¹⁰. Ainsi, j'envisage la « petite » corruption comme un fait social structuré par des normes et une série des pratiques qui en définissent la teneur. Les pratiques de « petite » corruption ainsi étudiées ne constituent pas un lieu — au sens géographique et social — d'une anarchie incontrôlée¹¹. Celles-ci interviennent dans un espace déjà officiellement normé — le service public de l'eau —, contraignant les acteurs qui y opèrent à un minimum d'organisation plus ou moins normée de leurs actions et interactions chaque fois qu'ils s'adonnent à ces pratiques. Sur ce point, on peut soutenir que « ces actions et interactions ne sont pas simplement des déviations idiosyncrasiques, mais forment des modèles cohérents »¹². La normativité pratique qui en découle dédouble cet espace d'un autre corps de règles l'inscrivant dans une perspective pluraliste. Il en résulte une pluralité normative formée d'une part par un registre officiel — ensemble des règles édictées par les instances officielles — qui est constamment mobilisé et sert d'étalon de mesure au recours à d'autres logiques normatives ; et, d'autre part, par un registre inofficiel — ensemble des règles de fait développées à partir des savoir-faire situationnels et expérientiels des acteurs¹³ — qui est mobilisé soit pour contourner l'un ou l'autre paramètre d'une règle officielle, soit pour l'écarter, tout en assurant paradoxalement l'accès à une quelconque prérogative juridique relative au service public de l'eau, et subsidiairement, l'application d'une prévision légale y relative.

Il est clair que les seuls canons méthodologiques classiques de droit ne suffisent pas pour rendre compte de ces autres normes qui sont en jeu et qui parfois sont plus effectives, voire plus légitimes aux yeux des acteurs. D'où la nécessité de mobiliser des méthodes et pratiques d'une recherche empirique en droit pour documenter les pratiques des acteurs et les normes qui président à leur opérabilité. Il convient alors « d'envisager cette pluralité comme une réalité empirique — bien qu'imparfaitement saisissable et susceptible d'interprétations diverses — et

¹⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Droit, pluralité des modes de normativité et internormativité. Regard juridique », *Revue des droits de l'homme*, vol. 16, n° 16, 2019, p. 1.

¹¹ A. MBEMBE, « Du gouvernement privé indirect », *Politique africaine*, n° 73, 1999/1, pp. 103-121.

¹² P. BLAU, *The dynamics of bureaucracy: Study of interpersonal relations in two government agencies*, Chicago, University of Chicago Press, 1963, p. 2.

¹³ Sur la notion de *savoirs locaux* ou *savoirs expérientiels du droit*, c'est-à-dire ceux qui, par opposition aux savoirs experts sur le droit, sont produits et circulent dans un contexte de quotidienneté en rapport avec les règles de droit, voy. A. BAHARY-DIOME, « Les savoirs locaux et le droit : une ethnographie de la conscience du droit », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 51, n° 2-3, 2022, pp. 359-404.

de décrire comment les opérateurs des systèmes et les destinataires/usagers de la norme *vivent et font* vivre cette réalité ainsi que les facteurs structurants qui paramètrent leurs actions »¹⁴. L'on souligne d'ailleurs à propos des normes qu'il convient « d'admettre que plusieurs normes sont afférentes à un même objet et que cette situation de concurrence de normes par rapport à un même objet nous oblige, nous juristes, à inventer des outils méthodologiques adaptés pour essayer de faire vivre un pluralisme juridique ou, plus modestement, une forme parmi d'autres de pluralisme juridique »¹⁵. L'ethnographie est au nombre de ces méthodes et pratiques de recherche qui, se penchant sur le droit ou sur une catégorie juridique telle que la corruption, permet un travail en profondeur de ses pratiques quotidiennes. Véronique Fortin souligne à propos de l'ethnographie dite juridique que, « c'est se pencher sur le droit, étudier la réception, la perception, la mise en œuvre du droit, étudier les institutions juridiques, étudier le droit tel que vécu, subi, mobilisé par les acteurs. L'ethnographie juridique est une ethnographie réellement engagée envers le droit. Elle le prend au sérieux, elle étudie les processus juridiques complexes et ne le confine pas à une boîte noire homogène et uniforme »¹⁶.

La présente contribution résulte d'une recherche plus large relative aux pratiques de « petite » corruption dans la délivrance quotidienne de l'eau à Bukavu en République démocratique du Congo qui a mobilisé un matériel empirique dense issu d'une immersion prolongée d'une année au sein des services du plus grand Opérateur du service public de l'eau de la ville. Les pratiques documentées par observation participante ont été complétées par un ensemble de 43 entretiens ethnographiques d'une durée moyenne d'1 h 30 avec les agents et usagers dudit Opérateur. Il convient alors de broser brièvement l'une des méthodes ethnographiques mobilisées par la recherche dans laquelle s'inscrit la présente contribution en mettant en évidence sa plus-value heuristique en droit ou sur une catégorie juridique (I) avant de rebondir sur la prudence et l'inventivité qui doivent caractériser le chercheur juriste face aux écueils de l'implémentation de cette méthode sur le terrain (II). L'approche assumée ici est celle d'une « perspective critique qui cherche moins ce que le droit *est* que ce qu'il *fait*, ainsi que ce que les gens *en font* et ce qu'ils *en disent* ». Concrètement, « si la méthode juridique reste le point de départ, il faut décroisonner les perspectives et élargir la recherche aux méthodologies développées par les sciences sociales »¹⁷ soutient-on.

¹⁴ G. OTIS, J. LECLAIR et S. THÉRIAULT, *La vie du pluralisme juridique*, Paris, LGDJ, 2022, p. 27.

¹⁵ J.-S. BERGÉ, « La normativité au pluriel : dépasser le prisme de la concurrence, construire des méthodes de combinaison », *Revue internationale de droit économique*, vol. 3, n° 32, 2018, pp. 281-292, p. 282.

¹⁶ V. FORTIN, « L'ethnographie en droit », in D. GESUALDI-FECTEAU et E. BERNHEIM (dir.), *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques*, Montréal, Éditions Thémis, 2021, pp. 29-56, p. 42.

¹⁷ F. AUDREN et al., *Histoires contemporaines du droit*, Paris, Dalloz, 2020, pp. 191 et 188.

I. L'IMMERSION ETHNOGRAPHIQUE PROLONGÉE ET SA PLUS-VALUE HEURISTIQUE SUR UNE CATÉGORIE JURIDIQUE SENSIBLE

La sensibilité de la catégorie juridique de corruption — consécutive à sa connotation juridiquement et moralement chargée — pousse les acteurs qui s'y adonnent à développer des pratiques dont la manifestation de la dimension corruptrice ne saute pas aisément aux yeux du chercheur-juriste. Il n'est donc pas aisé, par un travail des sources classiques en droit, d'accéder à ces pratiques en vue de procéder aux opérations intellectuelles de qualification. Elles échappent ainsi souvent à l'attention du chercheur et des organes responsables de l'application de la loi pénale.

À l'inverse d'une posture positiviste qui appréhende la corruption indépendamment de toute activité de recherche visant à la comprendre et à l'expliquer — *puisqu'elle existe en tant que crime, codifiée par la loi et à la maîtrise interprétative d'instances judiciaires qui en assurent l'application* — une démarche ethnographique sur la corruption apporte une perspective différente et essentiellement compréhensive du phénomène. En effet, l'approche positiviste de la corruption se caractérise d'abord par une définition beaucoup plus précise du phénomène. Elle met ensuite un accent sur la prévalence de la décision individuelle en ce qu'elle part du postulat de l'individu acteur rationnel qui articule sa conduite autour du calcul coût-bénéfice. La corruption est de ce point de vue une donnée indépendante de toute construction sociale et le juriste va s'attacher à l'étudier en procédant à un examen strictement formel du cadre juridique qui la consacre. Mais l'on peut constater que dans la pratique, cette perspective positiviste se double dans le chef de la plupart des juristes, et en tout cas dans le chef des organisations internationales, d'une visée plus normative qui consiste à assumer un jugement de valeur selon lequel la corruption est un mal social et à utiliser le droit pénal pour répondre à ce mal social. De cette façon, cette approche débouche enfin sur la recherche des solutions qui vont porter le plus souvent sur le renforcement de la peine. À l'inverse de cette posture, l'approche compréhensive ne travaille pas en première instance sur les solutions au phénomène de corruption. Contrairement à l'approche positiviste, celle compréhensive s'interroge d'abord sur la façon dont les acteurs perçoivent les pratiques de corruption auxquelles ils se prêtent, ensuite sur le sens qu'ils donnent à leurs pratiques et enfin sur la conduite qu'ils adoptent à partir du sens qu'ils se donnent de ces pratiques¹⁸. La perspective compréhensive vise ainsi « une description et une analyse de phénomènes saisis dans leur contingence historique et géographique »¹⁹.

¹⁸ N. MIDESO, « Penser la (petite) corruption dans certains pays d'Afrique Subsaharienne : l'apport de l'approche compréhensive », *Déviance et Société*, vol. 47, n° 3, 2023, pp. 477-505.

¹⁹ G. BLUNDO et J.-P. DE OLIVIER DE SARDAN., *La corruption au quotidien. Approche socio anthropologique comparative : Bénin, Niger et Sénégal*, op. cit., p. 37.

Cette rupture épistémologique permet de mettre au jour une tension normative médiatisée par l'écart entre le droit et les pratiques normatives de ses acteurs au sens praxéologique du terme²⁰. Mais si écart il y a, il ne s'envisage ici que par rapport au droit légalement institué. Autrement dit, en s'écartant du droit, les acteurs n'hésitent pas à assortir leurs pratiques juridiques des registres justificatifs tout aussi normés. Il est dès lors nécessaire, lorsqu'on s'intéresse à une telle tension normative caractéristique des pratiques de « petite » corruption, en vue d'en examiner et d'en décrire les paramètres, de mobiliser une approche empirique appropriée à l'instar de l'approche ethnographique. En ce sens, la rupture épistémologique que marque le passage de la perspective positiviste de la corruption vers une perspective compréhensive du phénomène s'accompagne nécessairement d'une rupture méthodologique. La posture pluraliste qu'endosse la recherche dans laquelle s'inscrit cette contribution explique, dans une visée plutôt compréhensive que positiviste, la rupture méthodologique qui la caractérise.

En effet, la théorie pluraliste « peut servir à mettre au jour et à décrire le phénomène empirique qu'est la pluralité des foyers et des systèmes normatifs, ce qui permet alors d'appréhender un sujet à travers une approche explicative dite pluraliste en ce qu'elle mobilise la prise en considération de la pluralité juridique dans la compréhension et l'explication d'une situation »²¹. Le recours aux perspectives empiriques en droit est particulièrement indiqué pour une recherche juridique qui s'intéresse aux pratiques sociales du droit et à la manière dont les acteurs s'accommodent de règles juridiques formelles. E. Bernheim *et al.* soulignent que « l'approche empirique est nécessaire pour répondre à toute question de recherche se rapportant au contexte social du droit que ce soit à son élaboration, à son interprétation, sinon à sa mise en œuvre, qu'on pense l'étude du discours sur le droit ou l'expérience juridique elle-même, etc. La recherche empirique peut également être mobilisée pour saisir la place du droit dans la vie quotidienne »²².

Ainsi donc, « le laboratoire de recherche n'est ici plus uniquement dans la bibliothèque, mais sur le terrain [...] dans un ensemble élargi de pratiques, et auprès d'une étendue d'acteurs qui font et vivent le droit »²³. Pour pénétrer

²⁰ Sur la praxéologie juridique voy. B. DUPRET, « Legal pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices: Theories, Critiques and Praxiological Re-specification », *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n° 1, 2007, pp. 296-318 ; B. DUPRET et A. UTRIZA, « La praxéologie du droit. Mise en perspective et mise en pratique », in J. COLEMANS et B. DUPRET (dir.), *Ethnographies du raisonnement juridique*, Paris, LGDJ, 2018, pp. 223-242.

²¹ G. OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », in G. OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, pp. 9-22, p. 9.

²² E. BERNHEIM, D. GESUALDI-FECTEAU, P. NOREAU et V. FORTIN, « L'approche empirique en droit : prolégomènes », in D. GESUALDI-FECTEAU et E. BERNHEIM (dir.), *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques*, Montréal, Éditions Thémis, 2021, pp. 1-28.

²³ J. PERELMAN, « Penser la pratique, théoriser le droit en action : des cliniques juridiques et des nouvelles frontières épistémologiques du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 73, n° 2, 2014, pp. 133-153.

ce laboratoire, le chercheur en droit doit se vêtir des robes d'un « juriste aux pieds nus qui ne reste pas dans ses Dalloz et dans le conformisme rassurant et sécurisant du droit écrit énoncé par l'État »²⁴. Il est nécessaire ici « de rappeler que le droit ne s'applique pas tel qu'il est écrit, pensé ou narré... »²⁵. D'où l'importance pour le juriste chercheur, en plus d'un travail à partir des textes juridiques à portée de main, de se rendre sur le terrain pour accéder à une réalité qu'il lui est impossible d'observer sans y être. Se rendre donc sur le terrain pour voir ce que les acteurs font, car l'ethnographie en général, et l'ethnographie du droit en particulier, envisagent le processus de connaissance comme celui qui consiste à poser le regard sur une réalité sociale bien concrète et c'est de ce regard posé qu'émerge notre connaissance de cette réalité : *il faut donc voir pour comprendre et pas toujours comprendre avant de voir*. Cela suppose d'aborder « le droit comme une réalité plutôt que comme une vérité ou une révélation »²⁶.

L'immersion prolongée en tant que mode d'observation participante invite alors le chercheur s'immergeant sur son terrain de recherche à adopter une posture qui, *a priori*, se confond avec celle des acteurs dont les attitudes, comportements et pratiques du quotidien forment l'objet de son observation dans le strict respect de la rigueur méthodologique caractéristique d'une ethnographie qualitative²⁷. Une telle ethnographie relève d'un positionnement de recherche qualitative sur le droit, celui d'une normativité *from below*. Dans la droite ligne de la pensée foucauldienne sur la subjectivité des individus et celle de Pierre Guibentif sur la *legal subjectivity*, Jacques Commaille envisage une telle perspective comme un « processus d'une appropriation par les individus concernés de dispositifs juridiques [qui] parachève ainsi une façon de penser le droit comme un processus continu depuis la manière dont le droit est énoncé au départ (qui est souvent le seul objet d'une analyse juridique) jusqu'à ses conditions d'appropriations : sociales et subjectives »²⁸.

« Si le rapport au monde des individus est affaire de constitution et d'expression symbolique, si le sens est la matière première de la décision et de l'action, alors il convient de définir des méthodes qui s'inscrivent au plus proche des

²⁴ O. BARRIÈRE, « De l'émergence d'un droit africain de l'environnement face au pluralisme juridique », *op. cit.*, p. 170.

²⁵ D. SCALIA, « Les données empiriques contre le droit international pénal : perspective(s) engagées(s) », in A. AMADO et A. DESPARAIRES (dir.), *Le tournant des méthodes empiriques en droit ?*, coll. Droit et Société, Paris, LGDJ, pp. 75-90, p. 78.

²⁶ P. NOREAU, *Le droit. Une forme du lien social*, coll. Sociologie contemporaine, Laval, Presses de l'Université de Laval, 2023, p. 319.

²⁷ J.-P. OLIVIER DE SARDAN, *La rigueur du qualitatif. Les contraintes empiriques de l'interprétation socio-anthropologique*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 48-53.

²⁸ J. COMMAILLE, *L'esprit politique des savoirs. Le droit, la société, la nature*, Paris, Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2023, p. 285.

hommes et recueillent leurs modalités d'interprétation du monde, comment ils définissent les situations dont ils sont acteurs »²⁹. À cet égard, l'immersion prolongée est un « outil de cueillette des données où le chercheur devient le témoin des comportements des individus et des pratiques au sein des groupes en séjournant sur les lieux mêmes où ils se déroulent »³⁰. Elle permet ainsi de documenter en situation des pratiques sociales du droit dans la mesure où « elle se confronte à des situations sociales réelles où de multiples circonstances et effets de contexte se croisent et s'influencent [...] Elle se distingue du questionnaire, de l'entretien sociologique et du travail d'archives, notamment parce qu'elle cherche à éliminer les dispositifs sociaux et les opérations bureaucratiques qui s'interposent habituellement entre le chercheur et son objet »³¹. L'immersion prolongée sur le terrain qu'autorise l'observation directe offre ainsi au chercheur la possibilité d'accéder « à ce qui se cache, retracer l'enchaînement des actions et des interactions, ou encore saisir ce qui ne se dit pas ou ce qu'il va sans dire »³². On le sait, le terrain de recherche ethnographique peut, en droit ou sur une catégorie juridique, porter sur les archives juridiques ou judiciaires, les salles d'audience, le parcours biographique d'acteurs — professionnels et justiciables — dans le système judiciaire ou encore, et c'est le cas en l'occurrence, sur la mise en œuvre quotidienne du droit en dehors des arènes judiciaires par les acteurs du quotidien — metteurs en œuvre des services publics et usagers desdits services. La palette d'options est large.

Au sujet des pratiques routinières de corruption, l'observation directe est un outil de collecte des données particulièrement indiqué. Elle permet à ce sujet « de mesurer le décalage entre normes formelles et normes pratiques ou de relever des comportements qui ne sont pas considérés comme importants par l'interlocuteur et demeurent donc dans la sphère du non-dit »³³. Dans une perspective pluraliste, « l'observation et la compréhension des pratiques permettent d'appréhender la validité empirique des normes »³⁴. À noter que le terrain des institutions, et en particulier, celui des institutions publiques en charge de la délivrance des services publics, est au nombre des terrains observés dans la littérature ayant recours à l'observation comme méthode scientifique de documentation des pratiques

²⁹ D. LE BRETON, *Interactionnisme symbolique*, Paris, PUF, 2021, p. 171.

³⁰ S. MARTINEAU, « L'observation en situation : enjeux, possibilités et limites », *Recherches qualitatives*, Hors-série 2, 2005, pp. 5-7.

³¹ S. CHAUVIN et N. JOUNIN, « L'observation directe », in S. PAUGAM (dir.), *L'enquête sociologique*, Paris, PUF, 2012, pp. 142-165.

³² S. CHAUVIN et N. JOUNIN, « L'observation directe », *op. cit.*, pp. 142-165.

³³ G. BLUNDO et J.-P. OLIVIER DE SARDAN, *État et corruption en Afrique. Une anthropologie comparative des relations entre fonctionnaires et usagers (Bénin, Niger et Sénégal)*, *op. cit.*, p. 17.

³⁴ E. BERNHEIM, « Le pluralisme normatif : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 67, n° 2, 2011, pp. 1-41.

sociales. Qu'il s'agisse de la prison³⁵, de la police³⁶, de la justice³⁷ ou même de l'hôpital public³⁸, etc., le recours à l'observation directe permet notamment d'accéder à « la mise en œuvre concrète des politiques publiques en même temps que les interactions avec les usagers »³⁹.

À l'égard de ces institutions, l'observation directe par immersion prolongée permet d'établir des constats contextualisés sur les interactions et processus sociaux corruptifs et de dégager le sens vécu par les acteurs influençant ces processus sociaux. Toujours est-il « qu'on ne peut pas analyser les pratiques de corruption en dehors du contexte socioculturel dans lequel elles se manifestent »⁴⁰. Le service public de l'eau étant suffisamment réglementé, il a été question dans mes observations d'identifier le plus possible les marges ou espaces d'autonomie qui ouvrent à diverses formes de négociation de la loi. Concrètement, mon terrain d'observation a porté essentiellement sur le processus d'interaction entre agents et usagers de l'Opérateur du service public de l'eau avec, sur ce point, un accent particulier sur la manière dont les prescriptions officielles sont mises en œuvre au quotidien par les agents et l'attitude qu'adoptent les usagers à cet égard. Pour ce faire, j'ai focalisé mon *regard* et mon *écoute* sur les faits, gestes, propos et conversations ordinaires chaque fois en les rapportant à leurs contextes pour essayer par la suite d'en dégager des significations conformes à leurs usages. Je suis resté toutefois attentif à l'*appel à l'ouverture*⁴¹ [c'est-à-dire disposé à prêter attention à toute autre manifestation symbolique ou non susceptible d'informer les situations observées par la vue et l'ouïe] pour ne pas perdre de vue les subtilités nouvelles susceptibles d'émerger de la situation observée.

Au-delà du regard et de l'écoute, j'ai régulièrement recouru aux entrevues conversationnelles avec mes observés dans le but d'explicitier ce que la situation observée me permettait de voir ou d'écouter. Il s'agit en effet « d'une technique

³⁵ G. BENGUIGUI, « L'observation des incidents et des crises », *Sociétés contemporaines*, vol. 40, 2000, pp. 135-149.

³⁶ G. GAUTHIER, « Esquisse du pouvoir policier discriminant. Une analyse interactionniste des cadres de l'expérience policière », *Déviance et Société*, n° 2, vol. 34, 2010, pp. 267-278.

³⁷ M. IMANI MAPOLI, « La justice des mineurs en République Démocratique du Congo : ethnographie des nouvelles institutions de protection de la jeunesse », *Revue de droit et de criminologie de l'Université libre de Bruxelles*, vol. 1, 2018, pp. 1-14 ; H. FOFANA, « Rapprocher la justice des justiciables. Une ethnographie de la distance judiciaire au Burkina Faso », *Droit et Société*, vol. 2, n° 99, date ?, pp. 393-410.

³⁸ P. GILBERT et M.-E. LAPORTE, « L'orientation patient à l'hôpital public : un dispositif marketing comme compromis en mondes », *Recherche et applications en Marketing*, vol. 38, n° 1, 2022, pp. 1-21.

³⁹ A.-M. ARBORIO et P. FOURNIER, *L'observation directe*, op. cit., p. 36.

⁴⁰ G. BLUNDO, « Décrire le caché autour de la corruption », in G. BLUNDO et J.-P. OLIVIER DE SARDAN (dir.), *Pratiques de la description*, coll. Enquête, Paris, Éditions de l'EHESS, n° 3, 2003, pp. 75-111, p. 80.

⁴¹ C. VINCENT et E. TREMBLAY-WRAGG, « L'observation participante d'un terrain de recherche : une avenue pour discerner ses intérêts et questions de recherche », *Revue des sciences de l'éducation de McGill*, vol. 56, n° 1, 2021, pp. 234-242.

permettant de faire parler, de la manière la plus naturelle possible, un ensemble d'acteurs afin d'accéder à un champ descriptif plus large des pratiques »⁴². J'ai ainsi eu, à longueur des journées avec les agents que je suivais au quotidien au terrain dans leurs rondes auprès des abonnés, des conversations spontanées sur tout un tas de faits divers mélangés aux éléments qui jaillissaient de la situation observée, voire du contexte général de travail chez l'Opérateur public du service. La littérature renseigne à ce sujet que « l'observation participante est aussi constituée de bavardages et discussions informelles par lesquels s'échangent commérages, racontars et rumeurs. Ici, l'entretien n'est pas seulement un complément à l'observation participante, mais devient parfois la seule façon d'observer la corruption »⁴³. Des histoires et expériences personnelles, des impressions et sentiments à l'égard des attitudes des collègues et des abonnés s'invitaient librement à nos conversations. Bref, une relation humaine naturelle. Ces entrevues conversationnelles intervenaient aussi bien au siège des agences commerciales, au terrain, en pleine activité de travail ou lors des moments de pause dans un restaurant, etc.

Mais qu'est-ce que j'ai pu observer exactement sur ce terrain que je n'aurais pas pu faire par une démarche de recherche juridique classique ? Ce qui m'a marqué sur ce terrain c'est que très vite je me suis retrouvé face à des pratiques extrêmement codifiées, extrêmement régulées. Ce ne sont pas simplement des pratiques fortuites, aléatoires. Elles présentent une dimension normative importante, d'où le concept des « normes pratiques » que j'emprunte à des anthropologues qui, comme moi, ont travaillé la question de la corruption dans d'autres régions du monde. De façon assez simple, le concept de normes pratiques renvoie au processus de régulation des pratiques plus ou moins ordonnées, mais qui s'écartent ou se distancient des règles officielles. Et à ce sujet, sur le terrain du service public de l'eau investigué, les pratiques corruptives documentées reposent sur des usages et des habitudes matérielles répétées qui sont d'une récurrence telle qu'ils génèrent chez les acteurs des ajustements mutuels permanents et des attentes normatives les uns vis-à-vis des autres. Ainsi, à titre d'exemple,

- il y a une métanorme du silence : on le sait, on le fait, mais on n'en parle pas vraiment ;
- il y a une norme de non-exagération : autrement dit quand quelqu'un va trop loin **et ça ne marche pas**. Il y a là alors un souci qui peut engendrer des conséquences néfastes à l'égard d'un agent ;
- il y a une norme de redistribution des gains : ce n'est pas une question d'enrichissement personnel, ce n'est pas une question d'exploitation de

⁴² I. TSHINYAMA KADIMA, *Comprendre les pratiques policières en contexte congolais. Une observation ethnographique d'un commissariat de Lubumbashi*, Thèse de doctorat, Université libre de Bruxelles, 2009, p. 99.

⁴³ G. BLUNDO, « Décrire le caché autour de la corruption », *op. cit.*, pp. 98-99.

la personne la plus faible, parce que systématiquement le produit de la corruption fait l'objet d'une répartition parmi les agents selon des règles elles aussi précises ;

— ainsi va émerger un ensemble des normes pratiques.

Mais pour parvenir à instaurer un climat de confiance propice à une bonne immersion permettant d'observer les acteurs dans leur agissement le plus naturel possible, un ensemble de contraintes pratiques d'opérationnalisation de la méthode adoptée était à surmonter.

II. LES CONTRAINTES D'UN TERRAIN D'OBSERVATION ETHNOGRAPHIQUE ET ÉVENTUELLES POSTURES À ADOPTER

Face aux contraintes émaillant le processus d'observation ethnographique, le chercheur est appelé à développer un sens particulier d'inventivité tout en restant dans les limites d'exigences formelles encadrant la rigueur méthodologique d'une telle approche. Sans revenir sur toutes les formes de contraintes classiquement présentées dans les manuels de méthodologie, je vais ici relever celles qui ont été significatives dans la démarche de recherche dans laquelle s'inscrit la présente contribution. Il s'agit particulièrement des enjeux relatifs à la négociation de la place du chercheur ou du statut en vertu duquel l'immersion a été rendue possible (A), ceux relatifs au dévoilement de l'objet d'observation (B) ainsi que ceux relatifs aux écueils spécifiques à l'intégration (C).

A. La négociation de la place d'observateur immergé

L'une des questions fondamentales que soulève le recours à l'observation comme méthode scientifique est celle de la légitimité ou non de la place du chercheur dans l'univers qu'il se donne à observer. La littérature n'hésite pas à souligner que le chercheur observateur « est moins illégitime lorsqu'il doit justifier sa place, car cette place, ce rôle ou cette fonction existaient déjà dans l'univers étudié. Plongé dans la temporalité du milieu, confronté personnellement à ses exigences, ses interactions, ses pratiques, l'observateur participant recueille des données sans avoir à compter sur la collaboration des enquêtés »⁴⁴. Parvenir à cela nécessite l'obtention des autorisations officielles pour pouvoir intégrer l'univers d'observation.

Compte tenu de la très faible probabilité de se faire embaucher par l'Opérateur du service public de l'eau à Bukavu, et même dans l'hypothèse de sa faisabilité, la difficulté de pouvoir justifier des compétences techniques requises en fonction de la catégorie d'agents — les agents de l'administration d'interface — qui intéresse

⁴⁴ S. CHAUVIN et N. JOUNIN, « L'observation directe », *op. cit.*, pp. 143-165.

mon étude, la voie de stage de recherche m'est apparue être une piste à capitaliser pour mes observations. L'adoption pour un temps d'un rôle professionnel *ad hoc* tel que le stage constitue une stratégie encouragée dans la littérature pour procéder à une observation réellement participante en matière de corruption en particulier⁴⁵, et de manière générale, sur plusieurs thématiques qui touchent aux pratiques sociales marquées par le sceau du secret ou de l'implicite⁴⁶. Mes observations se sont alors déroulées de manière directe et à découvert, mais avec la particularité de s'effectuer sous un mode de stage de recherche. Le stage est une activité routinière qu'organise régulièrement l'Opérateur qui reçoit en permanence des étudiants pour des stages de professionnalisation et d'imprégnation d'une durée d'au moins un mois. À ce sujet, il convient souvent pour le chercheur de s'armer de patience et de développer un sens élevé de dialogue afin de négocier et d'obtenir une place. Cela est d'autant plus vrai dans le cas des institutions qui peuvent certes avoir une culture de recourir aux stagiaires étudiants à professionnaliser, mais moins aux stagiaires étudiants visant à réaliser une recherche, et encore moins une recherche par observation de leurs pratiques. Dans mon cas, la suspicion d'espionner à des fins inavouées est très vite arrivée lorsque le directeur régional à qui s'adressait l'autorité académique qui m'a recommandé a pris connaissance de la nature du stage que je sollicitais. Mon statut d'avocat est venu empirer son appréciation au point de m'assimiler à un inspecteur des finances publiques — les institutions publiques faisant à l'époque l'objet d'un processus de contrôle très médiatisé.

La patience doublée d'une insistance courtoise est donc de rigueur. Après plus de deux semaines et à la suite de plusieurs allers-retours au bureau du directeur régional, ce dernier, sans avoir pris de décision concernant ma demande, l'a transférée à son directeur des ressources humaines afin qu'à son niveau il puisse l'examiner et décider de la suite à lui réserver. Plusieurs allers-retours auprès du personnel de la direction des ressources humaines ont été nécessaires avant d'être personnellement reçu par le directeur du service lui-même. Le point de réticence du directeur régional, à savoir *l'observation des pratiques dans les interactions entre agents et usagers*, a trouvé un terrain plutôt favorable auprès du directeur des ressources humaines. Se montrant enthousiaste à l'idée d'une recherche sur les rapports agents et usagers, le directeur des ressources humaines a autorisé mon stage et accédé à ma demande d'affectation auprès de leurs deux principales agences commerciales de la ville de Bukavu. Mais une fois réglée la question du statut sous lequel je devais réaliser mes observations, une deuxième question méritait à son tour une réponse : celle du dévoilement total ou non de l'objet de mes observations.

⁴⁵ G. BLUNDO et J.-P. OLIVIER DE SARDAN, « La corruption comme terrain. Pour une approche socio-anthropologique », in G. BLUNDO (dir.), *Monnayer les pouvoirs. Espaces, Mécanismes et Représentations de la corruption*, Genève, Graduate Institute Publications, 2000, pp. 21-46.

⁴⁶ A.-N. ARBORIO, « L'observation directe en sociologie : quelques réflexions méthodologiques à propos de travaux de recherches sur le terrain hospitalier », *Revue en soins infirmiers*, n° 90, vol. 3, 2007, pp. 26-34.

B. Le dévoilement de l'objet d'observation participante

La littérature aborde l'épineuse question du dévoilement total ou partiel de l'objet de recherche s'agissant des recherches à réaliser en immersion prolongée. La question revêt une acuité toute particulière pour des recherches portant sur des objets tout à fait sensibles à l'instar des enquêtes sur la corruption. L'on note à ce propos que « l'observation participante des pratiques illicites, illégales ou clandestines pose de façon lancinante la question de l'insertion du chercheur et du dévoilement des objectifs de son étude à ses interlocuteurs. Dans certaines circonstances l'observation non déclarée sera le seul moyen de produire des données »⁴⁷. Pourtant, il m'est apparu difficile de réaliser des observations non déclarées en raison d'autorisations officiellement requises à l'entrée sur mon terrain ainsi qu'au contrôle conséquent de la raison d'être de ma présence par la direction et les différents responsables des staffs.

J'ai ainsi, pour éviter l'emploi du concept de corruption, présenté ma recherche en expliquant qu'elle porte sur les rapports entre agents et usagers des services de l'Opérateur. À l'instar de Bruno Latour pénétrant les cuisines du Conseil d'État français en ethnographe avisé pour en déceler les recettes, je ne suis pas entré dans cette cuisine de la délivrance quotidienne de l'eau « comme un inspecteur qui en vérifierait la bonne hygiène, mais comme un gourmet qui voudrait comprendre les recettes des chefs [ces acteurs qui la vivent et la font vivre au quotidien] »⁴⁸. L'usage d'un concept évocateur, dans l'imaginaire des acteurs, d'une réalité pénalement réprimée ne m'a pas paru susceptible de favoriser un climat de confiance chez ces derniers avec lesquels j'étais engagé à longueur des journées.

Bien souvent, « enquêter sur des sujets sensibles constitue à la fois un défi méthodologique et un enjeu éthique de taille »⁴⁹. En faisant le choix d'un dévoilement partiel de mon objet de recherche — et donc, pour ce qui est de l'observation participante, d'une observation semi à découvert —, l'objectif est de minimiser l'impact d'un dévoilement total sur la confiance attendue des acteurs. Dans ce sens, la formulation vague du sujet de recherche se présente alors comme une pirouette tout à fait indiquée pour les chercheurs devant investiguer des milieux plus ou moins fermés et des thématiques d'une certaine sensibilité. Pour surmonter les difficultés d'accès au terrain, de Maillard, étudiant la question des rapports police-jeunes, sujet sensible en France, souligne que « la présentation du sujet de la recherche est demeurée la plus neutre et la plus large possible (relation

⁴⁷ G. BLUNDO et J.-P. OLIVIER DE SARDAN, *État et corruption en Afrique. Une anthropologie comparative des relations entre fonctionnaires et usagers (Bénin, Niger et Sénégal)*, op. cit., p. 19.

⁴⁸ B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004, pp. 32-33.

⁴⁹ M. VILLANI et al., « L'engagement (scientifique) sensible. Stratégies d'enquête sur les thèmes de la sexualité, la séropositivité et le secret », *Civilisations*, vol. 64, n° 1-2, 2015, pp. 45-56, p. 46.

police-population, management de la police) afin de ne pas susciter des réactions épidermiques *a priori* »⁵⁰. Bien plus, l'usage explicite du concept de corruption s'est révélé contre-productif pour ma recherche dans la mesure où ce concept n'offre pas la possibilité de saisir dans leur diversité, les pratiques quotidiennes des acteurs, car généralement absent du langage usuel pratique de ces derniers. Méthodologiquement d'ailleurs, « la réduction des pratiques corruptrices à leur dimension essentiellement légale et pénale conduit par ailleurs à perdre de vue qu'elles sont fortement enchâssées dans des formes ordinaires de sociabilité »⁵¹ à telle enseigne que dans certaines circonstances, elles apparaissent sous des formes implicitement intériorisées par les acteurs.

Le choix de dissimulation partielle de mon objet de recherche vient en écho au caractère socialement dissimulé des pratiques corruptives et obéit à la nécessité de ne pas compromettre la confiance attendue des acteurs dans la récolte des données. À ce propos d'ailleurs, Chauvin et Jounin font observer qu'en réalité, « une observation complètement à découvert est quasiment impossible, sauf si le milieu étudié est un enclos social avec peu de personnes et peu de passage : l'enquêteur ne peut se déclarer comme tel à toutes les personnes qui rentrent dans le champ de son observation ». Et ces auteurs de poursuivre que « dans bien des cas, le caractère à découvert d'une enquête viendra surtout d'en avoir averti les membres du milieu qui régissent formellement ou informellement ce dernier »⁵².

Il s'agit là d'un « processus d'évitement dans la présentation de l'objet de recherche »⁵³ dont parlent Ayimpam et Bouju à propos des terrains difficiles. L'exigence du terrain ethnographique appelle le chercheur à une inventivité ordonnée et justifiée, et à un sens élevé de bricolage avec mesure. Réactionnaire aux approches méthodologiques trop formalistes, Kaufmann prône, à propos de ce bricolage, un « artisanat intellectuel »⁵⁴ dans le chef du chercheur-juriste qualitatif. C'est là qu'il parvient à un empirisme construit dans une perspective ethnographique dont un résumé intéressant nous est livré par Schwartz postfaçant un classique de sociologie de l'École de Chicago en ces termes : « revenir la dimension empiriste pour une pratique comme l'ethnographie, c'est d'abord reconnaître que, dans les conditions où elle s'exerce, les matériaux et les opérations qui lui reviennent comportent nécessairement une dose d'impureté, c'est-à-dire d'inadéquation aux contraintes de validité et d'objectivation

⁵⁰ J. DE MAILLARD, « Faire parler les policiers. Retour sur deux enquêtes par observations et entretiens », *Bulletin de méthodologie sociologique*, vol. 144, 2019, pp. 76-98, p. 81.

⁵¹ G. BLUNDO, « Décrire le caché autour de la corruption », *op. cit.*, pp. 81-82.

⁵² S. CHAUVIN et N. JOUNIN, « L'observation directe », *op. cit.*, p. 150.

⁵³ S. AYIMPAM et J. BOUJU, « Objets tabous, sujets sensibles, lieux dangereux. Les terrains difficiles aujourd'hui », *Revue internationale d'Anthropologie et de sciences humaines*, vol. 64, 2015, pp. 11-20, p. 15.

⁵⁴ J.-C. KAUFMANN, *L'enquête et ses méthodes. L'entretien compréhensif*, Paris, Armand Colin, 2007, pp. 13-14.

scientifiques ; c'est reconnaître ensuite que cette impureté peut, sans doute, être limitée, circonscrite, explicitée, mais que la purification se révèle dans bien des cas impossible à mener jusqu'au bout, sauf à faire s'évanouir l'entreprise ethnographique elle-même. C'est donc accepter l'idée que les résultats produits par ce type d'enquête ne peuvent échapper à une dose plus ou moins importante de contingence, d'approximation, d'incertitude »⁵⁵.

C'est dans cet un élan d'empirisme ethnographique construit que l'on peut situer le choix d'un dévoilement partiel de mon objet de recherche. Néanmoins, je suis resté conscient de la délicatesse d'une démarche d'observation sur des pratiques corruptrices et le risque que ma présence soit un élément perturbateur concernant les situations à observer. L'observation déclarée de ce genre de pratiques reste possible à condition de minimiser l'impact négatif de la présence du chercheur sur la posture des observés et la situation observée. Sur ce point, le stage étant une activité habituelle dans le paysage institutionnel de la société à observer, ma participation en cette qualité à quelques activités routinières me semble de nature à atténuer l'effet perturbateur de ma présence sur la situation et les acteurs de la situation observée⁵⁶.

C. Les écueils spécifiques à l'intégration sur le terrain d'observation participante

Accepté comme stagiaire et affecté au sein des équipes d'agents d'interface des agences commerciales de la ville, une autre question fondamentale relative à ma posture de chercheur dans pareille situation s'est également posée. En effet, l'intégration comme stagiaire ne s'est pas faite avec beaucoup de difficulté en dehors de celle qui a émaillé le processus d'autorisation officielle. Le stage est perçu non seulement comme une opportunité d'apprentissage offerte par l'Opérateur aux étudiants, mais aussi et bien souvent, les stagiaires sont considérés comme une ressource nécessaire en appui aux agents de terrain — chargés d'accomplir plusieurs tâches en faisant du porte-à-porte chez les usagers. Toutes les équipes⁵⁷ se disputent alors l'affectation des stagiaires. Les stagiaires sont pour eux une aide précieuse lors de diverses opérations sur le terrain : branchement, débranchement d'abonnés, relevé d'index, tenue des listings, distribution porte-à-porte des factures et des avis de coupure, dépannage d'alimentation, etc. Souvent, les équipes composées généralement de deux à trois personnes, affectées sur deux ou trois avenues, se dispatchent les aires géographiques à couvrir pour plus d'efficacité et, à cet effet, la présence des stagiaires dans leurs rangs représente un gain d'efficacité.

⁵⁵ O. SCHWARTZ, *L'empirisme irréductible*, Paris, Nathan, 1993.

⁵⁶ A.-M. ARBORIO, « L'observation directe en sociologie : quelques réflexions méthodologiques à propos de travaux de recherches sur le terrain hospitalier », *op. cit.*, pp. 26-34.

⁵⁷ Au sein de chaque agence commerciale, les agents de terrain sont regroupés en équipe de trois ou quatre agents.

Cette intégration implique aussi de s'adapter à la manière de travailler des agents ainsi qu'à l'apprentissage de certaines ficelles essentielles du métier. À ce titre, au contact des usagers, j'ai toujours été présenté non comme un stagiaire, mais comme un agent tout court. Deux situations très problématiques étaient subséquentes à cette intégration et à la dimension participante de ma démarche. Il était question premièrement de savoir jusqu'où ma participation devait aller. Témoin à plusieurs reprises des transactions corruptives entre agents et usagers de l'Opérateur, fallait-il aussi accepter de recevoir une part des rétributions inofficielles perçues par les agents ? Après quelques réticences au début, le recul explicite que je manifestais à ce sujet commençait à se révéler contre-productif par rapport à l'objectif d'instaurer un climat de confiance avec les acteurs observés puisque participer au partage des gains de corruption c'est, dans l'imaginaire des agents, valider le processus qui a conduit à ces gains. Par contre, le refus est perçu comme un jugement négatif de la transaction opérée, la règle d'or étant ici « soit tu manges avec nous et en conséquence tu es avec nous, soit tu ne manges pas, et donc tu n'es pas avec nous ».

Compte tenu de cela, j'ai fait le choix d'accepter, à certaines occasions, de prendre part au partage des gains issus de ces transactions collusives. Ce choix est délicat sur le plan de l'éthique de la recherche j'en suis bien conscient, mais, toujours est-il que pour une recherche sur la corruption, phénomène relevant du caché, « c'est à travers l'implication directe dans des interactions corruptrices que le chercheur apprend lui-même l'art subtil de la corruption. C'est aussi à ce prix qu'il sera ensuite en mesure de le décrire »⁵⁸.

Au-delà de l'épineuse question de la participation au partage des gains de la corruption, ma présence a été l'objet d'instrumentalisation à des fins corruptrices par les agents de l'Opérateur. Souvent, pour échapper aux conséquences des relations de forte proximité avec certains usagers, les agents utilisaient ma présence en tant que tiers à leurs relations pour justifier auprès d'un usager l'une ou l'autre exigence de nature tout à fait corruptrice. La présence d'une tierce personne était pour les agents une ressource et une manière d'objectiver faussement les exigences à but corruptif auxquelles les abonnés étaient invités à satisfaire. Ainsi, il m'a été accolé tantôt l'étiquette de chef des agents au terrain lorsqu'il était question d'obtenir un arrangement plus favorable avec les usagers qu'ils connaissent bien ; tantôt celle d'avocat ou d'inspecteur juriste de la Direction lorsqu'un chef d'agence cherchait à objectiver un fort montant d'un arrangement avec un usager accusé de branchement frauduleux au réseau. À travers ces différents titres qui m'ont été constamment accolés, j'ai ainsi été amené, bien souvent, à jouer activement le jeu des observés et participer ainsi directement aux négociations corruptrices en cours dans l'une ou l'autre circonstance. Le challenge était pour moi de rencontrer les

⁵⁸ G. BLUNDO, « Décrire le caché autour de la corruption », *op. cit.*, p. 92.

acteurs « là où ils se trouvent, de rester en leur compagnie en jouant un rôle qui, acceptable pour eux, permette d'observer de près certains de leurs comportements et d'en donner une description [...] »⁵⁹. En plus, passer sous silence l'expression « corruption » et présenter la raison de ma présence comme un stage de recherche dans le cadre d'une étude relative aux rapports entre prestataires et usagers du service public de l'eau — ce qui du reste est tout à fait vrai — a contribué à minimiser l'effet perturbateur de ma présence.

En dépassant l'horizon dogmatico-doctrinal qui caractérise la démarche classique de la recherche en droit, l'approche ethnographique permet d'entrer sur le terrain de la mise en œuvre d'un droit — ici le service public de l'eau — et d'y observer les pratiques *a priori* transgressives de ce droit en train de se faire — ici les pratiques de corruption quotidienne. Traditionnellement, la corruption repose sur le consensus quasi universel qu'elle représente un fléau et un mal social qu'il convient de combattre et se traduit par l'adoption d'un arsenal juridique important aux niveaux interne et international qui est en constante évolution et qui opère toujours plus de répression du phénomène. Mais si, malgré tout, la corruption persiste au point de devenir, au-delà des scandales de grandes malversations financières, une modalité ordinaire de vie pour des milliers de citoyens, c'est qu'elle est quand même, au minimum, organisée et que, quelque part, elle remplit une fonction dans les interactions quotidiennes des acteurs notamment autour d'un service public comme celui relatif à l'eau⁶⁰.

Mais comment observer quelque chose qui par définition est caché ? Cela implique d'être sur le terrain et de suivre les acteurs — agents et usagers — de ce service public dans le cours ordinaire de leurs interactions. L'ethnographie, par la description des phénomènes qu'elle autorise, permet de rattraper ce que l'on perd dans une démarche essentiellement réduite aux sources écrites — lois, jurisprudence, travaux de doctrine, etc. En l'occurrence, une pure analyse textuelle tendant à opérer une simple correspondance des faits de corruption au droit ne permet pas d'accéder à la grammaire pratique des acteurs, à leurs modes opératoires et aux registres de justification qui sous-tendent leurs actions. Bien plus, l'accès même aux pratiques des acteurs n'est pas assuré tant les pratiques de « petite » corruption ou de corruption courante de basse échelle qui s'enchaînent dans des routines quotidiennes sont rarement portées à l'attention des organes en charge de l'application de la loi. Colemans et Dupret soulignent à juste titre « qu'en

⁵⁹ E. C. HUGUES, *Le regard sociologique*, cité par F. DIAZ, « L'observation participante comme outil de compréhension du champ de la sécurité : récit d'un apprentissage de l'approche ethnographique pour tenter de rendre compte de la complexité du social », *Champ pénal*, vol. 2, 2005, p. 6.

⁶⁰ N. MIDESO, « Penser la (petite) corruption dans certains pays d'Afrique Subsaharienne : l'apport de l'approche compréhensive », *op. cit.*, pp. 477-505.

s'appuyant sur des matériaux empiriques dépassant les seuls textes législatifs et jurisprudentiels, cette approche [ethnographique] permet de montrer que le raisonnement juridique, loin de n'être qu'un système purement logique et mécanique de qualification de faits en droit, est un processus de part en part moral dont la grammaire peut s'observer en contexte »⁶¹. À ce propos justement, considérer la catégorie juridique de corruption comme un objet ethnographique offre l'avantage de la « remettre en contexte, en pratiques, par ses acteurs dont le cadre est traversé de normes et de procédures qui forment un canevas dans lequel se déploient leurs pratiques et leurs raisonnements »⁶².

⁶¹ J. COLEMANS et B. DUPRET, « Introduction », in J. COLEMANS et B. DUPRET (dir.), *Ethnographies du raisonnement juridique*, Paris, LGDJ, 2018, pp. 7-22, p. 10.

⁶² O. LE MEUR, « L'éclectisme raisonné au service de l'étude du droit : tout est-il bon à prendre ? », in A. AMADO et A. DESPRAIRIES (dir.), *Le tournant des méthodes empiriques en droit ?*, coll. Droit et Société, Paris, LGDJ, 2025, pp. 137-153, p. 153.



Dans les interstices du système répressif en matière de désobéissance civile écologique en Belgique : le point de vue des actrices et des acteurs

par Marie JADOUL*

RÉSUMÉ

Cet article explore le phénomène de la désobéissance civile écologique à l'épreuve du système répressif à partir d'entretiens réalisés avec différents acteur·ices amené·e·s à (inter-)agir lorsque des actions de désobéissance civile écologique sont posées dans l'espace public belge (activistes, legal-teams, avocat·e·s, parquets, fonctionnaires sanctionnateur·ices, juges de fond, police) ainsi qu'à partir d'une observation participante en tant qu'observatrice légale lors d'une action de désobéissance civile écologique en Belgique. Au départ d'un questionnaire portant sur la mobilisation du droit par les acteur·ices dans les actions/affaires de désobéissance civile écologique, cet article met en évidence plusieurs éléments essentiels sur ce que le système répressif fait à la désobéissance civile écologique en Belgique et sur les conséquences et/ou les risques qui en découlent pour les personnes impliquées. Il montre également, en retour, ce que la désobéissance civile écologique fait au système répressif ou comment elle tente d'influer sur celui-ci ou de se positionner face à celui-ci. Enfin, cet article met en évidence que la dissuasion à l'égard de la contestation écologique s'étend parfois « au-delà du système répressif », par l'intermédiaire des médias et des réseaux sociaux.

ABSTRACT (NL)

Dit artikel onderzoekt het fenomeen van ecologische burgerlijke ongehoorzaamheid in confrontatie met het repressieve systeem, op basis van interviews met verschillende actoren die betrokken zijn bij of interageren met acties van ecologische burgerlijke ongehoorzaamheid in de Belgische openbare ruimte (activisten, legal teams, advocaten, parketten, sanctionerende ambtenaren, rechters ten gronde, politie). Daarnaast

* Doctorante et chargée de cours invitée à l'UCLouvain (CRID&P).

L'auteure remercie les personnes interviewées pour leur précieux temps et apports. Les données recueillies ont fait l'objet d'une anonymisation. Ce choix traduit un positionnement éthique et déontologique de la chercheuse par rapport aux personnes rencontrées. L'auteure remercie également le comité d'accompagnement de la recherche pour son soutien, de même que Lucie Nicosia et Jasmien Felix pour leur précieuse aide à la retranscription des entretiens.

is gebruikgemaakt van participerende observatie als juridisch waarnemer tijdens een actie van ecologische burgerlijke ongehoorzaamheid in België. Vanuit een onderzoek naar de manier waarop actoren het recht mobiliseren in acties en rechtszaken rond ecologische burgerlijke ongehoorzaamheid, brengt dit artikel verschillende essentiële elementen aan het licht over wat het repressieve systeem doet met ecologische burgerlijke ongehoorzaamheid in België en over de gevolgen en/of risico's die hieruit voortvloeien voor de betrokken personen. Tegelijkertijd toont het artikel ook aan wat ecologische burgerlijke ongehoorzaamheid doet met het repressieve systeem of hoe het probeert dit systeem te beïnvloeden of zich ertegen te positioneren. Tot slot wordt benadrukt dat de afschrikking van ecologisch protest zich soms "buiten het repressieve systeem" uitstrekt, via de media en sociale netwerken.

ABSTRACT (ENG)

This article examines the phenomenon of ecological civil disobedience 'put to the test by the repressive system' on the basis of interviews with various actors involved in the (inter)action of ecological civil disobedience actions in the Belgian public sphere (activists, legal teams, lawyers, public prosecutors, sanctioning officials, judges, police) and participant observation as a legal observer during an ecological civil disobedience action in Belgium. Starting from a questioning of the mobilisation of the law by actors in actions/cases of ecological civil disobedience, this article highlights some essential elements of what the repressive system 'does' to ecological civil disobedience in Belgium and what consequences and/or risks this entails for those involved. It also tries to show what ecological civil disobedience 'does' to the repressive system, or how it tries to influence or position itself in relation to it. Finally, this article highlights the fact that the deterrence of environmental protest sometimes extends 'beyond the repressive system', through the media and social networks.

INTRODUCTION

Blocages de routes ou de projets extracteurs, jets de soupe au sein de musées, occupations de sites ayant une haute valeur biologique, interruptions d'événements sportifs... Ces dernières années, la désobéissance civile écologique¹ fait

¹ La désobéissance civile consiste dans le fait de transgresser la loi, de façon publique, collective, consciente et non violente dans un but de dénonciation ou de transformation d'une loi ou d'une politique. La désobéissance civile est qualifiée d'« écologique » car elle se déploie dans le contexte de l'urgence écologique ou du dépassement des limites planétaires. Sur la notion de désobéissance civile, voy. not. C. DEMAY, *Le droit face à la désobéissance civile. Quelle catégorisation pour un « objet juridique non identifié »*?, Zurich, Schulthess-Éditions Romandes, 2022, 494 p. Sur la désobéissance civile écologique, voy. M. JADOUL, « La désobéissance civile dans le contexte de l'urgence écologique », *Courrier Hebdomadaire, CRISP*, 2024, n° 2609-2610, 64 p.

l'objet d'une résurgence dans les sphères publique, médiatique et judiciaire, et est confrontée au système répressif² en Belgique et dans d'autres pays européens. Depuis l'espace public jusque dans les prétoires des juridictions pénales, des sphères citoyennes aux sphères scientifiques, la désobéissance civile écologique transforme l'impuissance des citoyen·ne·s en stratégie d'action contre les États et les *carbon-majors*³, contribuant à mettre en lumière leur responsabilité et/ou les carences de protection des uns et des autres dans le contexte du dépassement des limites planétaires⁴. En réponse à de telles actions, les activistes écologistes font l'objet, à travers l'Europe, d'une stigmatisation et d'une criminalisation croissantes⁵ de la part des États, notamment dénoncées par le Rapporteur Spécial des Nations Unies sur les défenseurs de l'environnement⁶.

Dans ce contexte, en Belgique comme ailleurs, une constellation d'acteur·ices sont amené·e·s à (inter)-agir, tantôt de façon publique, tantôt « en coulisses », dans une sphère davantage retirée car protégée du regard des citoyen·ne·s. Par « acteurs » ou « actrices », sont ici visé·e·s les activistes écologistes, les *legal teams*⁷ en périphérie des actions de désobéissance civile écologique, les policier·e·s amené·e·s à intervenir dans l'espace public, les avocat·e·s, les magistrat·e·s du parquet et/ou du siège et les fonctionnaires sanctionnateur·ices pouvant administrer des sanctions administratives communales en vertu de la loi du 24 juin 2013 relative aux sanctions administratives communales (ci-après « loi SAC »).

Cet article explore ainsi le phénomène de la désobéissance civile écologique à l'épreuve du système répressif en mobilisant deux méthodes de récolte des

² Cf. not. M. JADOUL, « La désobéissance civile écologique face au système répressif : de l'espace public aux prétoires », *Courrier Hebdomadaire*, CRISP, 2024, n° 2611-2612, 109 p.

³ Le terme *carbon-majors* vise les grandes entreprises, essentiellement privées, du secteur des énergies fossiles (pétrole, gaz, charbon) identifiées comme responsables d'une part majeure des émissions mondiales de gaz à effet de serre. Cf. par exemple : R. HEEDE, *Carbon Majors: accounting for carbon and methane emissions 1854-2010. Methods and Results Report*, Climate Mitigation Service, 7 avril 2014, p. 5, disponible ici : <https://climateaccountability.org/pdf/MRR%209.1%20Apr14R.pdf>.

⁴ *Ibid.* ; voy. également : V. BOILLET et C. DEMAY, « L'exigence d'imminence : examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'aune de deux affaires climatiques suisses », *Rev. trim. D.H.*, 2023, n° 135, pp. 676-697.

⁵ Not. O. BERGLUND et T. FRANCO BROTTTO « Repression of climate and environmental protest is intensifying across the world », *The Conversation*, 23 décembre 2024 ; N. LAKHANI *et al.*, « How criminalisation is being used to silence climate activists across the world », *The Guardian*, 12 octobre 2023.

⁶ M. FORST, « Répression par l'État des manifestations et de la désobéissance civile environnementales : une menace majeure pour les droits humains et la démocratie », [X ?], février 2024, 25 p. Ce rapport met en évidence les différentes formes que peuvent prendre les menaces, la violence, les intimidations, la surveillance, les persécutions, les sanctions, le harcèlement subis par les défenseurs de l'environnement en Europe.

⁷ De façon générale, les termes « *legal teams* » se réfèrent aux groupes d'appui juridique agissant en périphérie [interne ou externe] d'actions de désobéissance civile écologique. Cf. M. JADOUL, « Les *legal teams* agissant en périphérie des actions de désobéissance civile écologique », 2024, article soumis à la revue.

données : d'une part, des entretiens réalisés avec différents acteur·ices amenés à (inter-)agir lorsque des actions de désobéissance civile écologique sont posées dans l'espace public belge ; d'autre part, à partir d'une observation participante en qualité d'observatrice légale⁸ lors d'une action de désobéissance civile écologique ayant rassemblé environ un millier d'activistes en deux endroits du territoire belge en octobre 2024. Au départ d'un questionnement portant sur la mobilisation du droit par les acteur·ices dans les actions et affaires de désobéissance civile écologique, cet article met en évidence plusieurs éléments essentiels sur ce que le système répressif fait à la désobéissance civile écologique en Belgique et sur les conséquences et/ou les risques qui en découlent pour les personnes impliquées. Il tente également de montrer, en retour, ce que la désobéissance civile écologique fait au système répressif ou comment elle tente de se positionner face à celui-ci. Il met en outre en évidence que la dissuasion à l'égard de la contestation écologique s'étend parfois « au-delà du système répressif », par les médias et les réseaux sociaux. Ce faisant, l'article met en lumière les pratiques, les contraintes, mais aussi la marge de manœuvre et les questionnements des acteur·ices au contact de la désobéissance civile écologique en Belgique.

À partir d'un corpus de vingt-sept entretiens réalisés avec des acteur·ices belges, cette contribution vient faire dialoguer les différents acteur·ices, identifiant, d'une part, des points de convergence et, d'autre part, de tensions ou de divergence entre elles/eux. Cette mise en dialogue a par ailleurs été conjuguée à l'observation participante réalisée lors d'une action de désobéissance civile écologique en octobre 2024. Cette contribution est ainsi l'occasion de souligner l'apport de la méthode de recherche empirique en droit⁹ pour mettre en lumière « l'invisible » ou ce qui se cache dans les interstices du système répressif en matière de désobéissance civile écologique en Belgique. La méthode de recherche empirique en droit permet en effet de plonger dans *les profondeurs* de la désobéissance civile écologique et du système répressif, loin des lieux communs, faisant remonter à la surface un matériel empirique au service d'une analyse ancrée sur le terrain.

⁸ Les observateurs/trices légaux/légales « surveillent et rendent compte du respect des libertés publiques, notamment dans le cadre des interventions des forces de l'ordre. Ils couvrent en toute indépendance les manifestations, évacuations de camps de migrants, élections citoyennes et autres événements de la vie publique ». A. RICHARD et A. HERTKORN, « Garantir la protection des observateurs indépendants et l'accomplissement de leurs missions », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, <http://journals.openedition.org/revdh/11723>. Les observateurs légaux ne sont ni des activistes, ni des manifestants. Ils forment un organe indépendant et externe à la manifestation, pouvant objectiver et rendre compte du respect des droits et libertés publiques au sein de l'espace public. Cf. pour les États-Unis : D. EBY et C. PRICE, « Legal Observer Information & Training Guide », pp. 6-7, disponible en ligne à l'adresse : <https://bccla.org/wp-content/uploads/2012/05/20110916-Guide-Olympics-legal-observer-training-manual.pdf>.

⁹ Cf. not. E. BERNHEIM et D. GESUALDI-FECTEAU (dir.), *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques*, Montréal, Faculté de Droit de Montréal, Les Éditions Thémis inc., 2021, 335 p. ; R. CAPPI, « Le réseau brésilien d'études empiriques en droit : récit d'une expérience académique captivante », *Ann. dr. Louvain*, vol. 78, 2018, n° 2, p. 197.

Ainsi, après avoir brièvement exposé la méthodologie utilisée dans le cadre de la conception de la recherche (I), je montrerai d'abord que la dissuasion par l'État belge à l'égard des activistes écologistes ne se joue pas uniquement dans les prétoires des juridictions pénales mais également — et plus essentiellement — ailleurs (II). Je mettrai ensuite en évidence que la dissuasion à l'égard de la contestation, s'invite dans différentes sphères, tantôt publiques, tantôt moins visibles ou « en coulisses » (III). Je soulignerai enfin le fait que les acteur·ices semblent se rencontrer autour du courant de recherche « *Law and Emotions* » lorsque les affaires de désobéissance civile écologique sont judiciairisées (IV). À titre de conclusion, je mettrai en évidence une mise en tension entre les acteur·ices, au croisement entre dissuasion, mobilisation et émotions.

I. MÉTHODOLOGIE

Cet article repose sur des données récoltées par le biais de deux méthodes : d'une part, la réalisation de vingt-sept entretiens semi-directifs avec différent·e·s acteur·ices belges amené·e·s à (inter)-agir dans le cadre d'actes de désobéissance civile écologique ; d'autre part, l'observation participante effectuée lors d'une action de désobéissance civile écologique en Belgique en octobre 2024.

Les entretiens ont été réalisés entre le 19 décembre 2022 et le 7 novembre 2024 avec sept activistes écologistes, six membres de *legal teams* en périphérie d'actions de désobéissance civile écologique, trois avocat·e·s, quatre magistrat·e·s du parquet, quatre juges du fond, deux fonctionnaires sanctionneurs et un·e membre de la police.

Les activistes interviewé·e·s sont francophones. Ils/elles appartiennent (ou ont appartenu) à l'un ou plusieurs des mouvements suivants : *Code Rouge*, *Extinction Rebellion*, *Greenpeace*, *GRACQ* et *Ensemble Zoologique de la Nature*. Les membres des *legal teams* rencontrés sont francophones. Ils et elles appartiennent (ou ont appartenu) à la *Legal Team Collective*¹⁰, une *legal team* bruxelloise agissant en périphérie externe (ou indépendante) des mouvements. Sur les six personnes rencontrées, trois d'entre elles font partie (ou ont fait partie) de *legal teams* agissant en périphérie interne d'un mouvement (tel que *Code Rouge* ou *Extinction Rebellion*). Les avocat·e·s interviewé·e·s sont francophone (un·e) et néerlandophones (deux) et ont tout·e·s trois déjà connu des cas de désobéissance civile écologique judiciairisés. Les magistrat·e·s du parquet interviewé·e·s appartiennent tant au Parquet général (l'un·e étant francophone ; l'autre étant néerlandophone) qu'à un parquet d'un tribunal de première instance du pays (l'un·e dans la partie francophone du pays, l'autre dans la partie néerlandophone du pays). Sur les

¹⁰ Voy. le site internet de la *Legal Team Collective* : <https://legalteamcollective.org/nl/welkom/>.

quatre personnes interviewées, seul·e·s les deux membres des parquets d'instance ont été amené·e·s à se positionner dans des affaires de désobéissance civile (l'un·e écologique, l'autre liée à la migration). Les juges du fond interviewé·e·s sont francophones (trois) et néerlandophone (un·e). Sur les quatre personnes interviewées, seules trois personnes ont été amenées à connaître des affaires de désobéissance civile écologique. Les fonctionnaires sanctionneur·ices rencontrés sont francophones, l'un appartenant à une commune bruxelloise ; l'autre appartenant à une entité régionale ¹¹. Le/la membre de la police interviewé·e est francophone et travaille au sein de la police fédérale (direction générale de la police administrative).

De façon générale, les activistes, les membres des *legal teams* et les avocat·e·s ont été identifié·e·s comme des interlocuteurs·trices de choix soit à partir de cas mis en évidence dans la presse, soit sur la base de contacts noués lors de mon observation participante ¹² au sein d'une *legal team* en périphérie d'une action de désobéissance civile écologique en Belgique au début de la recherche doctorale. Pour les activistes en particulier, l'idée a été d'avoir un échantillon diversifié, tenant compte de leur adhésion à différents mouvements ou collectifs, de manière à refléter une palette large des tendances en matière d'activisme écologique présentes en Belgique (caractère direct et/ou indirect de l'action, objectif de l'action, destinataire principal de l'action, différents types de dommages causés aux biens, vocabulaire utilisé par les activistes pour nommer de tels dommages, publicité donnée à l'acte par ses auteurs) ¹³. Ces trois acteurs ont facilement accepté de me rencontrer. L'accès aux acteur·ices a été facilité par plusieurs éléments : la mise en lien par une connaissance par ailleurs activiste avec la *legal team* en formation d'une action de désobéissance civile de masse en Belgique au début de ma recherche doctorale ; mon expérience antérieure d'avocate en droit pénal, pénitentiaire et droit de la jeunesse et l'existence de liens préalables, ou d'une aisance relationnelle en découlant, avec le milieu des avocat·e·s ; ma présence en tant que chercheuse lors de certains procès de désobéissance civile écologique en Belgique ou lors d'événements organisés par le milieu associatif bruxellois au sens large (conférences, webinaires, etc.) depuis le début de ma recherche.

¹¹ En Belgique, la matière relative à la délinquance environnementale relève de la compétence des Régions. À ce titre, dans le cadre de leurs compétences (environnement, patrimoine naturel, agriculture et bien-être animal), celles-ci sont également susceptibles d'adopter des sanctions administratives dans le cas où une norme viendrait à ne pas être respectée. Toutefois, à ce stade de la recherche, nous n'avons pas eu d'échos sur une éventuelle sanction administrative prise par une Région dans le cadre de faits de désobéissance civile écologique. Les sanctions administratives prises à l'égard des activistes sont communales et non régionales car elles sont liées aux compétences des communes en matière de maintien de l'ordre public (art. 135, § 2, de la Nouvelle Loi Communale) — voy. *infra* ainsi que M. JADOUL, « La désobéissance civile écologique face au système répressif : de l'espace public aux prétoires », *op. cit.*, p. 9.

¹² Sur cette observation participante et la thématique des *legal teams*, Cf. M. JADOUL, « Les *legal teams* agissant en périphérie des actions de désobéissance civile écologique », *op. cit.*

¹³ Cf. la typologie et les critères discutés ici : M. JADOUL, « La désobéissance civile écologique face au système répressif : de l'espace public aux prétoires », *op. cit.*, p. 59.

Concernant les membres des parquets, il n'a pas été simple, au départ, de pouvoir identifier quel·le·s étaient les meilleur·e·s interlocuteur·trices à interviewer dans la mesure où, d'une part, les jugements émanant des juridictions correctionnelles n'indiquent pas le/la membre du parquet présent·e à l'audience et où, d'autre part, plusieurs membres du parquet peuvent être amené·e·s à intervenir à différents stades de la procédure pour un même dossier. Après avoir adressé de nombreux courriels restés sans réponse et eu le sentiment que mes démarches se perdaient dans un dispositif sur lequel je n'avais aucune prise, j'ai finalement obtenu un retour de la part du parquet — à la suite d'un message envoyé au nom d'une personne que je connaissais en raison de mon parcours professionnel antérieur. Une seconde réponse m'a ensuite été transmise, après relance et sur présentation d'un formulaire spécifique demandé par le parquet, dans lequel figuraient mes informations personnelles, le cadre de ma recherche ainsi que les questions précises que je souhaitais soumettre au·à la magistrat·e concerné·e. Les contacts avec les membres du Parquet général ont par contre été plus fluides et biens accueillis par mes interlocuteur·trices.

Concernant les juges de fond, s'il a été aisé de les identifier (les jugements mentionnant leurs identités), il n'a pas été facile de pouvoir les rencontrer, raison pour laquelle j'ai dû multiplier les courriels et souvent insister, parfois en trouvant malgré tout porte close. Sur les quatre personnes interviewées, trois ont été rencontrées physiquement tandis qu'une quatrième a préféré répondre par écrit à mes questions. Pour l'ensemble des juges interviewé·e·s, les garanties d'anonymat et de confidentialité que j'ai mises en évidence en début d'entretien¹⁴ ont constitué un élément important, permettant d'instaurer un climat propice à la confiance. Pour ce qui concerne ceux/celles ayant refusé de me rencontrer, les motifs suivants ont été invoqués : « En tant que juge, je ne peux pas prendre position sur des affaires récemment condamnées, ni prendre une position politique » et « Comme il se doit, j'ai transmis votre question à mes supérieurs. Ils estiment que ma participation n'est pas opportune »¹⁵. Par ailleurs, à une reprise, un·e juge que je devais rencontrer a « oublié » notre rendez-vous. Par la suite, il n'a pas été possible de refixer un rendez-vous, en l'absence de réponse de sa part.

Pour ce qui concerne les entretiens avec les fonctionnaires sanctionneurs, les rencontres ont été rapidement acceptées et planifiées. Ces deux entretiens ont par ailleurs été complétés avec des échanges écrits avec le service juridique d'une autre commune de la capitale.

¹⁴ Avec tous les acteur·trices, chaque entretien a débuté par un bref rappel du contexte de la recherche ainsi que la prise de connaissance d'un formulaire de consentement rappelant notamment les mesures pour garantir l'anonymat et la confidentialité des échanges.

¹⁵ Courriels du 27 avril 2024 qui m'ont été adressés par deux juges du fond.

Au sujet du/de la membre de la police interviewé·e, la rencontre a également pu être rapidement planifiée. En effet, alors que j'envisageais la possibilité de conduire un entretien avec un·e membre de la police dans le cadre de ma recherche, une personne de la police fédérale a pris contact avec moi par mail m'indiquant qu'il/elle avait lu plusieurs de mes articles de recherche et souhaitait savoir quand mon travail final serait disponible. J'ai donc saisi cette opportunité pour solliciter un entretien avec cette personne, d'autant qu'elle était rattachée à un service spécifique, en lien avec la gestion de l'espace public, ce qui m'est apparu comme particulièrement intéressant au regard de mon objet de recherche.

À travers ces entretiens semi-directifs ¹⁶, l'objectif a été de saisir plus finement la posture des acteur·ices, leurs questionnements et contraintes, les contours de leurs champs d'action et leur(s) marge(s) de manœuvre éventuelle(s) ¹⁷. Les entretiens ont été guidés grâce à une grille d'entretien — spécifique à chaque groupe d'acteur·trices —, abordant plusieurs thèmes, qui peuvent être synthétisés schématiquement comme suit : les missions et les manières d'exercer celle-ci ; les risques, les contraintes, les opportunités et les points de tension identifiés ; les perspectives d'évolution et les questionnements ; la place du droit, de la politique criminelle et de l'argumentation ; le rapport au droit et aux autres acteur·ices.

Deux étudiant·e·s, l'un·e francophone, l'autre néerlandophone, m'ont aidée dans le cadre de la retranscription des entretiens ¹⁸. J'ai réécouté chacun des entretiens retranscrits. Par la suite, j'ai analysé les entretiens en m'inspirant de la méthode d'analyse thématique ¹⁹ pour documenter les convergences et les divergences entre les thèmes afin de voir comment ils se recoupent et se rejoignent ou, au contraire, peuvent se contredire, se compléter, se nuancer, etc.

L'observation participante ²⁰ a été menée le 26 octobre 2024, lors d'une des actions de désobéissance civile écologique organisées par le mouvement *Code Rouge* ²¹, visant un *carbon-major* implanté au nord et au sud du pays. L'action

¹⁶ Les entretiens semi-directifs ont permis aux interviewé·e·s de structurer leur pensée autour de l'objet « désobéissance civile écologique », tout en écartant du champ certaines considérations auxquelles ils/elles se laissent « tout naturellement entraîner au gré de [leur] pensée » (par exemple sur le passé, les trajectoires militantes, etc.) et en sollicitant l'approfondissement de points qu'il/elle n'aurait pas suffisamment approfondis. L. ALBARELLO, F. DIGNEFFE *et al.*, *Pratiques et méthodes de recherche en sciences sociales*, Paris, Armand Colin, 1995, p. 61.

¹⁷ Not. L. ALBARELLO, *Apprendre à chercher*, 4^e éd., Bruxelles, De Boeck, 2012, pp. 86-87.

¹⁸ L'étudiant·e néerlandophone a par ailleurs conduit les entretiens en langue néerlandaise.

¹⁹ P. PAILLE et A. MUCCHIELLI, « L'analyse thématique », *L'analyse qualitative en sciences humaines et sociales*, Paris, Armand Colin, 2021, pp. 235-317.

²⁰ Cf. not. F. DIAZ, « L'observation participante comme outil de compréhension du champ de sécurité. Récit d'un apprentissage de l'approche ethnographique pour tenter de rendre compte de la complexité du social », *Champ pénal*, 2005, vol. 2, <http://journals.openedition.org/champpenal/79> ; L. ALBARELLO, *Apprendre à chercher*, 4^e éd., *op. cit.*, pp. 105-107.

²¹ Not. « Des activistes de Code Rouge manifestent au port d'Anvers : la police procède à des interpellations », *La Libre*, 26 octobre 2024.

observée s'est tenue proche du port d'Anvers : des activistes ont bloqué une route menant à l'entrée de la multinationale. Lors de cette action, munie d'un mandat officiel de la Ligue des droits humains, de ma carte d'identité que j'ai à plusieurs reprises exhibée à la police et d'une chasuble fluo portant la mention « *Legal Observer* », je me suis rendue à Anvers avec deux collègues, pour observer l'action et la documenter. Je suis restée — de même que mes collègues — éloignée physiquement du blocage en cours, prenant des photos et filmant l'intervention de la police qui souhaitait déloger les activistes. Je suis restée muette — de même que mes collègues — face aux demandes formulées par deux activistes qui sollicitaient des conseils juridiques, considérant que nous ne faisons pas partie de l'action mais que nous étions présentes pour la documenter de façon extérieure. À l'issue de l'action, quand la police a eu fini d'arrêter l'ensemble des activistes, j'ai été — de même que mes collègues — arrêtée, colsonnée, transportée par bus jusqu'à la caserne d'Etterbeek (Bruxelles), détenue pendant plus de 6 heures puis relâchée à... Leuven²² aux environs de 23 h 30. Du bout des lèvres, un policier nous a indiqué que nous étions toutes trois arrêtées pour « trouble à l'ordre public » car l'autorité administrative (le bourgmestre d'Anvers) lui aurait confirmé la nécessité de nous arrêter. Plus tard dans la soirée, lorsque nous avons été « droppées » à Leuven, c'est-à-dire remises en liberté dans un lieu éloigné tant de l'action que de la détention subie, après avoir été détenues plusieurs heures à Etterbeek (Bruxelles), un policier a dit en justifiant ce *dropping* : « action, réaction. Vous ne vouliez pas de réaction, alors il ne devait pas y avoir d'action »²³.

Enfin, il faut encore mentionner que, bien que cet article fournisse des informations qualitatives précieuses, il présente des limites, notamment l'accent mis sur un seul contexte — celui de la Belgique, le fait que j'ai majoritairement interviewé des personnes francophones pour des raisons matérielles et temporelles (notamment liées à l'accès compliqué à certain·e·s acteur·ices et à mon aisance linguistique limitée en néerlandais).

II. UNE DISSUASION LARVÉE, DIFFÉRENCIÉE ET POLITIQUE

Trois éléments fondamentaux ressortent de mon empirie, tant des entretiens que j'ai eus avec cinq groupes d'acteur·ices au sujet de ce que le système répressif fait à la désobéissance civile écologique en Belgique, que de l'observation participante

²² Entre Anvers et Etterbeek, il y a environ 51 kilomètres (50 minutes) et entre Etterbeek et Leuven, environ 30 kilomètres (30 minutes). Entre Etterbeek et Anvers (lieu où nous avons laissé notre voiture), il y a 63 kilomètres (1 h 00).

²³ L. BREYER, M. JADOUL et L. TEPPER, *Rapport des observatrices légales mandatées par la Ligue des Droits Humains dans le cadre de l'action de désobéissance civile du Mouvement « Code Rouge » du 26 octobre 2024*, inédit, p. 20.

du 26 octobre 2024. La dissuasion actuellement exercée par l'État belge à l'égard des activistes écologistes est larvée (dans le sens de discrète, latente, voy. *infra*) d'une part (A) et différenciée et politique d'autre part (B).

A. Une dissuasion larvée

Si des tentatives (avortées ou non) de dissuasion, d'intimidation et/ou de stigmatisation à l'égard des activistes écologistes et des impacts en termes de criminalisation de l'activisme écologique ont pu être mises en évidence en Belgique par plusieurs études²⁴, la teneur et l'ampleur de ce phénomène restent largement inexplorées. Les entretiens réalisés avec les acteur·ices montrent que la tentative de dissuader les activistes écologistes s'exprime de façon relativement discrète en Belgique par rapport à d'autres pays européens²⁵ — loin de la scène médiatique et des prétoires des juridictions pénales. Ainsi, loin de se matérialiser par une peine sévère ou « exemplaire » prononcée par une juridiction pénale à l'égard des activistes écologistes²⁶ puis relayée à grande échelle par les médias ou les réseaux sociaux, la dissuasion se manifeste en Belgique par une répression administrative²⁷ larvée ou qui n'apparaît que difficilement au grand jour.

En termes d'impacts sur l'activisme climatique, cette répression administrative comporte toutefois un effet de dissuasion fort (« *chilling effect* ») comme l'exprime ainsi un·e de nos interviewé·e·s : « les SAC [sanctions administratives communales] c'est grave, parce que c'est des sous et qu'on a de moins en moins de sous. Et que tout le monde n'a pas des parents pour payer, sûrement pas »²⁸.

²⁴ Not. B. VISSER et B. PALI, « We feel that warm breath in our necks': experiences and impacts of criminalisation of environmental activism in Belgium », *Justice, Power and Resistance*, 2024, pp. 1-17, DOI : 10.1332/26352338Y2024D000000030 ; M. JADOUL, « La désobéissance civile écologique face au système répressif : de l'espace public aux prétoires », *op. cit.*

²⁵ Cf. not. M. FORST, « Répression par l'État des manifestations et de la désobéissance civile environnementales : une menace majeure pour les droits humains et la démocratie », *op. cit.*

²⁶ Comme cela peut être le cas par exemple au Royaume-Uni (cf. la condamnation de deux jeunes femmes de 23 et 22 ans appartenant à *Just Stop Oil* à, respectivement, deux ans de prison et 20 mois de prison pour avoir jeté de la soupe sur la vitre de protection du tableau de Van Gogh « Les tournesols » ; ainsi que la condamnation de cinq militants écologistes à des peines comprises entre quatre et cinq ans de prison pour avoir organisé le blocage du périphérique de Londres en novembre 2022). À ce sujet, cf. les rapports de M. Forst à consulter sur le site : <https://unece.org/environmental-policy/public-participation/press-releases-and-public-statements> ; CLIMATE RIGHT INTERNATIONAL, *Climate Protesters Report. On Thin Ice. Disproportionate responses to climate change. Protesters in democratic countries*, septembre 2024, <https://cri.org/reports/on-thin-ice/>.

²⁷ En application de l'article 135, § 2, de la Nouvelle Loi Communale visant la compétence de police générale dont sont investies les communes pour assurer le maintien de l'ordre public matériel comprenant la sécurité (ou sureté selon les termes de la loi) publique, la salubrité publique et la tranquillité publique. Cf. P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 571 et s., « police communale » ; A. VASSART, *Police administrative et maintien de l'ordre public*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 18 et s.

²⁸ Entretien avec un·e activiste du 21 décembre 2022.

L'ampleur du phénomène est ainsi décrite par un·e avocat·e rencontré·e : « On voit de plus en plus les problèmes des SAC [...] Maintenant, toutes les semaines, on reçoit des dossiers de personnes qui disent “j’ai une SAC, j’ai une SAC, j’ai une SAC...” [...] On ne voit que des SAC pour des activistes. Je n’ai pas de SAC pour d’autres types de clients, ou alors seulement de temps en temps. Mais c’est quand même en général pour les activistes. Et c’est quelque chose qui casse [le mouvement] [...]. C’est un instrument plus important que les poursuites pénales, parce qu’un procureur va quand même réfléchir à deux fois [...], alors que les SAC, cela ne leur coûte rien, alors que ça coûte très fort au mouvement ». Il/elle évoque en particulier le cas du collectif « *Doe Deurne Dicht* » qui se mobilise contre l’aéroport de Deurne²⁹ (Anvers) en ces termes : « c’est un groupe [...] qui veut que cet aéroport ferme parce qu’en fait il y a beaucoup de vols privés [...] donc un avion pour deux personnes quoi [...] et donc ils se mettent là symboliquement à 4 ou 5, même pas sur la voie, mais juste à l’entrée de l’aéroport avec des petites pancartes... Maintenant ils reçoivent des SAC à chaque fois, mais donc si t’es là toutes les semaines, c’est chaud quoi, tu payes par semaine, tu risques de payer jusqu’à 500 € »³⁰. Dans ce contexte, il arrive que les *legal teams* agissant en périphérie des actions de désobéissance civile écologique soutiennent juridiquement les activistes inquiétés par l’administration, comme l’indique cet·te interviewé·e : « pour les SAC, [...] on va relire la contestation, on va les aider bénévolement »³¹. Ce faisant, les *legal teams* participent à une mobilisation du droit en aval des actions de désobéissance civile écologique et constituent un intermédiaire essentiel entre les activistes et les avocat·e·s, réorientant le cas échéant les premier·e·s vers les second·e·s en cas de recours en appel devant le tribunal de police³².

Une telle dissuasion, qui s’exprime par l’intermédiaire d’une addition de sanctions administratives communales — une sanction par infraction et par individu en contravention au règlement de police communale —, peut s’avérer extrêmement coûteuse pour le mouvement. Pour rappel en effet, le montant d’une SAC peut s’élever jusqu’à 500,00 euros par infraction³³.

²⁹ Ce collectif dénonce notamment le fait qu’« en 2022, environ 72 % des mouvements aériens à destination et en provenance de Deurne étaient des vols intérieurs » et que « l’aéroport s’est étendu illégalement sur des terrains désignés comme terres agricoles », une procédure judiciaire étant toujours en cours. Cf. <https://www.doedeurnedicht.be/>.

³⁰ Entretien avec un·e avocat·e néerlandophone du 7 novembre 2024. D’autres entretiens avec les avocat·e·s mettent en évidence le coût peu élevé des SAC qui comporte un effet dissuasif d’intenter un recours en appel (entretiens des 24 mars et 14 avril 2023).

³¹ Entretien avec deux membres de la *Legal Team Collective* du 23 avril 2024.

³² Le tribunal de police se prononce sur la légalité et la proportionnalité de la sanction. A. VASSART, *Police administrative et maintien de l’ordre public*, op. cit., p. 144 ; pour un exemple de contentieux contre des SAC visant les activistes écologistes, cf. M. JADOU, « La désobéissance civile écologique face au système répressif : de l’espace public aux prétoires », op. cit., pp. 43-48.

³³ Loi du 11 décembre 2023 modifiant notamment la loi du 24 juin 2013 relative aux sanctions administratives communales, *M.B.*, 29 décembre 2023.

Par ailleurs, les SAC sont prononcées par un·e fonctionnaire sanctionnateur·trice³⁴ — qui appartient à une administration (qui elle-même peut être sujette à des pressions émanant de la majorité politique locale)³⁵, cela mettant en lumière un potentiel écart entre théorie et pratique en matière d'indépendance/impartialité du fonctionnaire sanctionnateur·trice. D'autant que les SAC sont perçues au niveau local par l'administration et nourrissent les caisses de la commune et de son projet politique en particulier. À cet égard, il semble que ce soit bien une autonomie communale par le biais de la répression qui soit en jeu³⁶.

En ce sens, une telle dissuasion par la voie administrative pose également question au regard de la (faible) qualité des garanties offertes aux citoyen·ne·s en termes de respect du droit à un procès équitable³⁷. En effet, là où, en matière pénale, l'autorité qui poursuit (le procureur du roi) et celle qui juge (le juge du fond) sont dissociées, en matière administrative, c'est la même personne qui effectue ces deux tâches (à tout le moins dans un premier temps). Par ailleurs, là où en matière pénale les principes de présomption d'innocence et de respect des droits de la défense imposent de discuter de la culpabilité avant de punir, c'est généralement l'inverse qui se produit dans les faits en matière administrative : on

³⁴ Au niveau local, la commune établit les règlements de police communale par l'intermédiaire du Conseil communal (pouvoir législatif) en application de l'article 119 de la Nouvelle Loi Communale et peut les assortir de sanctions pénales ou administratives. Elle constate ensuite les infractions par l'intermédiaire d'agents (fonctionnaire de police, agent de police ou garde champêtre) sous la hiérarchie du Collège communal (pouvoir exécutif) — article 21 de la loi SAC. Elle poursuit et sanctionne en outre par le biais du/de la fonctionnaire sanctionnateur·trice (pouvoir répressif) et perçoit le montant de l'amende (service de perception des SAC). Cf. D. RENDERS, *Droit administratif général*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 126 et s., n^{os} 211 et s.

³⁵ Cf. S. GOTELAERE, E. SCHILS et A. JONCKHEERE, « La médiation locale, une très variable alternative aux sanctions administratives communales », *Justice et Sécurité*, juin 2022, n^o 19, p. 6 : « le fonctionnaire sanctionnateur peut être perméable aux enjeux communaux, a fortiori s'il est fonctionnaire communal ».

³⁶ D. TATTI, « Les sanctions administratives communales à Bruxelles à l'épreuve de la crise de la Covid-19 », *Brussels Studies*, n^o 180, 2023, <https://doi.org> ; M. JADOUL, « La désobéissance civile écologique face au système répressif : de l'espace public aux prétoires », *op. cit.*, p. 47.

³⁷ Article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La CEDH considère que la nature administrative d'une infraction est non relevante pour exclure l'application de l'article 6 CEDH. Une sanction administrative peut donc entrer dans le champ d'application de l'article 6 CEDH de par son caractère pénal. Selon la jurisprudence de la Cour, trois éléments permettent d'apprécier le caractère d'accusation en matière pénale d'une mesure ou sanction administrative (critères « Engel », cf. Cour eur. D.H., 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, § 82) : sa qualification en droit interne, la nature de l'infraction (type et nature des effets protégés et existence d'un objectif de dissuasion/répression) et la nature et la sévérité de la sanction. Pour déterminer le caractère dominant de la mesure, la Cour regarde l'intention de l'auteur de l'acte ainsi que le ressenti de la personne qui la subit. Par ailleurs, la décision qui inflige la sanction doit pouvoir faire l'objet d'un recours auprès d'un organe de pleine juridiction offrant les garanties de l'article 6 CEDH. L'enjeu est évidemment de taille : il en va de l'application des garanties des articles 6 et 7 de la CEDH, du principe de légalité, du principe *non bis in idem* et des principes généraux du droit pénal. Cf. A. VASSART, *Police administrative et maintien de l'ordre public*, *op. cit.*, p. 150 ; M. NIHOUL et A. VASSART, « Réflexions autour de l'interdiction temporaire de lieu en matière administrative : nature préventive ou pénale, contours et exécution », *C.D.P.K.*, 2016/3, pp. 368, 375 et 377.

sanctionne d'abord et on discute (éventuellement) ensuite — si contestation il y a³⁸ (ce qui n'est pas systématique car c'est contraignant à plusieurs égards : argent investi, temps, énergie, etc.).

L'un·e des fonctionnaires rencontré·e·s pointera d'ailleurs la problématique de l'impartialité et de l'indépendance du fonctionnaire sanctionnateur·trice³⁹ en ces termes : « la question de l'impartialité, de l'indépendance [du/de la fonctionnaire sanctionnateur·trice] [...] peuvent légitimement être posées [...] C'est vrai qu'on est parfois un petit peu à la limite. On se pose déjà la question aujourd'hui pour les fonctionnaires sanctionneurs, qui ont aujourd'hui pour moi, un rôle de magistrat local, comme un juge de police ou un juge de paix, mais qui effectivement n'obéissent pas à la même hiérarchie ou en tout cas obéissent à une hiérarchie, avec le côté politique qui peut être plus ou moins prégnant selon l'endroit où on travaille »⁴⁰.

La dissuasion exercée par la voie administrative à l'égard des activistes écologistes apparaît ainsi comme larvée — dans le sens où elle est discrète, latente, s'exprime par petits à-coups ou de façon saccadée plutôt que par l'infliction d'un mal unique parfois qualifié d'« exemplaire » à l'égard des activistes écologistes. L'ampleur de ce phénomène est décrite comme potentiellement grande et est *in fine* qualifiée d'impactante par les acteur·ices car elle peut potentiellement dissuader l'activisme écologique. Face à ce phénomène, la solidarité juridique (par l'intermédiaire du travail des *legal teams* et/ou des avocat·e·s) et financière (par le biais de *crowdfundings*) s'organise, ne reposant pas sur un calcul coûts-bénéfices par les activistes mais plutôt sur une rationalité de gestion des risques⁴¹ ici collectivisée.

B. Une dissuasion différenciée et politique

La dissuasion exercée par les autorités belges apparaît en outre comme différenciée et largement politique. En effet, elle est à mettre en lien avec deux éléments fondamentaux, toujours dans une optique d'analyse systémique ou d'un

³⁸ L'article 25, § 2, 2°, de la loi SAC prévoit que le contrevenant a la possibilité d'exposer, par lettre recommandée, ses moyens de défense dans un délai de quinze jours à compter du jour de la notification de l'infraction, et qu'il a, à cette occasion, le droit de demander au fonctionnaire sanctionnateur de présenter oralement sa défense. La convocation n'est dès lors pas systématique mais dépend de la volonté exprimée par le/la contrevenant·e.

³⁹ L'impartialité/l'indépendance du fonctionnaire sanctionnateur n'est pas consacrée dans la loi SAC mais dans un arrêté royal — qui n'a donc pas valeur de loi puisqu'il émane de l'exécutif — cf. art. 4 de l'arrêté royal du 21 décembre 2013 fixant les conditions de qualification et d'indépendance du fonctionnaire chargé d'infliger l'amende administrative et la manière de percevoir les amendes en exécution de la loi relative aux sanctions administratives communales.

⁴⁰ Entretien avec un·e fonctionnaire sanctionnateur·trice du 24 mars 2023.

⁴¹ La rationalité coûts bénéfices postule un être humain rationnel qui calcule les coûts et les bénéfices de ses actes avant de les adopter tandis que la rationalité du risque implique que percevoir une situation comme risquée stimule l'élaboration de stratégies de contrôle. R. DUBÉ et S. LABONTÉ, « La dénonciation, la rétribution et la dissuasion : repenser trois obstacles à l'évolution du droit criminel moderne », *Les Cahiers de droit*, n° 4, pp. 691 et 702.

bout à l'autre de la chaîne répressive. D'une part, cette dissuasion est fondamentalement tributaire des conceptions politiques de l'autorité publique en charge du maintien de l'ordre public au niveau local ⁴². D'autre part, elle est à mettre en lien avec l'existence d'un risque, plus ou moins grand — sans qu'il soit à ce stade possible de le quantifier — que le/la fonctionnaire sanctionneur·trice de l'administration en charge de l'infliction des sanctions administratives communales soit exposé·e ou subisse des pressions de la part du monde politique, notamment au niveau local.

Ainsi, le/la membre de la police interviewé·e dans le cadre de ma recherche pointe clairement une gestion négociée de l'espace public ⁴³ à deux vitesses, les autorités locales (au niveau communal) donnant le ton sur la manière d'intervenir à l'égard des personnes présentes au sein de l'espace public :

« La réaction de la police [...] au niveau de l'aéroport d'Anvers avec ces arrestations "massives, préventives", entre guillemets, [lors de l'action Code Rouge du 16 décembre 2023] ⁴⁴ me paraissent assez étonnantes alors que les agriculteurs ont fait preuve de blocages qui, vraiment ont impacté d'abord l'économie, mais aussi les citoyens qui se sont retrouvés dans des embouteillages. Et donc là, il y a eu une écoute du politique, alors qu'il n'y a pas eu d'écoute politique par rapport à Code rouge ou par rapport à [au conflit social lié à l'entreprise] Delhaize. Donc là il y a un traitement assez différent par les autorités parce que c'est elles qui décident de la façon dont la police intervient, c'est pas tellement la police qui décide. [...] Mais je trouve qu'il y a quand même cette année [2024] par rapport à la gestion policière et aux autorités politiques, il y a [...] un risque je trouve, de faire émerger une gestion policière négociée de l'espace public à plusieurs vitesses avec une espèce de tolérance moi qui ne me dérange pas, mais je veux dire pourquoi pour cette revendication là ou ces acteurs là et pourquoi pas pour les autres ? ».

Cette gestion de l'espace public « à deux vitesses » cristallise la question du caractère différencié de la dissuasion exercée par l'État à l'égard des manifestant·e·s présent·e·s au sein de l'espace public ⁴⁵. Elle a pour conséquence d'entraîner tantôt

⁴² Pour rappel, le bourgmestre est chef de la police administrative sur le territoire communal et, en matière de police administrative, le chef de corps de la police est placé sous l'autorité du bourgmestre.

⁴³ Au sujet de la doctrine de gestion négociée de l'espace public en lien avec la désobéissance civile écologique, Cf. M. JADOUL, « La désobéissance civile écologique face au système répressif : de l'espace public aux prétoires », *op. cit.*

⁴⁴ Cf. « Les activistes de Code Rouge ont mené des actions dans les aéroports de Liège et Anvers », 16 décembre 2023, *RTBF*, <https://www.rtbf.be/article/les-activistes-de-code-rouge-ont-mene-des-actions-dans-les-aeroports-de-liege-et-anvers-11301999>.

⁴⁵ Cf. égal. B. VISSER et B. PALI, « We feel that warm breath in our necks': experiences and impacts of criminalisation of environmental activism in Belgium », *op. cit.*

une tolérance à l'égard des un·e·s (par exemple les agriculteur·trices)⁴⁶, tantôt une répression à l'égard des autres (les activistes écologistes)⁴⁷, étant en partie dépendante des conceptions politiques de l'autorité publique en charge du maintien de l'ordre au niveau local, comme le rappelle un·e avocat·e interviewé·e :

« Je pense qu'il y a des lieux où ils sont plus sévères que d'autres. [...] Je pense que c'est une question de différence entre la Wallonie et la Flandre parce qu'en Flandre il y a les partis de droite qui sont de plus en plus au pouvoir et que cela a un effet du coup sur les bourgmestres et la façon dont les policiers interviennent [...] c'est plutôt des conceptions politiques, pas liées à la langue mais liées à la politique »⁴⁸.

À cet égard, à nouveau, la qualité des garanties légales offertes par la voie administrative aux citoyen·ne·s au regard du droit à un procès équitable (incluant celles relatives à l'indépendance/impartialité du fonctionnaire sanctionneur·trice en charge de l'infliction d'une sanction administrative communale) paraissent bien maigres pour être à même de contrer ce phénomène — qui engendre une application différentielle de la loi, particulièrement prégnante en matière de désobéissance civile écologique. En ce sens, l'un·e de nos interviewé·e·s évoque un terreau juridique fertile pour que les choses se détériorent, indiquant que la question qui se pose est en réalité bien plus politique que juridique :

« En tout cas, il y a le terreau fertile juridique pour que ça puisse ne pas bien se passer [...]. Et ça va dépendre beaucoup aussi de l'évolution de notre monde politique, tant qu'on a un monde politique qui reste démocratique, ouvert, et cetera, ça se passera bien. Mais le jour où l'extrême droite pourrait être au pouvoir, avec évidemment à sa solde alors une administration, on pourrait avoir un traitement qui soit beaucoup plus dur et donc c'est aussi ça pour moi une des questions, c'est plus politique que juridique tout ça [...] Dans un sujet comme celui-là, qui est éminemment politique, il y a peut-être en germe un souci potentiel de pression dans le futur, parce que c'est un sujet très sensible pour les politiques, ça risque de faire du bruit dans la presse. Et là, ils sont encore plus sensibles. Et, et donc, on a peut-être là, en germe, des soucis potentiels pour nous dans le futur »⁴⁹.

⁴⁶ Cf. par exemple : « Colère du monde agricole : la grogne monte d'un cran, Bruxelles paralysée au moins jusque 17 h 00 jeudi », *RTBF*, 1^{er} février 2024, <https://www.rtbf.be/article/colere-du-monde-agricole-la-grogne-monte-d-un-cran-bruxelles-paralysee-au-moins-jusque-17h-ce-jeudi-11322349>.

⁴⁷ En ce sens, not. K. VERSTREPEN (Liga voor Mensenrechten), J. VAN LATHEM (LABO vzw) et W. DE GRAEVE (Amnesty International Vlaanderen), *Ondanks politieke beloftes die het tegendeel beweerden, worden kritische burgers steeds meer de mond gesnoerd met GAS-boetes*, <https://gas-boetes.be/opiniestuk> ; « Activist Thomas Goorden vangt bot in rechtbank na GAS-boete: "Recht om vreedzaam te betogen is niet aangetast" », *GZA*, 7 octobre 2024, https://www.gva.be/cnt/dmf20241007_93273213.

⁴⁸ Entretien avec un·e avocat·e néerlandophone du 7 novembre 2024.

⁴⁹ Entretien avec un·e fonctionnaire sanctionneur·trice du 24 mars 2023.

Cette répression administrative larvée apparaît ainsi comme différenciée (selon les communes), étant localisée essentiellement au nord du pays et plus spécifiquement à Anvers⁵⁰. Elle apparaît également comme politique car, pour reprendre les mots de Vanessa Codaccioni, elle a « la particularité de viser celles et ceux qui entendent remettre en cause l'ordre politique et social ou qui entendent le contester par le biais d'un militantisme aussitôt criminalisé. Ainsi décrite, la répression politique n'est pas seulement l'expression du pouvoir de coercition étatique [...] elle est aussi une entreprise d'élimination de l'opposition qui se déroule parallèlement à la compétition politique conventionnelle ou en est le prolongement brutal et violent. Elle vise alors, à l'extérieur du champ politique [...] en s'appuyant sur des acteur·ices ou des institutions mobilisées à cet effet (police, justice, administration, armée, prison) à ériger la frontière entre ce qui est dicible ou indicible, pensable ou impensable, ce qui se fait et ce qui ne se fait pas en matière de militantisme »⁵¹.

De par son caractère larvé, différencié et politique, la répression des activistes écologistes belges ne fait pas la une des grands journaux, ni ne passionne réellement les médias. Elle n'en reste pas moins le signe que les autorités publiques utilisent une pluralité de tactiques répressives⁵² (tout en relativisant la portée de certaines d'entre elles — dont celle des SAC) pour stigmatiser, intimider, censurer ou faire reculer la contestation écologique. On se situe ainsi au croisement de ce que les Anglo-saxons nomment la *soft repression* et la *smart repression*. La *soft repression* consiste en « la mobilisation [par l'État] de moyens non violents pour faire taire ou éradiquer les idées de l'opposition »⁵³. Le concept de *smart repression* apporte une nuance supplémentaire, étant défini comme « l'utilisation par les autorités de tactiques délibérément conçues pour démobiliser les mouvements tout en atténuant ou en éliminant l'effet de retour [*backfire effect*] »⁵⁴. La *smart repression* repose ainsi sur l'idée que le caractère non violent de la « répression douce » renforce son efficacité, en limitant les risques de *retour de flamme* susceptibles de renforcer le mouvement social ou de discréditer les autorités publiques. En effet, lorsque

⁵⁰ Elle se manifeste ici à l'encontre des activistes écologistes mais également à l'égard des associations des droits humains qui sont pourtant extérieures aux actions de désobéissance civile. Cf. l'observation participante réalisée le 26 octobre 2024 et le rapport en découlant (*supra*) ; ainsi que : « Le président de la Ligue des droits humains arrêté lors d'une action du mouvement Code Rouge », *La libre*, 16 décembre 2023.

⁵¹ V. CODACCIONI, *Répression. L'état face aux contestations politiques*, Paris, Textuel, Petite encyclopédie critique, 2019, pp. 8-9.

⁵² *Ibid.*, p. 61.

⁵³ M. MARX FERREE, « Soft repression: Ridicule, stigma, and silencing in gender-based movements », in C. DAVENPORT, H. JOHNSTON et C. MUELLER (eds), *Repression and Mobilization*, Londres, University of Minnesota Press, 2005, p. 141.

⁵⁴ L.A. SMITHEY et L.R. KURTZ, *Smart Repression. The Paradox Of Repression And Nonviolent Movements*, 2018, <https://works.swarthmore.edu/fac-soc-anth/197>, p. 201.

l'État s'en prend brutalement aux manifestant·e·s, cela se retourne souvent contre lui (si la répression est perçue comme injuste ou disproportionnée), ce qui va potentiellement permettre un renforcement du mouvement. Appliqués au cas belge, les concepts de *soft repression* et de *smart repression* font sens : la répression administrative larvée s'opère en coulisses, ce qui permet à l'État (aux autorités locales) de contourner l'éventuel *backfire effect* lié à une répression plus dure. L'État ne frappe donc pas de manière brutale et visible sur les activistes écologistes (ce qui permettrait sans doute un renforcement du mouvement de justice climatique belge non institutionnalisé), mais il leur offre, par l'intermédiaire des autorités locales, en arrière-scène ou en coulisses, une série de réponses « douces » destinées à les dissuader. Tantôt, ces réactions « douces » prennent la forme d'une *pluie invisible*⁵⁵ et continue de sanctions administratives ; tantôt, elles se matérialisent par un « *dropping* », sans raisons légalement et objectivement démontrées⁵⁶. Au regard de ces éléments, le caractère local de la répression peut être souligné, par rapport à celui exercé par les autres niveaux de pouvoirs (régional, fédéral).

Face à cette répression politique insidieuse, la mobilisation s'organise — financière, juridique, mais pas uniquement — à travers le maillage d'une « communauté de préoccupation et d'action »⁵⁷, « dans la joie » comme le dira cette personne rencontrée : « c'est quelque chose qu'on ne dit pas assez, mais l'activisme c'est quelque chose de joyeux, c'est quelque chose qui crée les communautés »⁵⁸ et pour « garder espoir »⁵⁹. Cette mobilisation, de même que le contenu des entretiens menés avec les activistes, *legal teams* et avocat·e·s, montrent qu'à travers une rationalité fondée sur la gestion des risques (qui est collectivisée), « il serait réducteur d'associer l'expérience concrète de la peine et le fait de renoncer »⁶⁰ aux actions de désobéissance civile écologique. En ce sens, la répression politique s'entend, aux yeux de ces acteur·ices, davantage comme une tentative de dissuasion que comme un facteur de renoncement à l'action.

⁵⁵ À défaut de système d'enregistrement uniformisé de ces sanctions, elles sont largement invisibilisées au sein du système de répression administrative (les sanctions administratives sont comptabilisées localement mais il n'y a pas de système d'enregistrement uniforme à l'échelle nationale) — à la différence du système pénal qui tient des comptes à jour via le casier judiciaire.

⁵⁶ Ces réactions prennent aussi une forme plus dure lorsque l'État procède à l'arrestation d'observateur·trices tout à fait extérieur·e·s à l'action de désobéissance civile écologique en leur faisant subir un menottage, une détention et un « *dropping* » alors qu'aucune infraction n'a été commise.

⁵⁷ Entretien avec un·e activiste du 13 septembre 2023.

⁵⁸ Entretien avec un·e activiste du 13 septembre 2023.

⁵⁹ Entretien avec un·e membre de *legal team* du 23 avril 2024.

⁶⁰ R. DUBÉ et S. LABONTÉ, « La dénonciation, la rétribution et la dissuasion : repenser trois obstacles à l'évolution du droit criminel moderne », *op. cit.*, p. 707.

III. UNE DISSUASION DANS DIFFÉRENTES SPHÈRES

Les entretiens réalisés avec quatre groupes d'acteur·ices (activistes écologistes, *legal teams*, avocat·e·s et membres des parquets) permettent également d'entrevoir que la dissuasion exercée à l'égard de la contestation écologique et sociale s'exerce dans différentes sphères : tantôt la sphère publique, par exemple à travers les médias et les réseaux sociaux (A), tantôt dans des espaces plus institutionnels mais moins visibles, en l'occurrence ceux des parquets (B). En ce sens, la dissuasion exercée peut être comprise comme irradiant parfois « au-delà » du système répressif.

A. Les médias et les réseaux sociaux

Des entretiens réalisés avec les activistes écologistes et les avocat·e·s, il ressort que la dissuasion exercée contre la contestation écologique et sociale s'étend au-delà du système répressif. Ainsi, elle se diffuse notamment par l'intermédiaire de certains médias et réseaux sociaux, étant le reflet d'une opinion publique polarisée et constituant un frein potentiel — mais bien réel — à l'activisme écologique.

Un·e interviewé·e (activiste) mettra en évidence les conséquences concrètes de ce phénomène sur l'activisme écologique en dénonçant la place que tiennent les réseaux sociaux et les médias dans ce cadre : « Cette polarisation se manifeste par un niveau d'agressivité verbale, un niveau d'attaque auprès des activistes climatiques qui est gigantesque et qui traverse toute l'Europe [...] on associe l'activisme climatique au terrorisme qui a tué des gens et qui a ensanglanté Paris, c'est des associations d'idées qui [...] font croire que nous sommes des exclus de la société, que nous sommes dangereux [...] et que tout est permis. Donc ça c'est un élément narratif qu'on retrouve aussi sur les réseaux sociaux [...]. Il suffit de suivre ce que [noms de deux femmes activistes écologistes belges connues en Flandre et en Wallonie] ont eu sur les réseaux sociaux, l'appel au viol, l'appel à l'attaque, l'appel à casser la gueule et ainsi de suite. Donc l'agressivité verbale extrêmement forte qu'on retrouve sur les réseaux sociaux vise [...] à museler la parole [...] ce type d'attaque a aussi des effets sur les personnes et donc a tendance à limiter aussi le droit d'expression des gens, parce que voilà si vous êtes attaqué de manière systématique sur qui vous êtes, ça peut avoir des effets sur vous, ça a des effets »⁶¹. Un·e avocat·e exposera également que les conséquences

⁶¹ Entretien avec un·e activiste écologiste du 13 septembre 2023. Cf. également les discours de certaines autorités publiques liant activisme et terrorisme, ainsi que la littérature en pleine expansion sur la notion d'écoterrorisme (dans les revues liées à la sécurité/les conflits — cf. par exemple : X., « Écologie révolutionnaire », *Cahiers de conflits*, 2024/4, 78 p.). Sur cette notion, voy. pour les États-Unis : L. BUELL, « What is called ecoterrorism », *Journal of Theory and Criticism*, 2009, 16, pp. 153-166 ; pour la France : G. HAYES et S. OLLITRAULT, *La désobéissance civile*, Paris, Presses de Science Po, 2024, pp. 235-241.

de la personnalisation de la lutte climatique parfois entreprise par les médias (par la diffusion de l'identité d'un·e activiste en particulier) aura possiblement des conséquences désastreuses pour elle/lui à long terme : « vu ce qu'on pense des activistes climat aujourd'hui je trouve ça même dangereux pour ces personnes qu'on les affiche aussi clairement dans la presse pour indiquer presque où elles habitent [...] leur identité, leurs enfants [...] la presse ne se gêne pas de faire des portraits des activistes et pour moi ça participe à leur criminalisation »⁶².

Dans ce contexte, un·e autre interviewé·e (activiste) soulignera l'importance de soigner le narratif entourant l'action de désobéissance civile écologique depuis l'espace public (et avant) jusqu'au moment de sa diffusion sur les réseaux sociaux et, dans la même veine, de soigner la relation aux médias, ce afin que le narratif ne puisse ni être déformé ni instrumentalisé par les autorités ou certaines personnalités publiques : « j'ai travaillé sur la communication parce que ça, je pouvais le faire, être en contact avec beaucoup de journalistes. Et puis être en contact avec des personnalités un peu publiques aussi, pour avoir un engagement qu'elles prennent position si jamais il devait y avoir des violences policières. Je voulais vraiment être sûr·e que si ça devait déraiser, ce soit dénoncé pour le niveau de gravité que c'était, de vouloir faire taire des activistes qui protestent paisiblement, ouais, je voulais être sûr·e que le narratif ne soit pas déformé. Chose qui s'était passée en Allemagne [...] en disant "des activistes viennent détruire Hambourg et la police arrive à les maîtriser en quelques heures" »⁶³.

La dissuasion s'exprime ici dans la sphère publique, par l'intermédiaire de certains médias et/ou réseaux sociaux, mettant en exergue la nécessité pour les activistes écologistes de soigner leur rapport aux médias et le narratif entourant leurs actions d'un bout à l'autre de la chaîne répressive. Cette dissuasion met à l'épreuve la capacité des acteurs (activistes, *legal teams*, avocat·e·s) à développer une résilience collective, face aux attaques parfois menées *ad hominem* sur les réseaux sociaux, dont les conséquences irradiant souvent bien au-delà de la simple diffusion sur les réseaux (au niveau familial, professionnel, juridique, financier, psychologique, etc.).

B. Les parquets

Les entretiens réalisés avec deux groupes d'acteur·ices (avocat·e·s et parquets) mettent en évidence que lorsqu'une action de désobéissance civile écologique est judiciairisée, cela ne résulte pas toujours du choix du/de la magistrat·e en charge du dossier au départ. Par ailleurs, lorsque le parquet d'instance est amené à requérir à l'audience devant le tribunal correctionnel, dans certains cas, des

⁶² Entretien avec un·e avocat·e du 24 mars 2023.

⁶³ Entretien avec un·e activiste écologiste du 20 janvier 2023.

pressions émanant de la hiérarchie peuvent survenir à l'égard du/de la magistrat·e concerné·e. Enfin, indépendamment de la judiciarisation, ou non, d'une action de désobéissance civile écologique, les parquets sont parfois également soumis à des pressions émanant du monde politique. Ce faisant, la dissuasion à l'égard de la contestation écologique et sociale s'exerce dans un espace plus institutionnel mais moins visible, à l'abri des regards ou « en coulisses », et est, dès lors, relativement difficilement objectivable et quantifiable.

En ce sens, l'un·e de nos interviewé·e·s (parquet) mettra en évidence ce qui suit au sujet d'un dossier qu'il/elle a connu en matière de désobéissance civile ⁶⁴ : « on [était] vraiment dans de la désobéissance civile mais on est vraiment très mal à l'aise nous en tant que ministère public de soutenir officiellement, en tout cas quand on est à l'audience ce type de propos. [...] Donc j'ai été convoqué par le procureur du roi à [lieu] [...] car il n'était pas content de mon intervention il me demandait de faire appel. Et donc j'ai été à [lieu] je suis resté là près de deux heures, vraiment près de deux heures devant sa porte, sans aucune nouvelle. Il n'est jamais arrivé. J'ai demandé à son secrétariat, il était parti et donc j'ai été à [lieu] pour rien, je ne l'ai jamais rencontré. Je lui avais pourtant fait un rapport par écrit et finalement je n'ai jamais fait appel de cette décision, contrairement à ce qu'il m'avait demandé parce que j'ai considéré qu'il n'y avait pas matière et heureusement c'est un dossier qui s'est éteint de cette manière-là [...] On sent qu'on ne partage pas tous le même point de vue, certainement dans le nord du pays, on est beaucoup plus intransigeant avec l'application de la loi, et avec, je crois, cette marge de manœuvre qu'on doit absolument pouvoir conserver si on veut conserver l'adhésion de la population à des normes de vie, des normes collectives, on doit pouvoir comprendre [...] que dans certaines situations, il y ait une sorte d'écartement de la norme et ce n'est pas pour ça que l'état va tomber en déliquescence me semble-t-il » ⁶⁵.

Si ce genre de cas de figure ne se produit sans doute pas fréquemment, de même que le positionnement de la/du magistrat·e rencontré·e qui ne peut être généralisé, cet extrait montre toutefois qu'il existe un espace privé, largement impénétrable, au sein duquel des rapports de force se jouent pour influencer/tenter de dissuader l'activisme au sens large.

Par ailleurs, un·e avocat·e nous indiquera avoir été interpellé·e par l'attitude du parquet à l'audience dans une affaire de désobéissance civile écologique judiciarisée : « ce qui m'a choqué·e, c'est l'attitude du procureur qui ne requiert pas, qui dit juste “je veux la peine” en une phrase, “je veux une peine de 6 mois” et pour le reste il ne dit rien. C'est qu'en fait apparemment dans le parquet même

⁶⁴ Ce dossier n'est pas un cas de désobéissance civile écologique ou climatique mais en lien avec la migration.

⁶⁵ Entretien avec un membre de parquet d'instance du 3 janvier 2023.

ils n'étaient pas vraiment d'accord [...] le/la procureur·e n'était pas d'accord avec les poursuites et donc ça veut dire qu'il y a un·e autre procureur·e, son/ sa supérieur·e, qui lui a dit qu'il fallait quand même le faire donc c'était quand même aussi assez choquant »⁶⁶. Pourtant, si l'indépendance/le pouvoir d'appréciation du ministère public⁶⁷ connaît certaines limites⁶⁸, lors de l'audience, les membres des parquets retrouvent en principe leur liberté de parole, selon l'adage « la plume est servie mais la parole est libre »⁶⁹.

Enfin, un·e membre du parquet général mettra en évidence ce jour où il/elle a dû résister à des pressions politiques dans le cadre d'une intervention (non liée à une affaire de désobéissance civile écologique)⁷⁰ : « il y avait 1 000 personnes qui s'étaient soudainement installées sur un terrain militaire à [lieu], et nous [le parquet] avons été critiqués de toutes parts parce que nous avons choisi de ne pas intervenir violemment. J'ai reçu des critiques des politiciens "il faut utiliser des canons à eau et des hélicoptères". Ils proposaient toutes sortes de choses »⁷¹.

Ces extraits, issus des propos de deux groupes d'acteur·ices, convergent vers le fait qu'il existe un espace, à l'abri des regards ou « en coulisses », où des pressions/négociations/rapports de force ont lieu au sein ou autour des parquets au sujet de dossiers parfois considérés comme sensibles (tels que ceux des activistes écologistes) — sans qu'il soit toutefois réellement possible de quantifier ce phénomène.

IV. L'OPPORTUNITÉ DE SE RETROUVER AUTOUR DU COURANT *LAW AND EMOTIONS*

Les entretiens réalisés avec trois groupes d'acteur·ices (activistes, avocat·e·s, juges de fond) mettent en évidence l'opportunité d'interroger et de penser dans des recherches ultérieures la désobéissance civile écologique autour du courant

⁶⁶ Entretien avec un·e avocat·e du 7 novembre 2024.

⁶⁷ L'article 151, § 1^{er}, de la Constitution garantit l'indépendance du ministère public, tant dans sa mission de recherche **que** de poursuites individuelles.

⁶⁸ Ainsi, le procureur général et le ministre de la Justice peuvent enjoindre au ministère public de poursuivre un supposé auteur (art. 151, § 1^{er}, de la Constitution belge) et le procureur du Roi est tenu de respecter les directives générales de politique criminelle telles qu'établies selon le prescrit de l'article 143^{quater} du Code judiciaire.

⁶⁹ Cf. not. I. DE LA SERNA, *L'indépendance du pouvoir judiciaire : entre hautes et basses pressions. Rentrée solennelle de la Cour d'appel de Mons*, 1^{er} septembre 2021, pp. 10-11.

⁷⁰ Certains parquets ont un·e magistrat·e de référence « ordre public » ou « police » (point de contact pour la police en cas de manifestations/événements majeurs, qui peut clarifier auprès de la police « les marges de manœuvre politiques du parquet » ; qui peut être éventuellement présent·e sur place en cas d'opérations de maintien de l'ordre et ce, dans l'objectif d'avoir un·e interlocuteur·trice présent·e en cas d'incidents ayant une composante pénale). Cela n'est toutefois pas obligatoire ni ne semble harmonisé entre les parquets.

⁷¹ Entretien avec un·e membre du Parquet général du 28 juin 2024.

« *Law and Emotions* »⁷², au croisement du droit, de la psychologie et de la sociologie. Ce courant de recherche, né dans le monde anglo-saxon et actuellement en pleine expansion dans le monde francophone, étudie la manière dont les émotions peuvent influencer le cadre et le raisonnement juridique, la doctrine et le processus (de décision) judiciaire⁷³. Si, historiquement, les juristes ont eu tendance à concevoir les émotions comme extérieures au droit ou comme des éléments obstacles ou perturbateurs du raisonnement juridique, ce courant remet en cause la dichotomie entre « raison » et « émotions » en montrant que les affects participent pleinement à la compréhension, à l'application et à la production du droit⁷⁴. En ce sens, les émotions sont considérées comme des composantes structurantes et inhérentes à l'expérience judiciaire, se manifestant « chez les juges comme chez n'importe quel être humain » et affectant « toutes les fonctions corporelles, y compris cognitives »⁷⁵. Elles influencent donc la manière dont les acteur·ices — justiciables, avocat·es, juges — perçoivent, interprètent et mettent en œuvre les normes. En résumé, l'idée de ce courant est de dépasser l'opposition entre « rationalité » et « affectivité » pour analyser comment les émotions contribuent à la fabrique de l'intime conviction, à la mise en scène de l'autorité judiciaire et, plus largement, à la production du sens de la norme⁷⁶.

Cette approche trouve un écho direct dans l'analyse du corpus analysé. Les entretiens menés confirment la présence et le rôle des émotions dans les actions et affaires de désobéissance civile écologique. En effet, elles traversent les pratiques des activistes, des avocat·es et des magistrat·es, bien qu'elles soient rarement explicitement reconnues comme telles. Ainsi, le fait de « provoquer l'émotion » (activistes, avocat·es) ou de se laisser affecter par l'émotion (juges du fond) se retrouvent d'un bout à l'autre de la chaîne répressive.

En ce sens, les activistes écologistes mettent en évidence le rôle fondamental du narratif utilisé entourant leur action de désobéissance civile écologique (cf. *supra*), allant pour certain·es jusqu'à dire qu'il faut provoquer une « *Mind Bomb* »⁷⁷ soit, au sens de Bob Hunter, fondateur de Greenpeace, « une image qui provoque un choc collectif dans le monde entier et conduit à l'action »⁷⁸,

⁷² Cf. not. pour la littérature anglophone où le courant a démarré et est davantage installé : S. A. BANDES (ed.), *The Passions of Law*, New York, New York University Press, 2000 ; pour la littérature francophone : L. DUMOULIN et C. VIGOUR, « Émotions, droit et politique. Bilan et perspectives interdisciplinaires », *Droit et société*, 2020, n° 105, pp. 453-472, <https://doi.org/10.3917/drs1.105.0453>.

⁷³ L. DUMOULIN et C. VIGOUR, « Émotions, droit et politique. Bilan et perspectives interdisciplinaires », *op. cit.*

⁷⁴ *Ibid.*, p. 457.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Entretien avec un·e activiste du 13 septembre 2023.

⁷⁸ Cf. K. MATHIESEN, « How to change the world : Greenpeace and the power of the mind-bomb », *The Guardian*, 11 juin 2015, <https://www.theguardian.com/environment/2015/jun/11/how-to-change-the-world-greenpeace-power-mindbomb>.

dans l'objectif d'influencer « les imaginaires » : « [nos actions] visent surtout à avoir une image choc auprès des médias et donc à réveiller l'opinion publique aussi à travers une image choc. Donc je pense que ça c'est extrêmement important pour Greenpeace, c'est concret aussi des images qui influencent les imaginaires »⁷⁹.

Les avocat·e·s, en tant que vecteurs de transmission⁸⁰ entre activistes et juridictions, préparent leurs dossiers avec l'idée de provoquer l'émotion chez les juges du fond : « ces juges ce sont des personnes, ils ont un point de vue, ils ont, même si je crois très bien qu'un juge est indépendant et impartial et neutre dans la théorie, dans la pratique ce sont quand même des personnes avec des convictions politiques [...] ils ne doivent même pas être d'accord avec ce qu'on dit, mais [entendre] que ce qu'on dit est quelque chose d'audible »⁸¹. Ce faisant, ils souhaitent faire comprendre au juge l'enjeu du procès qui n'est pas que juridique mais qui touche également à des questions politiques : « l'importance du débat politique, ou l'importance qu'on donne aux [articles] 10 et 11 [de la CEDH] va naturellement aussi [être] en lien avec l'intérêt général du débat, parce que c'est un débat climatique [...] ça montre au juge pourquoi des activistes sont actifs et pour quelle raison ils ont pris cet engagement et ça joue quand même [...] parce que si tu développes tout l'élément politique ou sociétal, ben le juge va beaucoup mieux comprendre l'enjeu du procès [...] rajouter la politique au procès juridique c'est pas toujours évident non plus parce que les juges des fois ils aiment pas ça, ils disent "mais maître on n'est pas là pour ça on est là pour voir si une loi a été respectée oui ou non ?". Et là tu dois quand même [...] continuer cette explication. Et ça c'est pas toujours apprécié par les juges, mais en réalité, franchement, on voit quand même que ça a beaucoup d'effets sur les juges, si tu expliques pourquoi les gens sont là »⁸².

Du point de vue des juges du fond, les quatre personnes rencontrées ont mis en évidence la crainte que « l'anarchie »⁸³ survienne en cas de décision « trop favorable » à la désobéissance civile écologique, le juge devant par ailleurs rester, pour la majeure partie de nos interviewé·e·s, un·e applicateur·trice de la loi au sens strict, saisi d'infractions pénales⁸⁴. Néanmoins, certain·e·s de nos interviewé·e·s

⁷⁹ Entretien avec un·e activiste du 13 septembre 2023.

⁸⁰ Sur le rôle de vecteurs ou de « médiateurs » des avocat·e·s dans les procès de désobéissance civile écologique, cf. C. DEMAY et M. KRÄHENBÜL, « "I don't Want a Child": An Apolitical Argument in Climate Change Trials in Switzerland », *Journal of Organizational Ethnography*, vol. 12, n° 3, 2023, pp. 267-282.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Entretien avec un·e avocat·e du 7 novembre 2024.

⁸³ *Ibid.* Cela se retrouve également présent dans les entretiens les trois autres entretiens réalisés (22 mars 2023, 29 mars 2023, 25 juin 2024).

⁸⁴ Cela témoigne d'une approche globalement conservatrice des juges interviewé·e·s face à la désobéissance civile lui reprochant « d'être illégale, de créer une incertitude sur la valeur normative des lois, susceptibles d'être remises en cause à tout moment, ce qui mènerait au chaos social et, enfin, d'ériger la contrainte en force politique, appauvrissant ou rendant inutiles les procédures démocratiques ». C. DEMAY, *Le droit face à la désobéissance civile. Quelle catégorisation pour*

nous ont paru pouvoir se laisser affecter par le contenu particulier du dossier qui leur était présenté, l'un·e évoquant que « les questions climatiques sont essentielles et importantes [...] »⁸⁵ et qu'elles imposent de « faire preuve de plus de tolérance »⁸⁶ par rapport au mode d'expression de la désobéissance civile écologique ; un·e autre indiquant qu'il/elle avait été sensible à la démarche des personnes dont il/elle avait à connaître : « ce qui est intéressant en fait, dans ce dossier, c'est qu'ils ont semble-t-il éveillé les consciences au niveau des politiques puisqu'ils ont apparemment obtenu pas mal de choses [...] ils ont semble-t-il travaillé en collaboration avec le politique [...] il y a quand même eu une concertation avec la ville et avec les autorités [...] et je pense qu'à ce niveau-là ça avait l'air assez constructif »⁸⁷. Dans les deux cas, ce qui a été souligné par nos interlocuteur·trice·s, c'est le caractère symbolique des actions concernées et leur rapport « constructif » à la loi. En d'autres termes, plutôt que de constituer une menace pour l'État de droit, les activistes ont été perçus par les juges comme s'insérant dans la société démocratique et comme collaborant avec les acteurs politiques et juridiques au sein de celle-ci, ne revendiquant donc pas être « hors » système.

Une autre question a été centrale pour ce groupe d'acteur·ices. Il s'agit de celle liée à la proportionnalité du dommage découlant de l'infraction : « si demain des militants écologistes décident de crever les pneus de tous les 4X4 qu'ils rencontrent en ville [...] ça me poserait quand même un problème [...] c'est une forme de vandalisme qui a pour victime des personnes privées individuelles qui ne sont même pas des sociétés avec des reins un peu solides. [...] je crois que ça poserait une difficulté [...] maintenant, le curseur juridique est difficile à mettre [...] j'ai presque envie de vous dire, c'est pas du tout juridique, mais tant que ça reste une action militante visible [...] sur le mode potache, vous voyez, ça c'est pour moi un peu le curseur [...] je pense **que en** termes de proportionnalité par rapport aux dommages [...] le même dommage pour un particulier ou pour une grosse société comme Total n'est pas du tout le même [...], c'est une goutte d'eau pour Total donc ça joue quand même je pense. Parce **que ici** elle contribue au péril, parce qu'elle a les reins solides financièrement et qu'elle s'enrichit grâce à la pollution quelque part, donc ça me choque moins »⁸⁸.

Ainsi, les dossiers de désobéissance civile écologique paraissent constituer des dossiers au sein desquels l'émotion ou le fait « de se laisser affecter » peut

un « objet juridique non identifié » ?, *op. cit.*, p. 43, note 18. L'auteure fait référence au travail de Manuel Cervera Marzal (*Les nouveaux désobéissants : citoyens ou hors-la-loi ?*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2013) qui a regroupé en trois catégories les critiques généralement mentionnées à l'égard de la désobéissance civile.

⁸⁵ Entretien avec un·e juge du fond du 18 mars 2024.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Entretien avec un·e juge du fond du 29 mars 2023.

⁸⁸ Entretien avec un·e juge du fond du 18 mars 2024.

jouer un rôle important, tant du côté des activistes et de la défense qui tentent de « provoquer l'émotion » que du côté des juges qui peuvent se laisser affecter par certains aspects du dossier⁸⁹. Ainsi, l'aspect symbolique de l'action, la démarche constructive et/ou le rapport au droit des activistes écologistes de même que la proportionnalité du dommage (au niveau individuel et sociétal) peuvent constituer des facteurs ou des *files invisibles* amenés à guider les juges dans le processus de recherche de vérité.

CONCLUSION

Pour conclure, la méthode de recherche empirique en droit a permis, par le biais de la récolte de la parole des acteur·ices belges au contact de la désobéissance civile écologique, une mise en dialogue fictive et féconde.

Elle a d'abord mis en lumière ce que le système répressif belge *fait* à la désobéissance civile écologique : à savoir le fait que la dissuasion à l'égard des activistes écologistes s'exerce davantage par le biais d'une répression administrative larvée, différenciée — localisée au niveau des communes — et politique qu'au sein des prétoires des juridictions pénales. Elle a ainsi montré le lien entre « désobéissance civile écologique » et « répression », permettant de broser le panorama et la dialectique de cette relation désobéissance-répression d'un bout à l'autre du système répressif, en montrant ce qui se logeait dans les interstices — ou endroits invisibilisés — du système répressif belge. Elle a également permis de révéler que la dissuasion à l'œuvre à l'égard des activistes écologistes s'étend à différentes sphères, tantôt publiques (médias, réseaux sociaux), tantôt institutionnelle et plus discrète (parquets) ; mais aussi qu'elle se loge dans des commentaires haineux postés en ligne, à travers une personnalisation de la lutte climatique entamée par certains médias ou dans la convocation d'un·e magistrat·e du parquet par un·e supérieur·e hiérarchique ; la dissuasion se diversifie, s'étend et rayonne parfois « au-delà du système répressif ».

En outre, l'approche empirique adoptée a permis de visibiliser les effets de la désobéissance civile écologique *sur* le système répressif, ainsi que les interactions complexes qui s'y déploient. Elle a révélé la manière dont ces pratiques contestataires mettent à l'épreuve la capacité des acteur·ices impliqué·e·s à développer des formes de résilience collective. Ainsi, certain·es acteur·ices (activistes, *legal teams*, avocat·e·s) adoptent une rationalité de gestion des risques qui s'exerce collectivement. Ainsi, les entretiens menés avec ces acteur·ices conduisent à interroger la portée effective de la dissuasion, véhiculée notamment

⁸⁹ L. DUMOULIN et C. VIGOUR, « Émotions, droit et politique. Bilan et perspectives interdisciplinaires », *op. cit.*

par une répression administrative larvée, différenciée et politique. En ce sens, la question suivante peut être posée : cette dissuasion atteint-elle ses objectifs (empêcher la réitération des actions) ou contribue-t-elle au contraire à un renforcement de l'engagement militant (plutôt qu'à un renoncement) par la mise en place d'une gestion des risques « joyeuse », collectivisée, incarnée par une véritable « communauté de préoccupation et d'action » ? Par ailleurs, il semble pertinent que d'autres acteur·ices (parquets, fonctionnaires sanctionnateur·ices, police, juges du fond) soient amené·es à développer une réflexion collective et/ou une posture réflexive quant au sens qu'ils et elles donnent à leurs pratiques et à leurs relations avec les autres acteur·ices. Une telle démarche permettrait d'interroger la finalité de leurs interventions, notamment face à des formes de contestation — comme la désobéissance civile écologique — qui mettent à l'épreuve les qualifications ou catégories juridiques et les logiques institutionnelles habituelles. À ce stade, cette réflexion/réflexivité n'est ni systématique, ni institutionnalisée. L'ouverture d'espaces de discussions et de formations, au sein et entre chacun de ces corps, autour de la désobéissance civile écologique, apparaît dès lors opportune : elle contribuerait à renforcer la capacité des acteur·ices du système à s'interroger, à s'adapter, à se transformer et, en ce sens, à développer une forme de résilience et de (re)positionnement collectif face à ces pratiques contestataires.

Enfin, la méthode de recherche empirique en droit a mis en évidence l'intérêt d'approfondir l'étude de la désobéissance civile écologique⁹⁰ à la lumière du courant de recherche *Law and Emotions*. Ce cadre théorique invite en effet à considérer les émotions non pas comme des perturbations ou des obstacles au raisonnement juridique ou judiciaire, mais comme des éléments constitutifs à celui-ci. L'analyse du corpus a révélé que, là où les activistes écologistes et leurs avocat·es cherchaient à « provoquer l'émotion » — en suscitant l'indignation et la reconnaissance de la cause écologique à travers leurs actions —, certain·es juges du fond ont pu être, consciemment ou non, affecté·es par des aspects particuliers des dossiers. Ainsi, l'aspect symbolique des actions (et, en creux, l'absence de dommages matériels causés), le rapport des activistes au droit, ainsi que la question de la proportionnalité du dommage (tant sur le plan individuel que sociétal) sont apparus comme des *files invisibles* susceptibles de guider les juges dans la recherche et la construction de la vérité judiciaire. En ce sens, l'analyse empirique menée contribue, fût-ce partiellement, à « ouvrir la boîte noire »⁹¹ des émotions judiciaires en montrant comment elles peuvent participer, discrètement mais réellement, à la mise en sens des rapports entre légalité et légitimité. Ce faisant, cette contribution invite à considérer les émotions non

⁹⁰ Et plus largement les contentieux liés à la protection de l'environnement.

⁹¹ L. DUMOULIN et C. VIGOUR, « Émotions, droit et politique. Bilan et perspectives interdisciplinaires », *op. cit.* Les autrices font référence à cet égard au travail de Terry A. Maroney, voy. p. 458.

comme des biais du raisonnement juridique ou judiciaire, mais comme des vecteurs de compréhension du rôle social et politique du droit face aux mobilisations écologiques contemporaines. Elle permet ainsi de mettre en lumière les mécanismes — ou *files invisibles* — par lesquels la justice accueille, transforme ou neutralise les émotions suscitées par la mobilisation [et, à sa racine, la cause] écologiques contemporaines.



De systematische rechtspraakanalyse als juridische onderzoeksmethode

Over rechtspraakanalyse op grootmoeders wijze en de meerwaarde van de systematische analyse van rechtspraak voor juridisch onderzoek

door Victor GODART*

SAMENVATTING — RÉSUMÉ — SUMMARY

Dit artikel onderzoekt de beperkingen van traditionele rechtspraakanalyse en pleit voor de toepassing van een systematische benadering. Klassieke methoden missen transparantie en methodologische verantwoording, wat leidt tot mogelijke vertekeningen. Dit artikel stelt een systematische rechtspraakanalyse voor, die transparanter en herhaalbaar is, en daardoor wetenschappelijk betrouwbaarder. De mogelijkheden van deze methode worden geïllustreerd met een onderzoek naar de rechterlijke kwalificatie van gemengde contracten. De systematische aanpak vereist een nauwkeurige verzameling en verwerking van rechtspraak, gebruikmakend van technologieën voor data-analyse. Deze methode biedt een vollediger en genuanceerder beeld van de juridische praktijk, wat bij kan dragen aan de wetenschappelijke validiteit en praktische toepasbaarheid in juridisch onderzoek.

Cet article examine les limites de l'analyse traditionnelle de jurisprudence et plaide pour une approche systématique. Les méthodes classiques manquent de transparence et de justification méthodologique, ce qui entraîne des distorsions potentielles. Cet article propose une analyse systématique de la jurisprudence, plus transparente et reproductible, et donc scientifiquement plus fiable. Cette méthode est illustrée par une recherche sur la qualification judiciaire des contrats mixtes. L'approche systématique comprend une collection et un traitement précis et transparent de la jurisprudence, en utilisant des technologies pour l'analyse des

* Assistent en onderzoeker Universiteit Gent

Centrum voor Verbintenissen- en Goederenrecht

De auteur wil Prof. Dr. Maarten DAMBRE (Universiteit Gent) en Prof. Dr. Frederik PEERAER (Universiteit Gent), alsook dra. Anke VANDER ELST (Universiteit Gent), drs. Dries RONSSE (Universiteit Gent) en de leden van het Empirical Legal Research Lab van de Universiteit Leiden uitdrukkelijk bedanken voor het uitgebreide nazicht en de prikkelende discussies bij de bespreking van een eerdere versie van deze tekst. Daarnaast gaat dank ook uit naar de leden van de *peer review* voor de uitgebreide analyse en zinvolle suggesties ter aanpassing van de laatste versie.

Bij de redactionele herwerking van deze bijdrage werd in beperkte mate gebruikgemaakt van generatieve AI-tools ter ondersteuning van taal, structuur en formulering. De inhoudelijke analyse en conclusies berusten volledig bij de auteur.

données. Cette méthode offre une vision plus complète, nuancée et transparente de la pratique juridique, contribuant ainsi à la validité scientifique et à l'applicabilité pratique de la recherche juridique.

This article examines the limitations of traditional case law analysis and advocates for a systematic approach. Traditional case law analysis lacks transparency and methodological justification, leading to potential distortions. This article proposes a systematic case law analysis, which is more transparent and reproducible, and therefore scientifically more reliable. This is illustrated with a study on the judicial qualification of mixed contracts. The systematic approach involves precise collection and processing of case law, using technology for data analysis. This method provides a more comprehensive and nuanced view of legal practice, thereby contributing to the scientific validity and practical applicability of legal research.

INLEIDING

1. Rechtspraakanalyse is een zinvolle methode om inzichten voor de juridische praktijk op te leveren en onze kennis over de praktische toepassing van rechtsregels te verdiepen. Toch blijkt de klassieke benadering van rechtspraakanalyse steeds minder geschikt om te voldoen aan de huidige wetenschappelijke vereisten voor kwalitatief juridisch onderzoek. Traditioneel rechtspraakonderzoek toont vaak geen of onvoldoende methodologische verantwoording, waardoor onduidelijk blijft welke uitspraken zijn geselecteerd en waarom net deze als relevant worden beschouwd. Dit gebrek aan transparantie en systematiek leidt mogelijk tot een vertekend beeld van de juridische werkelijkheid en riskeert verwerkingsproblemen en subjectiviteit. Daarom wordt in deze bijdrage de nadruk gelegd op de beperkingen van de klassieke rechtspraakanalyse en de nood aan een methodologisch robuustere benadering. We bespreken *infra* de inherente tekortkomingen van de traditionele aanpak en stellen als alternatief een meer wetenschappelijk onderbouwde methode voor: de systematische rechtspraakanalyse. Deze benadering biedt een transparante en herhaalbare manier om uitspraken over het geldende recht te doen en wil bijdragen aan de wetenschappelijke validiteit van juridisch onderzoek. Deze bijdrage biedt verder een aantal praktische richtlijnen en een stappenplan voor een systematische rechtspraakanalyse, geïllustreerd aan de hand van een onderzoek met betrekking tot de rechtspraak betreffende de kwalificatie als gemengde contracten.

De onderzoeksvraag van deze bijdrage luidt aldus: “Hoe kan systematische rechtspraakanalyse methodologisch worden vormgegeven binnen het juridisch onderzoek om de beperkingen van klassieke rechtspraakanalyse inzake toegang, selectie en verwerking van rechtspraak te ondervangen?”

I. THEORETISCHE BESCHOUWINGEN OVER DE ANALYSE VAN RECHTSPRAAK

A. Rechtspraakanalyse op grootmoeders wijze

§ 1. Hoe we klassiek aan rechtspraakanalyse doen

2. De klassieke onderzoeker die (in een publicatie of een doctoraal proefschrift) uitspraken wil doen over het geldende recht, zal traditioneel aan de hand van de formele rechtsbronnen (vnl. wetgeving en rechtspraak) trachten te beschrijven wat het positieve recht is en eventueel hoe het recht beter luidt.¹ Indien de onderzoeker zich in het bijzonder op rechtspraak richt, bestaat het risico dat de selectie en interpretatie van uitspraken mede wordt gestuurd door het beoogde betoog. Dit impliceert niet dat klassieke onderzoekers noodzakelijkerwijs vooringenomen te werk gaan, maar wel dat selectie- en interpretatiekeuzes vaak impliciet blijven en daardoor minder toetsbaar zijn.

In de praktijk wordt uit uitspraken het relevante normatieve uitgangspunt of gedragsvoorschrift gedestilleerd en in het betoog ingepast.² De focus ligt daarbij primair op juridische regels en de interne logica van de beslissing. Rechtspraakanalyse is dus in eerste instantie een descriptieve activiteit die gericht is op het blootleggen van de formele structuur van het recht, om deze vervolgens te systematiseren of in te passen in het gewenste of gekende systeem.³⁻⁴ Rechtspraak is dus niet het gehele recht, maar wel een middel om het recht in het onderzoek tot uitdrukking te brengen, en is dus een noodzakelijke bouwsteen ervan.⁵

Deze benadering van rechtspraak als een vorm van ‘doctrinaire rechtswetenschap’⁶ noemen we *infra* rechtspraakanalyse ‘op grootmoeders wijze’.

¹ Zie ook de definitie bij: SMITS J.M., *The mind and method of the legal academic*, Northampton, 2012, 9-11.

² Hierover gaat ook de bekommernis van VRANKEN: VRANKEN J.B.M., ‘Als een arrest niet bevalt, laten wij het gewoon weg’ in CASTERMANS A.G., HIJMA J., JANSEN K.J.O. e.a. (eds.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Kluwer, 2009, (77) 77-91.

³ Deze benadering is bijzonder geschikt voor het identificeren en evalueren van veronderstelde coherente patronen in de rechtspraak, maar heeft als keerzijde dat verschillen in rechterlijke benadering, motivering of weging van feitelijke elementen doorgaans ondergeschikt worden gemaakt aan de reconstructie van het recht in het licht van de gewenste coherentie. Voor onderzoeksvragen die juist inzicht willen verwerven in dergelijke variatie binnen de rechterlijke praktijk, volstaat deze benadering niet steeds.

⁴ SMITS J.M., *Omstreden rechtswetenschap: over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Boom Juridisch, 2009, 33, nr. 7; TJONG TJIN TAI T.F.E. en VERBRUGGEN P.W.J., ‘Onderzoeksmethoden in de rechtswetenschap. Over pluraliteit en vernieuwing’, *NJB* 2022/1, (4) 4-5.

⁵ De hier beschreven klassieke rechtspraakanalyse wordt niet opgevat als een coherent uitgewerkt theoretisch paradigma met een expliciete epistemologische of methodologische verankering, maar als een wijdverbreide onderzoekspraktijk binnen de doctrinaire rechtswetenschap, waarin theoretische uitgangspunten doorgaans impliciet blijven.

⁶ SMITS J.M., *Omstreden rechtswetenschap: over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Boom Juridisch, 2009, 96-98, nr. 33; TJONG TJIN TAI T.F.E. en VERBRUGGEN P.W.J., ‘Onderzoeksmethoden in de rechtswetenschap. Over pluraliteit en vernieuwing’, *NJB* 2022/1, (4) 4.

3. Uitgebreide rechtspraakanalyses op grootmoeders wijze komen regelmatig voor, en in het bijzonder bij rechtspraakoverzichten en kronieken van rechtspraak zoals in het *Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR)* en de *Revue Critique de Jurisprudence Belge (RCJB)*. Daarin verschijnen al verschillende overzichtsbijdragen over privaatrechtelijke onderwerpen. In die rechtspraakoverzichten wordt voornamelijk gewerkt met casusgewijze besprekingen van gepubliceerde rechtspraak, waarbij de rechtspraak vooral wordt benaderd als kennisbron om uitspraken over het recht te doen. Deze overzichten genieten gezag in de rechtspraktijk en worden geregeld geciteerd.

Hoewel rechtspraakoverzichten kunnen leiden tot waardevolle uitspraken over het geldende recht, moet de onderzoeker zich bewust zijn van de beperkingen die aan deze klassieke analyse van rechtspraak kleven, zowel op vlak van toegang (B.) als op vlak van de verwerking van de rechtspraak (C.).

§ 2. De beperkte toegang tot en verzameling van rechtspraak

4. De algemene toegang tot rechtspraak in België is beperkt door vier factoren die nauw met elkaar samenhangen, namelijk: het ontbreken van een centrale databank, de moeilijkheden om via de griffies van de hoven en rechtbanken rechtspraak te verzamelen, de gefragmenteerde toegang tot rechtspraak via juridische tijdschriften en de selectieve publicatie van de rechtspraak in deze tijdschriften.

Uitgebreide rechtspraakanalyses zijn moeilijk, omdat er geen centrale databank van Belgische rechtspraak bestaat die alle rechtspraak bevat. Voor bepaalde instanties, zoals het Grondwettelijk Hof of de Raad van State, is een exhaustieve analyse van rechtspraak mogelijk, gelet op de hoeveelheid uitspraken en de hoge transparantie- en publicatiegraad ervan in een eigen gecentraliseerde databank. Dit geldt niet voor de rechtspraak van feitenrechters (en overigens ook niet voor het Hof van Cassatie⁷). Deze instanties zijn versnipperd en hanteren eigen methoden voor de verzameling van hun rechtspraak, die niet publiek toegankelijk is. Recente initiatieven, zoals pogingen tot centralisering van rechtspraak in de centrale databank *JustJudgment*, wijzen op een groeiend bewustzijn van deze problematiek, maar hebben tot op heden niet geleid tot een structureel of exhaustief publicatieregime voor feitenrechtspraak. Het bestaan van deze databank biedt een scala aan mogelijkheden voor wetenschappelijk onderzoek⁸, maar is op het ogenblik van schrijven niet operationeel, waardoor het op dit ogenblik niet mogelijk is om

⁷ Het Hof van Cassatie publiceert voornamelijk die arresten die van belang zijn voor de rechtsonwikkeling, of die concrete vraagstukken verduidelijken. Dit is minder dan 30 % van alle rechtspraak van het Hof van Cassatie.

⁸ PEERAER F., 'Transforming legal research: the impact of JustJudgment on the study of case law of the Belgian Judiciary' in dit of navolgend nummer.

op een eenvoudige manier feitenrechtspraak te verzamelen.⁹ Het bekomen van feitenrechtspraak via de griffies bij de hoven en rechtbanken kan een alternatief zijn voor de vergaring van rechtspraak, maar is niet zo evident omdat de onderzoeker voor toegang vaak moet rekenen op *goodwill* van de desbetreffende griffie en de praktische hanteerbaarheid van de interne databank (zie in III.).

Door het ontbreken van een centrale databank en de beperkte toegang tot rechtspraak bij de griffies zijn juridische actoren bij de analyse van rechtspraak beperkt tot hetgeen vrij (*online* en fysiek) te consulteren is. Eerder dan de officiële databanken zijn op vandaag immers vooral commerciële uitgeverijen actief bezig met de publicatie van rechtspraak die zij van individuele rechters, rechtbanken en hoven ontvangen. Die publicaties zijn bovendien *online* achter een *paywall* verscholen, waardoor de toegang ertoe voorbehouden is aan wie een abonnement heeft voor de online databank of wie de tijdschriften fysiek verzamelt.¹⁰ Deze rechtspraak is dus al zeer selectief (per editie van ieder tijdschrift kunnen immers maar een aantal uitspraken worden uitgelicht). Bovendien filtert de redactieraad de rechtspraak zelf ook zonder transparante selectiecriteria. Het doel van de verschillende tijdschriften en redactieraden kan ook anders zijn: voor sommige tijdschriften probeert men eerder anekdotische of bijzondere uitspraken te publiceren, terwijl andere voornamelijk uitspraken publiceren die tegelijk geannoteerd worden. De poel aan juridische uitspraken die ter beschikking van onderzoekers staat, is dus niet exhaustief, maar ook niet representatief.

Bovendien is het belangrijk om op te merken dat die gepubliceerde rechtspraak zeer zelden integraal wordt overgenomen in een tijdschrift, aangezien heel wat elementen uit een vonnis of arrest worden weggelaten omdat tijdschriften slechts beperkt zijn in omvang. Men beperkt de uitspraak vaak tot het deel waarin de toepassing van de rechtsregel wordt verduidelijkt, maar vaak ontbreekt de nodige context. De nadruk ligt ook hier op die ene (vaak strikt juridische) overweging die de meerwaarde duidt van die

⁹ Vgl. de situatie in Nederland, waar de databank rechtspraak.nl voorziet in een betere algemene toegankelijkheid tot de rechtspraak (hoewel ook hier onduidelijk is welke rechtspraak wordt gepubliceerd en welke niet), zie: WIJNTJENS L.A.B.M., 'Het verrichten van een gestructureerde rechtspraakanalyse' in VERBRUGGEN P.W.J. (ed.), *Methoden van systematische rechtspraakanalyse: tussen juridische dogmatiek en data science*, Boom Juridisch, 2021, 30 en in het bijzonder voetnoot 14; VERBRUGGEN P.W.J. en WIJNTJENS L.A.B.M., 'De verantwoording van systematische rechtspraakanalyse', *NJB* 2025/3, (201) 202. Voor een onderzoek met de nadruk op interpretatie (uitleg) naar Nederlands recht aan de hand van deze databank, zie SMEEHUIZEN J.L. en DE HAAN J.P., 'Een empirisch onderzoek naar feitenrechtspraak over uitleg', *NJB* 2020/2569, 11.

¹⁰ Taelman P. en Van Der Haegen M., 'Recht op recht! Publicatie van rechtspraak' in De Vos M., Kéfer F., Humblet P. e.a. (eds.), *De taal is gans het recht: Liber Amicorum Willy van Eeckhoutte*, Wolters Kluwer, 2018, (257) 266-267.

uitspraak. Ook op dit vlak is er dus een filter, en is de gepubliceerde rechtspraak onvoldoende.

5. De klassieke onderzoeker die dus enkel gepubliceerde rechtspraak gebruikt, moet zich er bewust van zijn dat het onderzoek mogelijk beperkt is door de toegankelijkheid en selectiecriteria die gebruikt worden voor de toegang tot het bronnenmateriaal. Dit zou kunnen betekenen dat de onderzoeker slechts een deel van het geheel verzamelt, een vertekend beeld van de rechtspraak krijgt en zelf op die manier een vertekend beeld van de rechterlijke praktijk weergeeft.

Rechtspraakanalyse op grootmoeders wijze geeft helaas vaak geen verduidelijking over de wijze waarop rechtspraak wordt vergaard. Het is niet zozeer verkeerd om onderzoek te beperken tot de gepubliceerde rechtspraak, maar een expliciete duiding, afbakening, alsook een kritische geest bij de vergaring van deze gepubliceerde rechtspraak zijn onontbeerlijk.

§ 3. De beperkte verwerking van de rechtspraak

6. Naast de beperkingen op vlak van toegang waarbij de vraag vooropstond hoe we de rechtspraak *vergaren*, moet nog een andere essentiële beperking geanalyseerd worden, en dat is hoe de rechtspraak in juridisch onderzoek op grootmoeders wijze wordt gebruikt als bron (het *verwerken* van de rechtspraak).

7. Eerdergenoemde rechtspraakoverzichten verwerken grote hoeveelheden rechtspraak, maar laten na te verduidelijken welke rechtspraak verwerkt wordt, en waarom.¹¹ De auteur bepaalt zelf welke uitspraken relevant genoeg zijn om op te nemen uit de verzamelde rechtspraak. De criteria die de auteur hierbij overweegt, worden niet geded. ¹² Verder wordt door de indeling en volgorde van uitspraken het beeld van juridische ontwikkelingen gestuurd, waarbij bepaalde thema's of trends expliciet uitgelicht of juist beperkt zichtbaar gemaakt worden. Ook dit is weer een keuze van de auteur, die een verhaal of stramien weergeeft. Daarnaast kan de auteur ervoor kiezen om bepaalde opmerkelijke uitspraken slechts kort aan te stippen of zeer uitvoerig te behandelen, wat het perspectief op het geheel beïnvloedt.

De auteur maakt dus voortdurend keuzes bij het verwerken van rechtspraak, maar over de wijze van verwerking wordt niet gesproken. Dit maakt dat

¹¹ Dit geldt ook voor proefschriften. Zo onderzocht TIJSSEN 90 proefschriften in Nederland, waarbij hij ondervond dat in meer dan 70 % van die proefschriften rechtspraak werd gebruikt, maar dat in minder dan de helft van die gevallen enige verantwoording werd gegeven van de keuze voor de gebruikte rechtspraak (TIJSSEN H.E.B., *De juridische dissertatie onder de loep. De verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties*, Boom Juridisch, 2009, 81-82 en 183-185).

¹² In een select aantal rechtspraakoverzichten wordt ook gebruikgemaakt van ongepubliceerde rechtspraak, aangegeven door 'onuitg.'. Hiervoor geldt hetzelfde probleem, namelijk dat onduidelijk is hoe deze in de eerste plaats verzameld is (beperkte vergaring) en waarom net die uitspraak is gekozen (beperkte verwerking). Overigens kan de lezer de vermelde uitspraak zelf niet eenvoudig lezen of de uitspraak controleren, waardoor ook hier geen transparantie is.

rechtspraakoverzichten voor advocaten en rechters zeer handig kunnen zijn om bepaalde argumenten en strekkingen in de rechtspraak te onderscheiden, maar ze geven minder overzicht dan ze zelf laten uitschijnen. De keuzes van de auteur blijven zeer arbitrair, zolang ze niet worden geëxpliciteerd.

8. De onderzoeker die bezig is met de analyse van rechtspraak maakt voortdurend impliciete keuzes, waardoor de keuzes voor bepaalde rechtspraak kunnen leiden tot (impliciete) *biases* en vertekeningen. Zo kan er in de context van de verwerking van een rechtspraakanalyse op grootmoeders wijze sprake zijn van bijvoorbeeld *confirmation bias* of de representativiteitsheuristiek.

Een onderzoeker die de rechtspraak analyseert in functie van een breder onderzoek, loopt het risico van *confirmation bias* bij het selecteren en analyseren van rechtspraak. Hierdoor wordt nieuwe informatie verwerkt in het licht van hetgeen men vooraf al kent.¹³ Bij een argumentatieve analyse waarbij een onderzoeker een theorie ontwikkelt over een leerstuk, bestaat daarom het gevaar dat alleen uitspraken worden gebruikt die de geponeerde theorie ondersteunen.¹⁴ Onderzoekers hebben immers (onbewust) de neiging om uitspraken te selecteren die hun standpunt versterken. Rechtspraak die de theorie niet ondersteunt, wordt niet, terloops, of eventueel *contra*, vermeld.¹⁵ De representativiteitsheuristiek betreft de neiging om oordelen te baseren op stereotypische kenmerken, ook wanneer deze statistisch weinigzeggend zijn.¹⁶ In rechtspraakanalyse kan dit zich vertalen in het onterecht veralgemenen van gepubliceerde uitspraken, ondanks het uitzonderlijke karakter ervan. Hierdoor kan van de rechtspraak een onjuist beeld ontstaan. Een onderzoeker die zich enkel richt op gepubliceerde uitspraken (de '1 %'), kan een genuanceerder beeld missen dat blijkt uit ongepubliceerde rechtspraak (de 'overige 99 %').

§ 4. De rol van de rechtspraakanalyse op grootmoeders wijze

9. Op zich zijn de *supra* genoemde beperkingen niet wereldschokkend of onbekend. Om deze beperkingen te verhelpen of eraan tegemoet te komen, wordt evenwel niet veel gedaan, wel integendeel. Hoewel de beperkingen bekend zijn,

¹³ KAHNEMAN D., SIBONY O. en SUNSTEIN C.R., *Ruis: waarom we zo vaak verkeerde beslissingen nemen en hoe we dat kunnen voorkomen*, Nieuw Amsterdam, 2021, 176; PEERAER F. en GOOSSENS E., *Juridisch argumenteren*, Gompel&Svacina, 2025, 90, nr. 107 e.v.

¹⁴ VRANKEN J.B.M., *Asser-serie. Algemeen deel (****)*, Kluwer, 2014, nr. 115.

¹⁵ KOSTENSE L., 'Systematisch literatuuronderzoek', *Law and Method* 2024/2, (1) 2. VRANKEN geeft als mogelijke reden de eerder betogende stijl bij de ontwikkeling en uitwerking van een theorie aan, waarbij men vooral naar een resultaat toewerkt, en (misschien onbewust) minder op zoek gaat naar tegenargumenten, zie: VRANKEN J.B.M., 'Als een arrest niet bevalt, laten wij het gewoon weg' in CASTERMANS A.G., HIJMA J., JANSEN K.J.O. e.a. (eds.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Kluwer, 2009, (77) 86.

¹⁶ TVERSKY A. en KAHNEMAN D., 'Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases', *Science* 1974/4157, (1124) 1124; PEERAER F. en GOOSSENS E., *Juridisch argumenteren*, Gompel&Svacina, 2025, 102-105, nrs. 130-134.

worden ze zelden expliciet gedocumenteerd. VERBRUGGEN en TJONG TJIN TAI verklaren dat door te stellen dat “*de nadruk op het eindproduct, de publicatie, neigt er toe te vergeten wat het proces is waarmee dat product tot stand is gekomen*”.¹⁷ Om het hoofd te bieden aan de voornoemde toegangs- en verwerkingsproblemen, blijkt duidelijk de nood aan een meer systematische en transparante benadering van rechtspraak. Door het ontbreken van systematische rechtspraakanalyses is het vaak onduidelijk in welke mate doctrine de rechtspraktijk daadwerkelijk weerspiegelt. Het gevolg hiervan is dat het voor de rechtzoekende niet mogelijk is om op basis van de doctrine te bepalen hoe het recht in de praktijk wordt toegepast.

10. Dit bemoeilijkt het trekken van systematische conclusies over hoe rechters bepaalde juridische vraagstukken benaderen. Niettemin blijft de traditionele rechtspraakanalyse nuttig en relevant in specifieke situaties en afhankelijk van de gestelde onderzoeksvragen. Deze methode biedt in de eerste plaats een meerwaarde wanneer de gepubliceerde rechtspraak representatief is voor de onderzochte materie. Dit is bijvoorbeeld het geval bij rechtspraak van hogere rechtscolleges zoals de Raad van State of het Grondwettelijk Hof, die vanwege de overzienbare hoeveelheid uitspraken vaak geschikt is voor grootschalige rechtspraakanalyses (maar zelfs wanneer gepubliceerde rechtspraak relatief representatief is, blijven verwerkingskeuzes in klassieke rechtspraakanalyse vaak impliciet, waardoor de controleerbaarheid beperkt blijft). Daarnaast is de rechtspraakanalyse op grootmoeders wijze geschikt voor onderzoeksvragen die zich richten op het illustreren van knelpunten binnen een specifiek juridisch kader of binnen bepaalde onderwerpen, waarin specifieke rechtsregels of casussen worden geanalyseerd met het oog op hun praktische toepasbaarheid.

Tegelijkertijd vraagt juridisch-wetenschappelijk onderzoek dat gericht is op bredere wetenschappelijke of empirische inzichten vaak om een meer systematische en methodologisch transparante benadering.¹⁸ Een dergelijke aanpak is noodzakelijk wanneer de onderzoeksvraag een volledig en genuanceerd beeld van de rechterlijke praktijk verlangt, waarbij een systematische rechtspraakanalyse uitkomst biedt en het onderzoek gericht is op het identificeren van trends en patronen in rechterlijke beslissingen.¹⁹

¹⁷ TJONG TJIN TAI T.F.E. en VERBRUGGEN P.W.J., ‘Onderzoeksmethoden in de rechtswetenschap. Over pluraliteit en vernieuwing’, *NJB* 2022/1, (4) 8.

¹⁸ MEEUSEN B., *Variërende toetsingsintensiteit in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Wolters Kluwer, 2024, 90, nr. 88.

¹⁹ Volgens VERBRUGGEN en WIJNTJENS ontstaat de noodzaak tot expliciete methodologische verantwoording met name wanneer de onderzoeker afwijkt van het klassieke dogmatische ‘olifantenpad’, zoals bij systematische rechtspraakanalyse. Daarmee leggen zij de nadruk op het breukvlak tussen klassieke doctrinaire analyse en empirisch geïnspireerd juridisch onderzoek. Zie VERBRUGGEN P.W.J. en WIJNTJENS L.A.B.M., ‘De verantwoording van systematische rechtspraakanalyse’, *NJB* 2025/3, (201) 201. Deze bijdrage sluit aan bij hun pleidooi voor transparantie, maar vertrekt vanuit een bredere premisse: elke rechtspraakanalyse bevat onvermijdelijk systematische keuzes die epistemisch relevant zijn en dus verantwoording vereisen, ongeacht de gebruikte methode.

De blijvende relevantie van de klassieke rechtspraakanalyse hangt aldus samen met het doel en het beoogde publiek van de bijdrage. Waar de analyse primair gericht is op de duiding en evaluatie van het positieve recht, met het oog op praktische toepasbaarheid of rechtsontwikkeling, kan een selectieve en casuïstische benadering volstaan. Dit geldt in het bijzonder voor vakpublicaties en praktijkgerichte bijdragen, waarin de representativiteit van de rechtspraak minder centraal staat dan de normatieve betekenis van individuele uitspraken.²⁰

Tegen deze achtergrond rijst de vraag hoe rechtspraakanalyse kan worden vormgegeven wanneer het onderzoek niet primair praktijkgericht is, maar beoogt om bredere wetenschappelijke of empirische inzichten te genereren.

B. Naar rechtspraakanalyse op een systematische wijze

§ 1. Hoe kunnen we anders aan rechtspraakanalyse doen?

11. Het tweede deel van dit theoretische luik heeft als bedoeling de onderzoeker een andere methode aan te reiken om tegemoet te komen aan de beperkingen van rechtspraakanalyse op grootmoeders wijze. Daarvoor is een evolutie naar een meer systematische benadering nodig. We kunnen de analyse van rechtspraak immers ook op een wetenschappelijke manier benaderen, waarbij aan de rechtspraakanalyse een systematische en verifieerbare component wordt gekoppeld. Dit wordt ook wel systematische data-analyse genoemd, waarbij de rechtspraak in dit geval de geanalyseerde data is.²¹ Met ‘systematisch’ wordt in deze bijdrage niet bedoeld

²⁰ Wat het onderscheid tussen de rechtspraakanalyse op grootmoeders wijze en de systematische rechtspraakanalyse betreft, knopen we dit aan bij het onderscheid tussen de vakpublicatie en de wetenschappelijke publicatie, dat door de Commissie-STOLKER (Nederland) werd voorgesteld bij de evaluatie van de kwaliteit van de rechtswetenschappelijke publicatie (zie VRANKEN J.B.M., TUSSEN H.E.B., BRÖHRING H.E. e.a., *Oordelen over rechten: Rapport Commissie Voorbereiding Onderzoeksbeoordeling Rechtsgeleerdheid*, VSNU, 2005, 28-29). De keuze voor de klassieke dan wel systematische rechtspraakanalyse hangt nauw samen met het doelpubliek en de functie van de publicatie. Vakpublicaties richten zich namelijk op het toegankelijk maken en toepassen van bestaande kennis voor de praktijk. De doelgroep van vakpublicaties bestaat voornamelijk uit praktijkjuristen die actuele juridische ontwikkelingen doorgrond willen zien en zelf willen kunnen toepassen in hun werk. Wetenschappelijke publicaties hebben voornamelijk tot doel om de verzamelde academische kennis (de zgn. *body of knowledge*) te vergroten. Hier wordt van de onderzoeker verwacht dat hij een originele bijdrage levert, voorzien van een heldere probleemstelling en een methodologische onderbouwing. Dit impliceert dat bij wetenschappelijke publicaties strengere eisen gelden inzake transparantie, reproduceerbaarheid en methodologische verantwoording dan bij praktijkgerichte bijdragen. Het doelpubliek van de wetenschappelijke publicatie is uiteindelijk ook de jurist, maar dit zal voor zijn dagelijkse praktijk misschien minder toepasbaar zijn. Dit onderscheid verduidelijkt waarom de wijze waarop rechtspraak wordt verzameld en geanalyseerd, verschilt naargelang het doel en het publiek van de publicatie, en waarom bij wetenschappelijke bijdragen andere methodologische instrumenten en verantwoordingsvereisten gelden dan bij praktijkgerichte publicaties.

Diverse auteurs bekritisieren het huidige accent op deze indeling, zie voor dit betoog o.a. VAN GESTEL R.A.J. en SNEL M.V.R., ‘Rehabilitatie van de vakpublicatie’, *NJB* 2019/42, (9) 3153-3154.

²¹ Zo bestaat ook systematisch literatuuronderzoek, waarbij literatuur het voorwerp uitmaakt van het systematisch onderzoek. Zie hierover uitgebreider: KOSTENSE L., ‘Systematisch literatuuronderzoek’, *Law and Method* 2024/2, 1-19.

dat de analyse exhaustief of statistisch representatief is, maar dat zij wordt opgezet volgens vooraf vastgelegde, expliciete en controleerbare methodologische keuzes.

Hoewel systematische benaderingen in de rechtswetenschap lange tijd beperkt bleven, tonen recente bijdragen (vooral sinds de toonaangevende bijdrage van HALL en WRIGHT²²) aan dat dergelijke methoden ook binnen doctrinair-juridisch onderzoek vruchtbaar kunnen worden ingezet in een veelheid aan juridische domeinen.²³

Een systematische benadering van rechtspraak richt zich op de mogelijkheid om op een gestructureerde wijze een grote set rechterlijke uitspraken te doorgronden, waarbij zowel tendensen betreffende de inhoud van de beslissing, als de achterliggende redeneringen van de rechters kunnen worden geanalyseerd. In die zin is de systematische rechtspraakanalyse, net als de rechtspraakanalyse op grootmoeders wijze, in eerste instantie beschrijvend van aard.²⁴ Evenwel vereist deze systematische analyse dat verantwoording wordt afgelegd op vlak van de verzameling en de verwerking, zodat het mogelijk is om het gevoerde onderzoek te verifiëren en soortgelijk onderzoek in de toekomst te herhalen. Deze systematische benadering sluit aan bij bredere wetenschappelijke standaarden van transparantie, controleerbaarheid en reproduceerbaarheid van onderzoeksresultaten.²⁵ De in deze systematische rechtspraakanalyse nagestreefde generaliseerbaarheid is analytisch, en niet statistisch van aard. Reproduceerbaarheid heeft hier betrekking op de reproduceerbaarheid van de onderzoeksprocedure, niet op het noodzakelijk identiek zijn van interpretatieve uitkomsten.

Belangrijk is evenwel dat de systematische rechtspraakanalyse niet geldt ter vervanging van de klassieke manier van juridisch onderzoek, maar wel wordt toegepast als aanvulling erop.²⁶ Het onderscheid met klassieke rechtspraakanalyse

²² HALL M. en WRIGHT R., 'Systematic Content Analysis of Judicial Opinions', *California Law Rev.* 2006/96, (63) 63-122. Voor de geschiedenis, zie 67 e.v.

²³ In Nederland werd recent een *case study* uitgevoerd naar 105 recente onderzoeken die de systematische rechtspraakanalyse hadden toegepast. Zie hierover VERBRUGGEN P. en WIJNTJENS L., 'Methodological accountability in systematic case law analysis', *European Journal of Empirical Legal Studies* 2025/1, 2 e.v. Zie ook toonaangevend bv. VANDAELE A.-S., *Procesbelang bij de Raad van State en het recht op toegang tot een rechter*, die Keure, 2019; SCHREPEL T., 'A systematic content analysis of innovation in European competition law', *Eur J Law Econ* 2024/2 (vol. 58), (355) 355-395.

²⁴ VERBRUGGEN P.W.J., 'Methoden van systematische rechtspraakanalyse: een inleiding tot het veld' in VERBRUGGEN P.W.J. (ed.), *Methoden van systematische rechtspraakanalyse: tussen juridische dogmatiek en data science*, Boom Juridisch, 2021, 9.

²⁵ Gelet op de scope van deze bijdrage, wordt niet nader ingegaan op de vereisten van wetenschappelijk onderzoek. Uitgebreider hierover GUBA E.G., 'Criteria for assessing the trustworthiness of naturalistic inquiries', *Educational Communication and Technology* 1981/2, (75) 75-91.

²⁶ HALL M. en WRIGHT R., 'Systematic Content Analysis of Judicial Opinions', *California Law Rev.* 2006/96, (63) 64; SALEHIJAM M., 'The value of systematic content analysis in legal research', *Tilburg Law Review* 2018/1-2, (34) 38. De klassieke rechtspraakanalyse richt zich traditioneel op de normatieve duiding van uitspraken in het licht van het positieve recht, zonder noodzakelijkverwijs te streven naar empirische representativiteit. De onderzoeker stelt met systematische rechtspraakanalyse een grote hoeveelheid uitspraken tegenover elkaar, waarbij het doel is om patronen of ontwikkelingen

ligt daarbij niet in het onderzoeksobject, maar in de wijze waarop kennis over rechtspraak wordt gegenereerd, verantwoord en controleerbaar gemaakt.

12. Om een systematisch aspect aan de rechtspraakanalyse te koppelen, en aldus het verschil met klassieke rechtspraakanalyse concreet te operationaliseren, is het noodzakelijk dat de onderzoeker overgaat tot codering, waarbij uitspraken worden geanalyseerd en gelabeld op basis van gekozen themata of kenmerken. Een ‘code’ is een woord of een korte zinsnede die een inhoudelijke betekenis geeft aan (een deel van) de data.²⁷ Codering is bij uitstek geschikt voor rechtspraakanalyse, omdat zij toelaat om complexe juridische redeneringen systematisch te ontleden zonder de contextuele en argumentatieve elementen te reduceren. Codes dienen om inhoudelijke elementen binnen de rechtspraak, zoals juridische argumenten, feiten en redeneringen te identificeren en categoriseren. Codering fungeert daarbij niet louter als een ordeningsmechanisme, maar als een analytisch instrument²⁸ dat toelaat om impliciete patronen, terugkerende argumentatiestructuren en variaties in rechterlijke motivering systematisch zichtbaar te maken. Door codering expliciet te documenteren, wordt het mogelijk om de analyse door derden te toetsen en te reproduceren.

Om codes te creëren, kan op drie manieren gewerkt worden: inductief, deductief, of een combinatie van beide. De keuze hangt samen met de exploratieve of theoriegestuurde aard van de onderzoeksvraag en wordt in de methodologische literatuur breed besproken.²⁹ Inductieve codering laat de codes ontstaan vanuit de data zelf en is bijzonder geschikt voor exploratief onderzoek, maar het proces is vaak tijdsintensief en vereist dat eerdere coderingen voortdurend heroverwogen worden.³⁰ De onderzoeker vertrekt eigenlijk van een wit blad. Een nadeel van inductieve codering is dat de analyse sterker afhankelijk is van interpretatieve

in die uitspraken te expliciteren. Meer hierover in VERBRUGGEN P.W.J., ‘Methoden van systematische rechtspraakanalyse: een inleiding tot het veld’ in VERBRUGGEN P.W.J. (ed.), *Methoden van systematische rechtspraakanalyse: tussen juridische dogmatiek en data science*, Boom Juridisch, 2021, 10-11.

²⁷ SALDAÑA J., *The Coding Manual for Qualitative Researchers*, SAGE Publishers, 2021, 7.

²⁸ HUBERMAN A. en MILES M., *Qualitative Data Analysis: A Source Book of New Methods*, 1994, 56.

²⁹ *Ibid.*, 58; KENNEDY B.L. en THORNBERG R., ‘Deduction, induction, and abduction’ in FLICK U. (ed.), *The SAGE Handbook of Qualitative Data Collection*, SAGE Publishers, 2018, (49) 50-51. Zie ook WIJNTJENS L.A.B.M., ‘Het verrichten van een gestructureerde rechtspraakanalyse’ in VERBRUGGEN P.W.J. (ed.), *Methoden van systematische rechtspraakanalyse: tussen juridische dogmatiek en data science*, Boom Juridisch, 2021, 32-33. In het overgrote deel van de geanalyseerde onderzoeken wordt weliswaar niet verduidelijkt welke methode werd gebruikt om de coderingen uit te voeren. Zie de ondervinding van VERBRUGGEN P. en WIJNTJENS L., ‘Methodological accountability in systematic case law analysis’, *European Journal of Empirical Legal Studies* 2025/1, 18. Parallel: VERBRUGGEN P.W.J. en WIJNTJENS L.A.B.M., ‘De verantwoording van systematische rechtspraakanalyse’, *NJB* 2025/3, (201) 208.

³⁰ De inductieve methode wordt vaak ook gekoppeld aan de *Grounded Theory*-benadering. Zie CORBIN J. en STRAUSS A., *Basics of qualitative research: Techniques and Procedures for Developing Grounded Theory*, ed. 3, SAGE Publishers, 2008; WEBLEY L., ‘Qualitative approaches to empirical legal research’ in CANE P. en KRITZER H.M. (eds.), *The Oxford handbook of empirical legal research*, Oxford University Press, 2010, (926) 942-943. Een grondige bespreking hiervan valt evenwel buiten het bestek van deze bijdrage.

keuzes van de onderzoeker, waardoor de reproduceerbaarheid beperkter kan zijn. Deductieve codering daarentegen werkt met vooraf bepaalde codes gebaseerd op de geconsulteerde theorie en literatuur, wat efficiëntie biedt. Een bijkomend voordeel van deductieve codering is dat zij de replicerbaarheid van het onderzoek vergroot, aangezien het codeschema vooraf wordt vastgelegd en door andere onderzoekers kan worden toegepast en getoetst. Te zeer vasthouden aan een deductieve methode houdt evenwel het risico in dat onverwachte inzichten worden gemist. In juridisch onderzoek dat zowel theoretische verankering als empirische openheid nastreeft, wordt daarom vaak gekozen voor een gecombineerde benadering. Een gecombineerde benadering tracht dit spanningsveld te overbruggen door enerzijds gebruik te maken van theoretisch verankerde codes, en anderzijds ruimte te laten voor categorieën die rechtstreeks uit de rechtspraak zelf naar voren komen.

In de klassieke rechtspraakanalyse gebeurt de analyse van uitspraken vaak impliciet en narratief gestructureerd rond het betoog van de auteur. De onderzoeker leest uitspraken, selecteert passages die relevant zijn en verwerkt deze in een betoog, zonder expliciete analysekaders of vooraf vastgelegde categorieën. Hoewel deze werkwijze in de praktijk vaak inductief is, blijft zij methodologisch on(der)bepaald. Systematische codering maakt deze analysekaders expliciet en controleerbaar, waardoor beter zichtbaar wordt welke elementen in de rechtspraak daadwerkelijk terugkeren en welke niet.

§ 2. Van beperkingen naar methodologische ontwerpprincipes

13. De beperkingen van de klassieke rechtspraakanalyse kunnen niet worden opgeheven door louter meer rechtspraak te raadplegen, maar vereisen een methodologische heroriëntatie. In essentie gaat het om twee samenhangende aandachtspunten: de nood aan een expliciete en verantwoorde wijze van rechtspraakverzameling en het bewust omgaan met de fragmentarische en selectieve aard van gepubliceerde rechtspraak (met daarbij de mogelijke rol van ongepubliceerde rechtspraak).

14. Een eerste vereiste van systematische rechtspraakanalyse is dat de wijze waarop rechtspraak wordt verzameld en geselecteerd, expliciet wordt verantwoord. Dit vereist dat de verzameling en selectie van uitspraken nauwgezet worden gedocumenteerd op basis van vooraf vastgelegde criteria. Hierbij zijn transparantie en verifieerbaarheid van cruciaal belang om wetenschappelijke objectiviteit en consistentie in de verzameling te waarborgen.

Door een zorgvuldige verantwoording van de gehanteerde verzamelingsmethode (met inclusie- en exclusiecriteria) kan een onderzoeker systematische rechtspraakanalyse verrichten zonder dat *alle* beschikbare rechtspraak over een bepaald onderwerp in beschouwing wordt genomen, zolang de onderzoeker maar transparant is over de gemaakte keuzes. Deze werkwijze kan bijvoorbeeld zinvol zijn voor de eerdergenoemde rechtspraakoverzichten. De auteur kan in een dergelijk geval

meegeven dat het onderzoek beperkt is tot gepubliceerde rechtspraak, met de criteria op basis waarvan is gezocht in de bestaande databanken. Als het overzicht beperkt wordt tot hetgeen gepubliceerd is, is er dus op zich geen probleem van rechtspraakverzameling. Dit onderstreept dat het criterium ‘volledigheid’ slechts betekenis krijgt binnen een vooraf gedefinieerd onderzoeksobject: “*Volledigheid is onbepaald en onbegrensd, zo lang men niet aangeeft waarover men volledig moet zijn.*”³¹ Zonder een duidelijke afbakening van wat er precies geanalyseerd of beoordeeld moet worden, is het onmogelijk om vast te stellen of iets volledig is.

15. Voortbouwend op het belang van expliciete codering, onderscheidt systematische rechtspraakanalyse zich verder doordat ook de analyse van rechtspraak als zodanig wordt verantwoord en gedocumenteerd. Door vooraf analysekaders te formuleren en keuzes te verantwoorden, wordt het risico op vertekening, met inbegrip van selectiebias, verkleind. Afwijkende of niet-conforme uitspraken worden niet gemarginaliseerd, maar maken deel uit van de analyse en vergen expliciete duiding.

16. Samenvattend kan van een systematische rechtspraakanalyse slechts sprake zijn indien het onderzoeksobject en de doelstelling expliciet worden afgebakend, de rechtspraak volgens reproduceerbare criteria wordt verzameld, alle inclusie- en exclusiecriteria worden verantwoord, een transparant analysekader (zoals een codeerschema) wordt gehanteerd, en beperkingen en keuzes expliciet worden gerapporteerd. Deze ontwerpprincipes maken duidelijk dat systematische rechtspraakanalyse geen inhoudelijke breuk met de klassieke methode inhoudt, maar een andere wijze van omgaan met rechtspraak veronderstelt.

§ 3. De rol van de systematische rechtspraakanalyse

17. De systematische rechtspraakanalyse is geen doel op zich, maar een methodologisch instrument dat toelaat om rechtspraak op een transparantere, controleerbare en reproduceerbare wijze te analyseren.³² Wat is de meerwaarde er nu van voor de onderzoeker? De systematische rechtspraakanalyse is als koken volgens een duidelijk recept, terwijl grootmoeder eerder op gevoel kookt. Grootmoeders gerechten zijn vaak heerlijk, maar haar aanpak is moeilijk te herhalen, omdat ze haar keuzes niet precies documenteert. De systematische aanpak legt daarentegen elk ingrediënt, elke hoeveelheid en elke stap uitdrukkelijk vast, zodat het gerecht reproduceerbaar is en door anderen nagekeken en herhaald kan worden. De meerwaarde van deze benadering ligt niet in de uitsluiting van intuïtie of ervaring, maar in het expliciteren ervan, zodat zij wetenschappelijk toetsbaar wordt.

³¹ VRANKEN J.B.M., ‘Als een arrest niet bevalt, laten wij het gewoon weg’ in CASTERMANS A.G., HJMA J., JANSSEN K.J.O. e.a. (eds.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Kluwer, 2009, (77) 91.

³² PEERAER F. en VAN GESTEL R.A.J., ‘Systematische jurisprudentieanalyse als uitdaging voor onderwijs en onderzoek’ in VERBRUGGEN P.W.J. (ed.), *Methoden van systematische rechtspraakanalyse: tussen juridische dogmatiek en data science*, Boom Juridisch, 2021, 191.

II. PRAKTISCHE BESCHOUWINGEN OVER SYSTEMATISCHE RECHTSPRAAKANALYSE

A. Onderzoek aan de hand van de systematische rechtspraakanalyse

18. Hierna wordt nader ingegaan op de praktische kant van het voeren van een systematisch rechtspraakonderzoek met aandacht voor de selectie, verzameling, verwerking, analyse en codering van data en de mogelijkheden voor het genereren van output. Dit deel heeft geen exhaustieve empirische doelstelling, maar fungeert als een exploratieve illustratie van de in het vorige deel ontwikkelde methodologische uitgangspunten. Het beoogt te tonen hoe systematische rechtspraakanalyse in de praktijk kan worden opgezet en uitgevoerd, en welke keuzes en beperkingen daarbij onvermijdelijk zijn. De focus ligt niet op de inhoudelijke resultaten van het onderzoek naar gemengde contracten, maar op de methodologische stappen die bij dergelijk onderzoek moeten worden doorlopen.

Het onderzoek betreft de kwalificatie van gemengde overeenkomsten door de Belgische bodemrechter (met een focus op de hoven van beroep, zie *infra*). Hoe een contract naar Belgisch recht wordt gekwalificeerd door de rechter (is er sprake van aanneming, koop, lastgeving of van een andersoortig contract?) is immers vaak onduidelijk en mist coherentie, zeker bij gemengde overeenkomsten (d.i. een overeenkomst met elementen van meerdere benoemde overeenkomsten). Daarom bestaan in de doctrine (en thans in art. 5.67 BW) verschillende wijzen waarop een contract dat onder verschillende regimes valt, moet worden gekwalificeerd. Deze kwalificatietheorieën zijn evenwel slechts een aanzet: de rechter put immers uit de wet geen richtsnoeren om de relevante kwalificatietheorie te bepalen, waardoor de kwalificatieregels vrij worden ingevuld. Dit vormt het uitgangspunt van dit onderzoek.

19. In deze analyse worden zes stappen onderscheiden.³³ Elke stap wordt hieronder eerst methodologisch gekaderd en vervolgens concreet toegepast.

B. Mogelijke werkwijze en *best practices* voor de systematische rechtspraakanalyse

§ 1. Afbakening van het onderzoeksobject en doelstelling

20. Het doel van dit onderzoek is om inzicht te bieden in de wijze waarop de rechtspraak contracten met een gemengd karakter kwalificeert, door te zoeken naar de elementen en omstandigheden die de rechter meeneemt in de overweging

³³ Vgl. o.m. de stappen die HALL en WRIGHT in hun artikel onderscheiden (slechts drie), alsook de stappen die SALEHIJAM onderscheidt (vijf stappen). Zie HALL M. en WRIGHT R., 'Systematic Content Analysis of Judicial Opinions', *California Law Rev.* 2006/96, (63) 79, nr. 8; SALEHIJAM M., 'The value of systematic content analysis in legal research', *Tilburg Law Review* 2018/1-2, (34) 36.

tot (her)kwalificatie van de overeenkomst, en deze ten opzichte van elkaar af te wegen. Zo is het mogelijk om inzicht te bieden in de rechterlijke praktijk betreffende de kwalificatie van overeenkomsten, én bovendien om de rechter bij de rechtsvinding te helpen door handvaten aan te bieden om tot een bepaalde kwalificatie te besluiten.³⁴ De centrale onderzoeksvraag van het onderzoek is de volgende: “Hoe kwalificeren Belgische rechters gemengde contracten in de rechtspraktijk, en welke argumentatie- en motiveringspatronen zijn daarbij zichtbaar?”³⁵ Het doel van de systematische rechtspraakanalyse in dit onderzoek is niet het verklaren van rechterlijk gedrag in sociologische zin, maar het systematisch blootleggen van argumentatie- en motiveringspatronen binnen het positieve recht, zoals deze tot uiting komen in rechterlijke beslissingen.

§ 2. Dataverzameling

Methodologisch uitgangspunt

21. Een eerste essentiële stap in systematische rechtspraakanalyse betreft de transparante en reproduceerbare verzameling van rechtspraak. Anders dan bij klassieke rechtspraakanalyse volstaat het niet om enkel te verwijzen naar ‘relevante’ uitspraken; de onderzoeker moet expliciteren welke bronnen werden geraadpleegd, volgens welke criteria, en met welke beperkingen.

Toepassing in dit onderzoek

22. Voor dit onderzoek is besloten om feitenrechtspraak te analyseren, omdat het inzicht biedt in de concrete toepassing van de kwalificatie, trends en patronen helpt te identificeren en bijdraagt aan de doelstelling om een concrete en praktische kennislacune op te lossen. Omdat geen centrale databank voor alle rechterlijke uitspraken beschikbaar is, werd toegang tot ongepubliceerde rechtspraak verkregen door rechtstreeks contact op te nemen met de rechtsprekende instanties. Meer specifiek is in dit onderzoek enkel de nadruk gelegd op de rechtspraak van de

³⁴ De doelstelling is zodus tweeledig (voor burger en rechter). Zie: BARENDRECHT J.M., *Recht als model van rechtvaardigheid: beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Kluwer, 1992, 66-67; POPELIER P., *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Intersentia, 1997, 7-8.

³⁵ Een dergelijke onderzoeksvraag veronderstelt dat niet enkel de uitkomst van de kwalificatiebeslissing wordt onderzocht, maar ook de wijze waarop rechters tot die beslissing komen. De traditionele rechtspraakanalyse, die zich doorgaans richt op het systematiseren van afzonderlijke uitspraken en het identificeren van een veronderstelde rechtlijn, schiet hiervoor tekort. Zij laat immers weinig ruimte om structurele verschillen in rechterlijke benadering zichtbaar te maken. Door haar focus op coherentie heeft zij immers de neiging om verschillen tussen uitspraken te neutraliseren of te herleiden tot uitzonderingen. Net die verschillen zijn voor het voorliggende onderzoek echter analytisch relevant. In dit onderzoek verwijst heterogeniteit dan ook naar structurele variatie in rechterlijke kwalificatiepraktijken bij gemengde contracten. Deze variatie manifesteert zich onder meer in uiteenlopende kwalificatietheorieën bij vergelijkbare feitelijke constellaties, verschillen in de weg van contractuele elementen, en variaties in motiveringsintensiteit en -structuur tussen hoven. Systematische rechtspraakanalyse maakt het mogelijk deze vormen van heterogeniteit expliciet en vergelijkend in kaart te brengen, waar zij in klassieke rechtspraakanalyse vaak impliciet blijven.

Belgische hoven van beroep. De resulterende dataset is daardoor noodzakelijkerwijs toegangs- en instellingsgebonden. Deze beperking wordt niet gemaskeerd; ze wordt expliciet gedocumenteerd als onderdeel van de methodologische verantwoording.

De keuze voor rechtspraak van de hoven van beroep werd ingegeven door de unieke rol van de hoven van beroep. De appelrechter beoordeelt feiten en juridische vragen in tweede aanleg, waardoor belangrijke tendensen op dit vlak kunnen worden geïdentificeerd (doordat de beroepsprocedure telkens een zekere herhaling weergeeft van de procedure in eerste aanleg en zo bepaalde misvattingen en feitelijke beoordelingen van de eerste rechter kan bevestigen of weerleggen). Bovendien spreekt de appelrechter zich uit over hetzelfde kwalificatievraagstuk als waar de eerste rechter zich over gebogen heeft, door de feiten te bekijken, te toetsen en te beoordelen. Wanneer een verschillend standpunt wordt ingenomen door de appelrechter, moet dit voldoende worden verantwoord, waardoor hieruit ook bepaalde kenmerken en tendensen kunnen worden afgeleid.

Er zijn twee inherente beperkingen aan de afbakening tot rechtspraak van de hoven van beroep. Ten eerste kan het Hof van Cassatie de uitspraken van het hof vernietigd hebben zonder dat dit expliciet uit de geanalyseerde uitspraak blijkt. Hierdoor is de waarde van bepaalde uitspraken misschien beperkt. Voor alle uitspraken wordt gecontroleerd of er een vernietigingsberoep bij het Hof van Cassatie werd ingesteld. In geval van een arrest van het Hof werden deze uitspraken niet uit de dataset geweerd, maar het vernietigingsarrest van het Hof van Cassatie werd in dat geval bijgevoegd. Dit wordt in de analysefase ook meegenomen. Ten tweede komen enkel die cases aan bod die in tweede aanleg worden beslecht, waardoor vonnissen die slechts in één enkele aanleg werden behandeld, buiten het toepassingsgebied van het onderzoek vallen.³⁶ Deze beperkingen wegen evenwel niet op tegen de meerwaarde die een grondige analyse van de rechtspraak van de Belgische hoven van beroep biedt.

23. Een belangrijk obstakel bij de verzameling van rechtspraak bij de Belgische hoven van beroep is het ontbreken van een databank van rechtspraak van de hoven van beroep.³⁷ Om deze reden moest ieder hof afzonderlijk gecontacteerd worden. De werkwijze was om eerst per brief en vervolgens telefonisch contact op te nemen met de eerste voorzitter van ieder hof van beroep, teneinde toestemming te vragen om de rechtspraak van het hof voor dit onderzoek te mogen verzamelen. De hoven van beroep van Gent, Antwerpen en Luik verleenden allemaal vrij snel (binnen zes maanden na het eerste contact) toegang tot de rechtspraak. Het hof van beroep van Brussel bleek bereid om rechtspraak te verschaffen, maar gelet op de onderbemanning bleek het

³⁶ Bovendien vallen sommige overeenkomsten onvermijdelijk buiten het *contentieux* van de hoven van beroep, bv. huurgeschillen (exclusieve bevoegdheid van de vrederechter, met hoger beroep bij de rechtbank van eerste aanleg).

³⁷ Mogelijk kan de databank JustJudgment deze problematiek in de toekomst verhelpen, zie *supra* nr. xx.

uiteindelijk onmogelijk om onderzoek binnen de databank van het hof te doen.³⁸ Het hof van beroep van Bergen heeft nooit enig gevolg aan dit verzoek gegeven.

24. De dataset is dus beperkt tot de rechtspraak in de hoven van beroep van Gent, Antwerpen en Luik. De deelname van drie van de vijf Belgische hoven van beroep vormt geen fundamenteel probleem voor de validiteit van dit onderzoek. De dataset beoogt geen statistische representativiteit, maar is inhoudelijk divers en voldoende breed om terugkerende motiveringspatronen te identificeren. De grenzen van deze analytische generaliseerbaarheid worden expliciet gerapporteerd.

§ 3. Dataselectie

Methodologisch uitgangspunt

25. De tweede stap betreft het bepalen van de *sampling*-strategie van het onderzoek. Na verzameling volgt namelijk een gefaseerde selectie van data, waarbij inclusie- en exclusiecriteria vooraf worden vastgelegd en consequent toegepast. Deze selectiecriteria zijn afhankelijk van de onderzoeksvragen en doelstelling, en kunnen inhoudelijk en/of temporeel van aard zijn.³⁹ Dit selectietraject wordt gedocumenteerd in een selectieprotocol, zodat achteraf traceerbaar is op basis van welke stappen de initiële set uitspraken is herleid tot de uiteindelijke dataset voor analyse. De dataset van alle rechtspraak kan bij het onderzoek gevoegd worden.⁴⁰

Om deze doorlopen stappen vorm te geven, kan bijvoorbeeld gewerkt worden met de PRISMA-richtlijnen en het daarbij voorziene *flow diagram* als visualisering van de dataselectie.⁴¹

Toepassing in dit onderzoek

26. Voor dit onderzoek werd de selectie van de arresten gefaciliteerd door de interne databank bij ieder hof van beroep, en dankzij de bereidwillige hulp van het technisch personeel van de griffies. De eerste en tweede stap (verzameling en selectie) vloeiden naadloos in elkaar over en gebeurden vaak op dezelfde dag

³⁸ In het hof werd wel de vraag rondgestuurd om rechtspraak over te maken. Een raadsheer ging hierop in, en maakte uitspraken over per e-mail (waarvoor aan deze raadsheer nogmaals oprechte dank). Het waren natuurlijk enkel uitspraken waarin de raadsheer zelf betrokken was. Gelet op het feit dat deze selectie zeer fragmentair is, is overwogen om deze uitspraken te bewaren en te anonimiseren, maar voor de systematische analyse weg te laten. In een latere fase kunnen we deze toetsen aan de bevindingen uit de andere rechtspraak (triangulatie, zie nr. xx).

³⁹ Zie bv. de verschillende aanpak bij WIJNTJENS (inhoudelijk, met trefwoorden) en VANDAELE (temporeel, met een selectie van verschillende maanden): VANDAELE A.-S., *Procesbelang bij de Raad van State en het recht op toegang tot een rechter*, die Keure, 2019, 79-83, nrs. 66-70; WIJNTJENS L.A.B.M., *Als ik nu sorry zeg, beken ik dan schuld?*, Boom Juridisch, 2020, 95 e.v.

⁴⁰ Dit kan in het proefschrift als bijlage of in een open repository zoals Zenodo (<https://zenodo.org/>), Dryad (<https://datadryad.org/>) of Sodha (<https://www.sodha.be/>).

⁴¹ <https://www.prisma-statement.org/prisma-2020-flow-diagram>. PRISMA wordt hier enkel gebruikt als rapporteringsstructuur voor selectie, niet als claim van *systematic review*.

en in het hof van beroep zelf. Het was (uiteraard) niet mogelijk om zelf alle rechtspraak van de voornoemde kamers handmatig te kiezen. Er moest gebruik worden gemaakt van objectieve criteria om de relevante uitspraken te bepalen.

27. De gehanteerde selectiecriteria waren zowel temporeel als inhoudelijk van aard.

Eerst is voor een temporele afbakening gekozen, en meer specifiek vanaf 2014 en tot en met 2023 (toen werd de dataverzameling afgerond). De keuze hiervoor is voornamelijk van praktische aard, omdat in het hof van beroep van Gent vanaf dan voor het eerst rechtspraak in de databank werd opgeladen. In de databanken van de hoven van beroep van Antwerpen en Luik bleek het eveneens mogelijk om rechtspraak vanaf 2014 te verzamelen. Deze temporele afbakening heeft geen invloed op het onderzoek. Het doel van het onderzoek en de onderzoeksvragen zijn er immers niet noodzakelijkerwijs op gericht om evoluties bloot te leggen in de rechtspraak.

Vervolgens is inhoudelijk gezocht naar rechtspraak binnen de kamers die belast zijn met contractuele geschillen. Daarom werd per hof alle rechtspraak verzameld van de bouwkamers, de commerciële geschillenkamers en de koop-verkoopkamers. Over de verschillende hoven heen waren andere kamers hiervoor bevoegd, waardoor de kamernummers in ieder hof kunnen verschillen, maar de *sample* is in ieder hof inhoudelijk gelijkaardig. Voor het hof van beroep van Antwerpen gold als bijzonderheid dat we in contact stonden met één referendaris, die de opzoeken in de databank deed en de arresten zelf filterde. Als zoekstrategie binnen het opzoekingssysteem werd afgeraden om specifiek te filteren op kamernummer, omdat de kamernummers enkele jaren voordien waren gewijzigd. De beperking tot de eerdergenoemde kamers is daarom niet door het systeem zelf gedaan, maar door de referendaris in kwestie. Zo lijkt het alsof de zoekresultaten van het hof van beroep van Antwerpen aanzienlijk zijn, maar bij de uiteindelijke selectie werden uitsluitend die resultaten behouden die inhoudelijk relevant bleken voor het betreffende onderzoek. Voor het overige bleef de zoekstrategie dezelfde.

Tot op dit punt werd de opzoeking gedaan door de griffies per hof van beroep zelf. Op het totaal aantal uitspraken van iedere kamer hebben we daarom geen zicht. Vervolgens was het mogelijk om zelf bepaalde trefwoorden op de grote set rechtspraak los te laten, teneinde de relevante uitspraken te selecteren. Er werd gekozen om te filteren op de volgende begrippen: herkwalf*⁴², gemengde overeenkomst⁴³, benoemde overeenkomst⁴⁴, onbenoemde overeenkomst⁴⁵,

⁴² Gent: 119; Antwerpen: 69; Luik: 87 (*requalif**).

⁴³ Ook gemengd contract. Gent: 59; Antwerpen: 57; Luik: 11 (*contrat mixte*).

⁴⁴ Ook benoemd contract. Gent: 42; Antwerpen: 1; Luik: 5 (*contrat nommé/convention nommée*).

⁴⁵ Ook onbenoemd contract. Gent: 12; Antwerpen: 31; Luik: 6 (*contrat innommé/convention innommée*).

absorptie⁴⁶ (ook: *accessorium sequitur principale*⁴⁷); cumulatie⁴⁸; *sui generis*⁴⁹. In de hoven van beroep konden we alle rechtspraak op basis van deze trefwoorden verzamelen. Zo kwamen we tot 298 uitspraken van het hof van beroep te Gent, 216 uitspraken van het hof van Luik en 79 uitspraken van dat van Antwerpen. Deze werden verzameld op een duurzame drager.

28. De verwerking van ongepubliceerde rechtspraak roept vragen op inzake gegevensbescherming en onderzoeksintegriteit. De gevoeligheid van bepaalde data maakte het noodzakelijk om extra aandacht te besteden aan gegevensbescherming, bijvoorbeeld door specifieke informatie (zoals namen en details van de partijen) te verwijderen (anonimiseren) of te beperken (pseudonimiseren).⁵⁰ Deze stap werd gezet daags na de selectie van de relevante uitspraken.

29. Na de eerste verzameling en selectie van uitspraken volgde een tweede screening. Deze stap is noodzakelijk, omdat niet alle uitspraken uit de eerste verzameling inhoudelijk bijdragen aan het onderzoek. Daarom worden alle uitspraken ($n = 592$) afzonderlijk gelezen en beoordeeld om hun relevantie te bepalen. Het gebruik van hulpmiddelen zoals Excel was hierbij essentieel om de tweede screening systematisch te laten verlopen.

Bij de lezing van iedere uitspraak werd een unieke indicator aan de uitspraak toegevoegd, te beginnen met de instantie, een uniek volgnummer en de datum van de uitspraak (uiteraard enkel indien relevant), bijvoorbeeld ‘Antwerpen_001_20.10.2014’ of ‘Luik_038_10.09.2018’. Vervolgens werd in de volgende kolom bepaald of de uitspraak relevant was of niet (binair), met daarbij een korte verklaring en het begrip op basis waarvan de uitspraak geselecteerd was (en eventueel waarom het begrip wel of niet relevant was). Uiteindelijk werd de hoeveelheid uitspraken aanzienlijk beperkt door deze tweede screening. Er werd voornamelijk gebruikgemaakt van exclusiecriteria, waarbij iedere uitspraak die *geen* betrekking had op de kwalificatie van het contract, werd geweerd. Herkwalificaties komen immers in verschillende contexten voor (herkwalificatie van vorderingen, van interessen ...).

⁴⁶ Gent: 6; Antwerpen: 9; Luik: 0 (*absorption*). Hier in combinatie met de trefwoorden contract (*contrat*) of overeenkomst (*convention*).

⁴⁷ Gent: 12; Antwerpen: 11; Luik: 3.

⁴⁸ Gent: 2; Antwerpen: 0; Luik: 6 (*cumulation*). Hier in combinatie met de trefwoorden contract (*contrat*) of overeenkomst (*convention*).

⁴⁹ Gent: 50; Antwerpen: 68; Luik: 60.

⁵⁰ Zie hierover GOOSSENS E., BOLLEN K. en VERBEKE A.-L., ‘Lessen uit een grootschalige rechtspraakanalyse met studenten’ in VERBRUGGEN P.W.J. (ed.), *Methoden van systematische rechtspraakanalyse: tussen juridische dogmatiek en data science*, Boom Juridisch, 2021, 116-119.

HOF VAN BEROEP	#	d.d.	Relevant	Niet relevant	Verklaring
GENT	22	25.03.2015	X		Kwalificatie consumentenkoop vs. Aanneming
GENT		20.10.2014		X	Heeft geen betrekking op kwalificatie contractenrecht
GENT		25.06.2015		X	Herkwalificatie van een verkoop als een schenking
GENT	23	08.03.2017	X		Lening op interest vs. krediet
GENT	24	20.11.2014	X		Beleggingsovereenkomst vs. Levensverzekering
GENT		27.04.2016		X	Heeft geen betrekking op kwalificatie contractenrecht
GENT		07.04.2014		X	Heeft geen betrekking op contractenrecht (buitencontractueel ASP-recht)
GENT		04.06.2015		X	Heeft geen betrekking op kwalificatie contractenrecht
GENT	25	27.11.2015	X		Koop, aanneming of gemengd?
GENT		21.02.2018		X	Heeft geen betrekking op contractenrecht (procesrecht)
GENT	26	27.11.2015	X		Verweerder 1 is Verkoper en Verweerder 2 is Verkoper en Aannemer
GENT	27	16.03.2016	X		Koop, ruil of gemengd?
GENT	28	29.01.2016	X		Koop, aanneming of gemengd? (uitdrukkelijk) absorptietheorie toegepast
GENT		09.03.2015		X	Overname schuldvordering vennootschapsrecht
GENT	29	22.05.2015	X		Koop, aanneming of gemengd? (uitdrukkelijk) absorptietheorie toegepast
GENT	30	28.03.2014	X		Aannemingsovereenkomst vs. sui generis (terbeschikkingstelling terreinen en storting)
GENT	31	25.01.2016	X		Transportovereenkomst (CMR) vs. Verhuisovereenkomst (aanneming): toepassing absorptieleer
GENT		14.10.2014		X	Heeft geen betrekking op contractenrecht (vennootschapsrecht)
GENT		08.04.2016		X	Heeft geen betrekking op contractenrecht (procesrecht)
GENT		14.04.2015		X	Heeft geen betrekking op contractenrecht (procesrecht)
GENT		25.01.2016		X	Heeft geen betrekking op contractenrecht (zekerheidsrecht)
GENT		18.06.2015		X	Heeft geen betrekking op kwalificatie contractenrecht
GENT	32	03.02.2017	X		Installatie van goed als accessorium bij aankoop goed (consumentenkoop)
GENT		07.10.2014		X	Heeft geen betrekking op contractenrecht (fiscaal recht)
GENT		28.04.2016		X	Heeft geen betrekking op contractenrecht (verzekeringsrecht)
GENT		29.10.2020		X	Heeft geen betrekking op contractenrecht (familiaal vermogensrecht)
GENT		22.09.2014		X	Heeft geen betrekking op contractenrecht (intellectuele eigendomsrechten)
GENT		24.03.2015		X	Heeft geen betrekking op contractenrecht (fiscaal recht)
GENT		06.11.2019		X	Heeft geen betrekking op kwalificatie contractenrecht
GENT		23.12.2014		X	Heeft geen betrekking op contractenrecht (fiscaal recht)
GENT		23.12.2014		X	Heeft geen betrekking op contractenrecht (fiscaal recht)
GENT		30.06.2015		X	Heeft geen betrekking op contractenrecht (fiscaal recht)
GENT		24.12.2015		X	Heeft geen betrekking op kwalificatie contractenrecht
GENT	33	02.02.2018	X		Bouwpromotieovereenkomst onder Wet Breyné als sui generis
GENT		10.12.2015		X	Heeft geen betrekking op contractenrecht (familiaal vermogensrecht)

(ir)relevantie begrip: verklarend (eventueel)
Gaat over het grafrecht/grafconcessie (ius sepulchri)
Schenkingsrecht
Nog af te wachten of deze relevant is
Nog af te wachten of deze relevant is
Herkwalificatie vordering contractpartij
Herkwalificatie arbeidsstatuut naar zelfstandige
"Herkwalificatieproeven" in technische industrie
Herkwalificatie incidenteel naar principaal hoger beroep
Begrip als deel titel van een verwijzing
Herkwalificatie vzw tot commerciële maatschap
Herkwalificatie incidenteel naar principaal hoger beroep
Herkwalificatie vordering contractpartij
Herkwalificatie koop naar schenking
Herkwalificatie interesten tot dividenden
Herkwalificatie van levensverzekering tot spaar- en beleggingsproduct
Vermelding in citaat eerste rechter waaruit niets blijkt
Sui generis-karakter van databanken
Herkwalificatie inkomsten
Accessorium sequitur principale kwalitatief recht (niet relevant in casu)
Herkwalificatie interesten tot dividenden
Herkwalificatie interesten tot dividenden
Vermelding concept bij redenering over pensioen in fiscale kwestie
Herkwalificatie koop naar schenking
Herkwalificatie dubbele transactie

Afbeelding 1: Gedeelte uit het Excel-document met weergave van de eerste filter (voor het onderscheiden van relevante en niet-relevante uitspraken) met verklaring.

Zo bleven na de tweede screening 124 uitspraken van het hof van beroep te Gent, 73 uitspraken van het hof van Luik en 65 uitspraken van dat van Antwerpen over. Dit heeft geleid tot een definitieve dataset van 261 uitspraken.

§ 4. Dataverwerking en codering

Methodologisch uitgangspunt

30. Zoals in Deel II uiteengezet, vormt codering het centrale analytische instrument van systematische rechtspraakanalyse. Door uitspraken te coderen op basis van inhoudelijke kenmerken, wordt het mogelijk om patronen en variaties zichtbaar te maken die bij klassieke narratieve analyse vaak impliciet blijven. Coderen is geen evidente stap, en vereist van de onderzoeker een grondige kennis van het onderwerp.

Een belangrijke (vroeg) stap bij de verwerking van de rechtspraak is het onderscheiden van codes en metadata. Metadata (ook data-over-data) zijn de objectieve kenmerken van een uitspraak, die de zaak als zodanig identificeren. Voor een rechterlijke uitspraak zijn dit onder meer het rolnummer, de rechtsprekende instantie, de datum van de uitspraak, de betrokken partijen ...⁵¹ De onderzoeker moet er zich bij de aanvang van het onderzoek zeer goed bewust van zijn wat hij als metadata en wat hij als data onderscheidt.

31. De methodologische literatuur onderscheidt meerdere fasen in het codeerproces. In een eerste fase is er sprake van open codering, waarbij brede thema's en concepten worden geïdentificeerd. Meestal volgt hierna axiale codering, waarbij codes worden gegroepeerd in categorieën om verbanden te analyseren. Tot slot worden bij selectieve codering de belangrijkste categorieën verfijnd en uitgewerkt om de kern van het onderzoek te representeren. De keuze voor een specifieke methode of fasering beïnvloedt hoe data wordt geïnterpreteerd en welke patronen en trends zichtbaar worden. Deze verschillende fasen zijn evenwel bijzonder artificieel, en kunnen in de praktijk in elkaar overvloeien.⁵²

⁵¹ Deze metadata kunnen ook worden uitgebreid tot bepaalde kenmerken die in elke zaak aan bod komen. Zo coderen we niet de verhoudingen tussen partijen op basis van de verhouding in de hoedanigheid van de partijen (b2c, c2c, b2b ...). Deze classificatie komt immers in elke zaak terug, en wordt bijgevoegd in de *case classification* van iedere uitspraak. In de praktijk helpen beide elementen, *case classifications* en codes, om zowel het overzicht te behouden als diepgaande analyses uit te voeren, waardoor meer gerichte en nuttige inzichten kunnen verkregen worden uit de kwalitatieve data.

In NVivo kunnen metadata eenvoudig worden verwerkt in de tab *case classifications*. Dit zijn categorieën, labels of kenmerken die men toewijst aan gehele cases (hier: gehele arresten). Deze *case classifications* zijn dus geen codes in de uitspraak (omdat ze niet worden gecodeerd op stukken tekst), maar wel codes van de uitspraak.

⁵² HUBERMAN A. en MILES M., *Qualitative Data Analysis: A Source Book of New Methods*, 1994, 61-62.

Toepassing in dit onderzoek

32. Voor dit onderzoek wordt gewerkt met een aanzienlijke dataset, waardoor het noodzakelijk is dat er gebruik wordt gemaakt van systematisch en praktisch gereedschap voor het verwerken van alle geselecteerde rechtspraak. De recente opkomst van technologieën en analysetools biedt nieuwe en efficiënte mogelijkheden om met grote datasets om te gaan. Met software kunnen kwalitatieve data op een systematische manier worden gecodeerd en geanalyseerd. Dit maakt het mogelijk om patronen en thema's in grote hoeveelheden teksten te identificeren en te vergelijken, waardoor trends en afwijkingen binnen de rechtspraak beter zichtbaar worden. Een uitgebreid onderzoek naar grote sets rechtspraak wordt op die manier eenvoudiger. Voor het inhoudelijk verwerken van de geselecteerde rechtspraak werden diverse dataverwerkingsprogramma's gebruikt.

Aangezien Excel niet geschikt is voor grote hoeveelheden kwalitatieve data, is voor de kwalitatieve analyse gebruikgemaakt van NVivo, een kwalitatief dataverwerkingsprogramma.⁵³ In NVivo worden stukken tekst verzameld en gesegmenteerd op basis van verschillende elementen en kenmerken die in de geanalyseerde dataset (hier de rechtspraak) aan bod blijken te komen. Het kan daarom vergeleken worden met het gebruik van pen, post-its en papier, maar dan geschikter voor grote hoeveelheden data. NVivo biedt een geavanceerde aanpak voor het organiseren, analyseren en coderen van kwalitatieve gegevens. Er bestaan ook andere programma's met soortgelijke mogelijkheden zoals MaxQDA en Atlas.ti, maar de UGent voorziet in opleidingen en een licentie voor NVivo voor medewerkers, waardoor de keuze *legio* was.⁵⁴

Excel wordt voornamelijk gebruikt om de metadata van iedere uitspraak te bewaren en eenvoudig terug te kunnen gebruiken. Daarnaast wordt ook per arrest

⁵³ Handleiding bij: JACKSON K. en BAZELEY P., *Qualitative Data Analysis with NVivo*, SAGE Publishers, 2019.

⁵⁴ Iets waarmee rekening moet worden gehouden bij de codering in NVivo is het volgende: NVivo is oorspronkelijk ontworpen voor de codering van interviews en gelijkaardige tekstuele data, waarbij doorgaans één spreker of perspectief centraal staat. Dit klassieke gebruik verschilt echter fundamenteel van de analyse van gerechtelijke uitspraken, zoals arresten, waarin doorgaans twee of meer partijen betrokken zijn. Dit verschil in structuur heeft belangrijke implicaties voor de manier waarop men codes hanteert. In veel gevallen zal het namelijk noodzakelijk zijn om bepaalde codes te differentiëren naargelang de betrokken partij, met name de eiser (of appellant) enerzijds, en de verweerder (of geïntimeerde) anderzijds. Met andere woorden, éénzelfde concept kan een andere betekenis of invulling krijgen, afhankelijk van het perspectief van de partij waarop het betrekking heeft. Daarom moeten sommige codes mogelijk in tweevoud worden aangemaakt of met een bijkomende verduidelijking worden uitgebreid. Dit is vooral het geval wanneer een code relevant is voor beide partijen, maar met een verschillende inhoudelijke lading. Zo'n aanpak kan echter leiden tot een aanzienlijke toename van het aantal codes, wat op zijn beurt het overzicht bemoeilijkt en het coderingsschema minder gestructureerd kan maken. Het is dus belangrijk om bij de aanvang van de analyse stil te staan bij deze complexiteit en te overwegen hoe de onderzoeker de codes het best organiseert om zowel nuance als overzichtelijkheid te waarborgen, teneinde een zinvolle analyse uit te kunnen voeren.

in een samenvatting voorzien in Excel om snel bij iedere uitspraak inhoudelijke context te hebben.

[illegible]

Afbeelding 2: Gedeelte uit het Excel-document met weergave van de metadata en samenvatting.

33. Eerder bespraken we al het onderscheid tussen inductief en deductief coderen (zie nr. **xx**). Voor het creëren van de codes in dit onderzoek werd zowel deductief als inductief gewerkt. Enerzijds werden een aantal codes vooraf aangebracht, op basis van de literatuur en vanuit een nood aan structuur (deductief), terwijl anderzijds codes ook werden toegevoegd gelet op hetgeen in de verschillende uitspraken aan bod kwam (inductief).

Codes in dit onderzoek werden gestructureerd in een codeboom, waarbij vertakkingen van een code leiden tot meerdere subcodes, zodat voldoende nuance in de codering kan worden aangebracht. De codeboom zal beschikbaar worden gesteld eens het onderzoek is afgerond. Een voorbeeld van een codecluster in dit onderzoek is het volgende:

III. FORMELE DIMENSIE					
	Name	Files	References	Created on	Created by
	Parlementaire voorbereiding	2	2	14-04-25 17:17	VG
	Rechtsleer	78	96	14-04-25 17:17	VG
	Buitenlandse RL	1	1	25-06-25 17:02	VG
	Expliciet	60	77	23-04-25 11:52	VG
	Impliciet	18	18	23-04-25 11:52	VG
	Rechtspraak	38	55	14-04-25 17:17	VG
	Cassatierechtspraak	16	23	14-04-25 17:17	VG
	Feitenrechtspraak	20	22	14-04-25 17:17	VG
	GwH	1	1	25-08-25 17:27	VG
	Rechtspraak van het Hof van Justitie	7	9	15-04-25 14:56	VG
	Sectorale gebruiken	13	15	15-04-25 14:39	VG
	Wetgeving	130	164	14-04-25 17:17	VG
	Belgische wetgeving	124	149	17-04-25 11:53	VG
	Impliciet	5	5	23-04-25 15:33	VG
	Internationale wetgeving	11	15	17-04-25 11:53	VG

Afbeelding 3: Gedeelte uit het NVivo-project dat gebruikt wordt bij de analyse van de rechtspraak (III. Formele dimensie).

Bij iedere code is er ook een verduidelijking in het codeboek. Zo is het mogelijk voor beoordelaars en andere onderzoekers om na te gaan wat de draagwijdte van iedere code is en hoe deze zich verhoudt tot andere codes. Mogelijke onduidelijkheden en discrepanties worden ook in het codeboek geduid.

III. FORMELE DIMENSIE

Waar haalt de rechter het argument vandaan? Welke rechtsbronnen worden aangewend om het oordeel betreffende de kwalificatie te staven? Dit zijn niet de bronnen die het oordeel als zodanig inhoudelijk stofferen, maar heeft enkel betrekking op de kwalificatie

Name	Description
Memorie van toelichting	De rechter verwijst naar de toelichting bij wetsvoorstellen en de interpretatie daarvan.
Rechtsleer	De rechter haalt academische publicaties en juridische commentaren aan om het oordeel te staven.
Expliciet	Dit is te coderen wanneer er sprake is van een expliciete verwijzing naar een rechtsgeleerde bron.
Impliciet	Dit is het geval wanneer wordt verwezen naar leerstukken die expliciet in de rechtsleer zijn ontwikkeld, maar waar niet expliciet naar wordt verwezen (zoals bijv. het specificiteitscriterium).
Rechtspraak	De rechter verwijst naar uitspraken van verschillende niveaus van rechtspraak, zoals lagere en hogere rechtbanken. Onderscheiden coderingen in geval van: - Cassatierechtspraak - Feitenrechtspraak - Rechtspraak van het Hof van Justitie
Sectorale gebruiken (gewoonte)	De rechter gebruikt sectorale gebruiken die niet neergeschreven zijn maar als verbindende norm worden aangenomen.
Wetgeving	De rechter verwijst naar specifieke artikelen van de wetgeving om het oordeel te staven. Onderscheiden coderingen in geval van: - Belgische wetgeving (zowel expliciet als impliciet) - Internationale wetgeving (zoals het Weens Koopverdrag)

Afbeelding 4: Gedeelte uit het Word-document m.b.t. het codeboek.

We ondervonden dat het codeerproces niet strikt het klassieke traject van open naar axiale codering tot selectieve codering volgde, maar eerder een iteratief en verweven karakter had. Er werd gewerkt met uiteenlopende vormen van codebo-
men, waarbij de structuur op sommige ogenblikken grondig werd herwerkt. Naar
aanleiding van voortschrijdende inzichten en een gewijzigde analytische focus
werd de volledige codeboom herhaaldelijk herzien.

§ 5. Data-analyse

Methodologisch uitgangspunt

34. De analyse verloopt op twee niveaus: (i) *within-case* analysis, gericht op de interne redenering en motiveringsstructuur binnen individuele uitspraken, en (ii) *cross-case* analysis, gericht op vergelijking tussen uitspraken om terugkerende patronen en variaties te identificeren.⁵⁵ In de praktijk gebeurt dit via systematische

⁵⁵ Zie over beide delen HUBERMAN A. en MILES M., *Qualitative Data Analysis: A Source Book of New Methods*, 1994, respectievelijk 90-171 en 172-238.

vergelijking van gecodeerde fragmenten en overzichten in de vorm van matrices die motiveringslijnen koppelen aan feitelijke configuraties.

In een volgende fase is het mogelijk om patronen te distilleren uit de rechtspraak. Deze kunnen gevisualiseerd worden door gebruik te maken van matrices en *queries*.⁵⁶

Toepassing in dit onderzoek

35. Voor dit onderzoek werd eerst per uitspraak nagegaan welke elementen doorslaggevend of relevant werden geacht bij de kwalificatie. Vervolgens werden uitspraken onderling vergeleken om te achterhalen of bepaalde argumentatiestructuren, feitelijke elementen of kwalificatietheorieën systematisch terugkeerden. De resultaten van deze analyse worden in het kader van deze bijdrage niet inhoudelijk uitgewerkt, maar vormen het uitgangspunt voor verdere doctrinaire en empirische reflectie. Hiervoor wordt verwezen naar de analyse in het proefschrift.

§ 6. Betrouwbaarheid, transparantie en beperkingen

Methodologisch uitgangspunt

36. Systematische rechtspraakanalyse vereist bijzondere aandacht voor betrouwbaarheid en transparantie. Codering is een interpretatief proces en vergt voortdurende reflectie. Om de consistentie te waarborgen werd het coderingsschema iteratief verfijnd en werd hercodering toegepast waar nodig.

Deze illustratieve toepassing kent vanzelfsprekend beperkingen. De dataset is niet exhaustief en de resultaten zijn contextgebonden. De meerwaarde van de systematische benadering ligt echter niet in statistische generaliseerbaarheid, maar in methodologische controleerbaarheid, expliciete verantwoording en analytische diepgang.

37. De betrouwbaarheid van het codeer- en analyseproces verwijst naar de mate waarin een onderzoeker consistent blijft in het toepassen van codes bij herhaalde analyses van dezelfde data. Gebrek aan consistentie kan leiden tot interpretatieverschillen die de betrouwbaarheid van de resultaten ondermijnen. Om *intercoder* (codeerconsistentie tussen meerdere onderzoekers) en *intracoder* (codeerconsistentie bij één individuele onderzoeker) *reliability* te waarborgen, is het nuttig om te durven reflecteren na een eerste coderingsronde door een deel van de data (zelf of door een derde) opnieuw te (laten) coderen en de resultaten te vergelijken.⁵⁷ Eventuele verschillen kunnen worden gebruikt om het codeboek

⁵⁶ Voor een goede analyse van wat er mogelijk is met *matrix queries* in NVivo, zie VERBRUGGEN P.W.J., 'Kwalitatieve inhoudsanalyse van rechtspraak met NVivo' in VERBRUGGEN P.W.J. (ed.), *Methoden van systematische rechtspraakanalyse: tussen juridische dogmatiek en data science*, Boom Juridisch, 2021, 87-90.

⁵⁷ Over de verhouding tussen beide en de voor- en nadelen, zie SCHREIER M., *Qualitative Content Analysis in Practice*, SAGE Publishers, 2012, 192.

aan te passen of de coderingsstrategie te verfijnen. Door deze stap in te bouwen, kunnen onderzoekers de kwaliteit en transparantie van hun analyse verhogen, wat bijdraagt aan een herhaalbare methodologie.

Triangulatie speelt ook een cruciale rol in het versterken van de betrouwbaarheid en validiteit van de analyse. Door verschillende methoden, bronnen of onderzoekers te gebruiken om dezelfde data te onderzoeken, kunnen onderzoekers de robuustheid van hun bevindingen vergroten. Triangulatie helpt bij het identificeren van eventuele *biases* en zorgt ervoor dat de resultaten niet afhankelijk zijn van één enkele methode of bron. Dit leidt tot een meer holistische en betrouwbare interpretatie van de data, wat essentieel is voor een gedegen systematische rechtspraakanalyse.

Toepassing in dit onderzoek

38. Om de betrouwbaarheid en interne consistentie van de kwalitatieve codering in dit onderzoek te toetsen, werd een *intercoder reliability*-oefening georganiseerd met collega's van de Vakgroep Metajuridica, Privaat- en Ondernemingsrecht van de Faculteit Recht & Criminologie van de Universiteit Gent. In twee sessies werden het doel en de meerwaarde van het onderzoek toegelicht, evenals de aard van het gehanteerde codeboek en de methodologische uitgangspunten van het coderen van rechtspraak. Centraal stond de vraag in welke mate verschillende onderzoekers, onafhankelijk van elkaar, dezelfde inhoudelijke codes zouden toekennen aan identieke juridische tekstfragmenten, en in hoeverre het codeboek voldoende helder en werkbaar was om consistente toepassing mogelijk te maken. De oefening had daarbij niet alleen een toetsend, maar ook een iteratief karakter: verschillen in interpretatie of toepassing van codes werden expliciet opgevat als aanwijzingen voor mogelijke ambiguïteiten of verfijningsnoden in het codeboek. De door de collega's uitgevoerde kwalitatieve codering werd geëvalueerd aan de hand van een zogenaamde *Coding Comparison Query* in NVivo, waarbij de coderingen van twee beoordelaars systematisch werden vergeleken binnen éénzelfde dataset. Voor elke relevante code werd in NVivo de Cohen's kappa (κ) berekend, als maat voor overeenstemming gecorrigeerd voor toevallige overeenstemming.⁵⁸ De resultaten tonen een aanzienlijke variatie tussen codes, met enkele lage kappa-waarden, die erop wijzen dat sommige codes slechts sporadisch of asymmetrisch werden toegepast, met in het algemeen een zeer grote overeenstemming tussen de gecodeerde gedeelten. Dit patroon is kenmerkend voor zeer interpretatieve codeerschema's, waarin bepaalde interpretatieve categorieën zelden voorkomen en waarin kleine verschillen in coderingsbeslissingen een disproportioneel effect kunnen hebben op de kappa-coëfficiënt. Om die reden werd Cohen's kappa in dit

⁵⁸ Ontleend aan COHEN J., 'A Coefficient of Agreement for Nominal Scales', *Educational and Psychological Measurement* 1960/1 (vol. 20), (37) 37-46.

onderzoek niet opgevat als een absolute kwaliteitsmaat per afzonderlijke code, maar als een indicatief instrument ter identificatie van codes die aanleiding gaven tot interpretatieve discussie. Deze codes werden in een tweede sessie inhoudelijk besproken en verfijnd door de onderzoeker.

39. In dit onderzoek werd betrouwbaarheid nagestreefd door een iteratief coderingsproces. Een deel van de uitspraken werd na een tijdsinterval opnieuw gecodeerd om de interne consistentie van de codering te toetsen (*intracoder reliability*). Het systeem dat hierbij werd toegepast, was het coderen van iedere tiende uitspraak, na codering van de volgende tien uitspraken. Daarnaast werd het codeschema gaandeweg verfijnd aan de hand van analytische memo's waarin bepaalde coderingskeuzes en -beslissingen werden verantwoord.

SLOTWOORD

40. De systematische rechtspraakanalyse is een veelbelovende methode die de beperkingen van traditionele rechtspraakanalyse kan overbruggen. Als antwoord op de onderzoeksvraag kan het volgende worden gesteld.

Systematische rechtspraakanalyse kan methodologisch worden vormgegeven binnen juridisch onderzoek door de analyse van rechtspraak te organiseren rond expliciete keuzes inzake toegang, selectie en verwerking, en deze keuzes systematisch te documenteren en te verantwoorden. In plaats van te streven naar volledigheid of representativiteit, richt deze benadering zich op transparantie, controleerbaarheid en vergelijkbaarheid. Door vooraf afgebakende selectiecriteria, gestructureerde codering en systematische vergelijking van uitspraken wordt het mogelijk om patronen én variatie in rechterlijke besluitvorming zichtbaar te maken, zonder de interpretatieve aard van juridisch onderzoek te ontkennen. Op die manier ondervangt systematische rechtspraakanalyse de belangrijkste beperkingen van klassieke rechtspraakanalyse.

Beide benaderingen hebben evenwel hun eigen plaats en kunnen elkaar aanvullen. De keuze tussen klassieke en systematische rechtspraakanalyse hangt af van de specifieke doelen van het onderzoek, de beschikbare dataset, en de gewenste diepgang en breedte van de analyse. Door de sterke punten van beide methoden te combineren, kunnen onderzoekers een vollediger en genuanceerder beeld van de juridische praktijk verkrijgen. Deze bijdrage vormt hopelijk een stap in die richting en biedt een basis voor verdere ontwikkeling en toepassing van systematische methoden in de rechtswetenschap, voor zover jonge onderzoekers zich uiteraard aan grootmoeders beproefde recepten willen wagen.



Recherche sur le droit de plainte des personnes détenues : pourquoi et comment l'empirie fait résonner l'analyse juridique

par Léa TEPER*

RÉSUMÉ

Cet article propose une réflexion épistémologique sur l'usage des méthodes empiriques pour comprendre et évaluer le droit de plainte des personnes détenues. Introduit en 2020 en Belgique, ce recours sert de cas d'école pour éprouver ce que la seule recherche documentaire permet — et surtout ne permet pas — d'établir quant à son effectivité, son efficience et son efficacité. Dans un contexte de massification des recours et de numérisation des décisions, j'examine la pertinence des seules données textuelles et montre pourquoi l'enquête de terrain s'est révélée nécessaire pour étayer la démonstration juridique. Mobilisant la théorie de l'accélération et de la résonance (Hartmut Rosa), je situe le cadre de ma recherche doctorale et motive le choix d'une approche hybride combinant analyse de jurisprudence et immersion en milieu carcéral. Cette démarche, attentive à la positionnalité de la chercheuse et aux injustices épistémiques rencontrées, m'a permis, à l'issue de ma thèse, d'interroger les effets concrets du dispositif — à l'échelle individuelle comme structurelle — et d'éclairer, au-delà des chiffres, ce que le droit de plainte fait au droit et à la prison.

ABSTRACT (EN)

This article offers an epistemological reflection on the use of empirical methods to understand and assess prisoners' right to complain. Introduced in Belgium in 2020, this mechanism serves as a case study to test what purely documentary legal research can — and above all cannot — establish about its effectiveness, efficiency, and efficacy. In a context of increasing complaints and the digitalisation of decisions, I examine the relevance and limits of data identifiable in legal texts and show why fieldwork proved necessary to substantiate my legal argument. Drawing on Hartmut Rosa's theory of acceleration and resonance, I situate the framework of my doctoral research and explain the choice of a hybrid approach combining case law analysis and immersion in the prison environment. This

* Chercheuse doctorante en droit pénitentiaire et assistante en droit pénal et de la procédure pénale à l'UCLouvain.

approach, attentive to the researcher's positionality and the epistemic injustices encountered, enabled me, at the conclusion of my thesis, to question the concrete effects of this mechanism — both at the individual and structural levels — and to shed light, beyond quantitative indicators, on what the right to complain does to law and to the prison system.

ABSTRACT (NL)

Dit artikel biedt een epistemologische reflectie over het gebruik van empirische methoden om het klachtrecht van gedetineerden te begrijpen en te beoordelen. Dit rechtsmiddel, dat in 2020 in België werd ingevoerd, dient als casus om te toetsen wat louter documentair juridisch onderzoek wel — en vooral niet — kan aantonen over de doeltreffendheid, efficiëntie en effectiviteit ervan. In een context van toenemende klachten en de digitalisering van beslissingen onderzoek ik de relevantie en de grenzen van gegevens die in de teksten terug te vinden zijn, en toon ik aan waarom veldonderzoek noodzakelijk bleek om mijn juridische redenering te onderbouwen. Met verwijzing naar de theorie van versnelling en resonantie van Hartmut Rosa situeer ik het kader van mijn doctoraatsonderzoek en verantwoord ik de keuze voor een hybride benadering die analyse van rechtspraak combineert met onderdompeling in het gevangeniswezen. Deze aanpak, met aandacht voor de positionering van de onderzoekster en de epistemische onrechtvaardigheden waarmee zij werd geconfronteerd, stelde mij in staat om aan het einde van mijn proefschrift de concrete effecten van dit mechanisme — zowel op individueel als op structureel niveau — te onderzoeken en om, voorbij de cijfers, te belichten wat het klachtrecht doet met het recht en met de gevangenis.

1. Introduit en 2020 en Belgique, le droit de plainte des personnes détenues constitue un tournant majeur dans la reconnaissance des droits subjectifs en prison. Ce recours, géré par des commissions indépendantes, visait à rendre la justice plus accessible, plus rapide et plus adaptée aux réalités carcérales. Pourtant, cinq ans après son entrée en vigueur, son évaluation reste lacunaire. Si la doctrine s'est régulièrement penchée sur le cadre législatif du droit de plainte et sur la jurisprudence du Conseil central de surveillance pénitentiaire (CCSP)¹, elle s'est encore

¹ Voy. not. L. TEPER, « Le droit de plainte des détenus est enfin entré en vigueur. Après l'exécutif et le législatif, le pouvoir judiciaire franchit les murs et les barreaux », *J.T.*, 2021, pp. 88-95 ; O. NEDERLANDT et L. TEPER, « Le droit pénitentiaire va-t-il enfin prendre son envol ? », in H.D. BOSLY et Ch. DE VALKENEEER (dir.), *Actualités en droit de l'exécution des peines et de l'internement*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 69-173 ; L. TEPER, « Het beklagrecht voor gedetineerden: eerste beschouwingen », *Fatik*, 2021, pp. 4-15 ; T. DAEMS, V. EECHAUDT, E. MAES et T. VANDER BEKEN, « De basiswet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerde: een status quaestionis », *Tijdschrift voor Strafrecht*, 2014, pp. 2-46 ; O. NEDERLANDT et M. LAMBERT, « La

peu intéressée aux conditions concrètes d'application de ce droit et à ses effets réels sur la vie en détention². Dans le cadre de ma recherche doctorale, j'ai donc cherché à examiner les conditions de sa validité au sens large, en questionnant son effectivité (le recours est-il utilisé ?), son efficacité (atteint-il les objectifs du législateur ?), son efficience (à quel coût ?), et sa légitimité (correspond-il aux attentes ?). Pour évaluer ces dimensions, une simple étude de la jurisprudence s'est toutefois rapidement révélée insuffisante. L'explosion du contentieux depuis 2020, amplifiée par la numérisation des décisions du CCSP et la massification des recours, rendait nécessaire une mise à distance critique d'un corpus exclusivement jurisprudentiel.

Face à ce constat, j'ai trouvé, dans la théorie de l'accélération et de la résonance développée par le philosophe Hartmut Rosa, une grille de lecture particulièrement

réforme du CCSP et des commissions de surveillance des prisons : entre attentes déçues et raisons d'espérer ? », *e-legal*, 2019, pp. 1-57, disponible sur : <https://e-legal.ulb.be/volume-n02/le-controle-des-lieux-de-privation-de-liberte-onu-conseil-de-l-europe-et-belgique-le-cas-des-prisons/la-reforme-du-conseil-central-de-surveillance-penitentiaire-et-des-commissions-de-surveillance-des-prisons-entre-attentes-decues-et-raisons-d-espérer> ; O. NEDERLANDT, « La judiciarisation de l'exécution des peines privatives de liberté », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2024, n° 2604-2605 ; O. NEDERLANDT, « La surveillance des prisons et le droit de plainte des détenus : jusqu'où ira le bénévolat ? », *J.T.*, 2017, pp. 541-554 ; T. DAEMS, « A New Complaint System for Prisoners in Belgium », in T. DAEMS et E. LARRAURI (dir.), *Just Prisons Requests and Complaints in Prisons in Europe*, Berlin, Springer Nature, 2024, pp. 103-122 ; T. DAEMS et S. MEIJER, « Beklagerecht voor gedetineerden in België en Nederland », in T. DAEMS, A. PEMBERTON, S. PLEYSIER et D. VAN DAELE (dir.), *Strafrechtelijk beleid in een vergelijkend perspectief*, Anvers, Boom juridisch, 2023, pp. 153-179 ; T. DAEMS et E. LARRAURI, « Taking Complaints and Requests in Prisons Seriously », in T. DAEMS et E. LARRAURI (dir.), *Just Prisons Requests and Complaints in Prisons in Europe*, Berlin, Springer Nature, 2024, pp. 1-9 ; C. GAMBARNOLD et L. TEPER, « Après le droit de plainte des détenus, un droit de recours pour les jeunes privés de liberté », *J.T.*, 2025, à paraître ; A. DE BROUWER, « Omission de décision et caractère individuel. Un pas en avant, trois pas en arrière ? », obs. sous C.E., arrêt n° 260.630 du 17 septembre 2024, *J.L.M.B.*, 2025, pp. 356-363 ; M. FRANSEN, « "On ne badine pas avec l'amour" : la lutte contre la pandémie peut-elle justifier l'interdiction des contacts physiques lors des visites en prison ? », obs. sous CAF, décision n° CA/21-0058 du 11 mai 2021, *J.L.M.B.*, 2021, pp. 1649-1657 ; décision n° CA/21-0058 du 11 mai 2021, *J.L.M.B.*, 2021, pp. 1649-1657 ; M. FRANSEN, « Droit de visite en prison : précision de la compétence des CdP au profit des droits des personnes détenues », obs. sous C.E., n° 260.797 du 26 septembre 2024, *J.L.M.B.*, n° 9/2025, pp. 382-385 ; L. LAPERCHE et L. TEPER, « L'indemnisation en cas de détention contraire à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants : quand le tribunal de première instance vient à la rescousse des CdP », obs. sous Civ. fr. Bruxelles, 9 octobre 2024, R.G. n° 23/4037/A, *J.L.M.B.*, 2025, pp. 893-923 ; O. NEDERLANDT, « Les plaintes des détenus ne peuvent-elles porter que sur le statut juridique interne des détenus à l'exclusion du statut juridique externe ? Une interprétation contraire à l'esprit des lois pénitentiaires », *J.L.M.B.*, 2021, pp. 1810-1823 ; L. TEPER, « Le droit de plainte des personnes détenues : un droit qui ne manque pas d'air ? », obs. sous C.E., arrêt n° 260.798 du 26 septembre 2024, *J.L.M.B.*, 2025/9, pp. 386-395 ; L. TEPER, « Le recours contre une interdiction de visite en prison : vers un éclatement du contentieux entre le Conseil d'État et les CdP ? », obs. sous CAF, décision n° CA/22-0122 du 18 août 2022, *RDPC*, 2023, pp. 71-94 ; L. TEPER, « Maintien de l'ordre en prison : quand les CdP et d'appel se lancent à l'abordage des décisions relatives à l'ordre et à la sécurité », in M.-A. BEERNAERT et D. RENDERS (dir.), *Le droit de plainte et le contentieux administratif*, Limal, Anthemis, 2023, pp. 75-110.

² Notons tout de même qu'une première évaluation a été coordonnée par le CCSP lui-même, voy. B. DE TEMMERMAN et M. NÈVE (dir.), *Trois ans de droit de plainte : évaluation et perspectives*, Bruges, La Charte, 2025.

féconde. En soulignant les effets d'accélération qui traversent nos institutions, Rosa invite à réfléchir à la manière dont le droit, et ici le droit pénitentiaire, peut perdre sa capacité à « résonner » avec le monde qu'il régule. Cette approche m'a amenée à abandonner une méthodologie fondée sur des méthodes de recherche purement documentaires au profit d'une approche hybride, mêlant étude documentaire et immersion sur le terrain. Au niveau de l'évaluation du droit de plainte, elle m'a permis de dépasser le constat d'une simple croissance quantitative des recours et d'identifier, à partir du terrain, les obstacles pratiques, les décalages normatifs et les effets concrets du mécanisme, que l'analyse des textes seule n'aurait pas permis de saisir.

2. La présente contribution ne vise pas à exposer les résultats de la recherche doctorale, mais à revenir sur les réflexions épistémologiques qu'elle a suscitées. Elle montre pourquoi et comment l'empirie s'est imposée pour étudier juridiquement le droit de plainte³, et ce qu'implique ce choix méthodologique à la lumière de la théorie de l'accélération et de la résonance.

Cette réflexion épistémologique est présentée en deux temps. Dans une première partie, je reviens sur le cadre de ma recherche doctorale sur le droit de plainte des personnes détenues, dont la compréhension est indispensable pour saisir le sens et la portée des réflexions épistémologiques sur la manière de l'étudier. Dans une seconde partie, je développe les réflexions épistémologiques issues de cette recherche. J'y montre comment la théorie de l'accélération et de la résonance d'Hartmut Rosa m'a permis d'interpréter les difficultés rencontrées face à l'abondance des décisions et d'en tirer les principales conséquences méthodologiques. Dans la foulée, je reviens sur les nouveaux questionnements induits par cette analyse, portant notamment sur ma positionnalité et, plus largement, sur les conditions d'une étude empirique du droit en prison.

I. LE CADRE : LA PLAINTÉ EN MILIEU PÉNITENTIAIRE ET SON ÉVALUATION

3. Ma recherche doctorale s'est concentrée sur le droit de plainte des personnes détenues, introduit en 2020 en Belgique⁴. Ce mécanisme, géré par des commissions composées de bénévoles, représente un progrès en termes d'accessibilité et

³ Sur la recherche empirique en droit, voy. not. D. GESUALDI-FECTEAU et E. BERNHEIM, *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques*, Montréal, Thémis, 2022. Pour des exemples récents et proches de notre système juridique de recherches empiriques en droit, voy. entre autres les travaux d'O. NEDERLANDT, de M. JADOUL, de Z. CRINE, d'A. AMADO et I. FOUCARD.

⁴ Art. 148 de la loi de principes du 12 janvier 2005 concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus (ci-après, « loi de principes »).

de gratuité⁵, en rupture avec les recours juridictionnels externes antérieurs. Alors qu'il a été adopté dans l'espoir de voir — enfin⁶ — apparaître un recours effectif pour les personnes détenues, adapté à la réalité carcérale, ce nouveau recours soulève toutefois des interrogations sur son efficacité pratique et ses conséquences institutionnelles.

L'étude de la protection des droits subjectifs en prison s'intègre dans un contexte de crises concomitantes et successives⁷ qui marquent la prison depuis qu'elle existe. Dans ma recherche doctorale, je n'entendais aucunement l'ignorer : il s'agissait plutôt de questionner le droit de plainte dans sa capacité transformatrice, à l'échelle individuelle autant qu'à l'échelle collective et à l'aune des enjeux fondamentaux qui sous-tendent la prison. Or, très vite, tout observateur de la prison réalise que ces enjeux dépassent les « crises » auxquelles on les réduit souvent. La notion même de « crise » suppose une rupture brutale et temporaire, un événement limité dans le temps et potentiellement résoluble⁸ ; et la situation carcérale actuelle n'a rien de momentané. Elle est le produit lent, chronique et dévastateur de politiques répressives et d'un sous-investissement persistant dans les prisons ou les politiques de réinsertion. Ce que certains qualifient de « crises » carcérales s'apparente en réalité à un effondrement progressif et certain, conséquence d'un processus de dégradation structurelle. À l'instar de la « catastrophe écologique »⁹, la « catastrophe carcérale » illustre l'incapacité d'un système à fonctionner correctement (sauf à considérer que le fonctionnement correct du système consiste précisément à nourrir la catastrophe). En Belgique, cette réalité

⁵ Pour un rappel, voy. L. TEPER, « Le droit de plainte des détenus est enfin entré en vigueur. Après l'exécutif et le législatif, le pouvoir judiciaire franchit les murs et les barreaux », *J.T.*, 2021, pp. 88-95 ; O. NEDERLANDT et L. TEPER, « Le droit pénitentiaire va-t-il enfin prendre son envol ? », in H.D. BOSLY et Ch. DE VALKENNEER (dir.), *Actualités en droit de l'exécution des peines et de l'internement*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 85-132 et T. DAEMS et S. MEIJER, « Beklagerecht voor gedetineerden in België en Nederland », *Strafrechtelijk beleid in een vergelijkend perspectief: een blik op de Lage Landen*, Anvers, Boom juridisch Antwerpen, 2024, pp. 153-179.

⁶ La Belgique a été condamnée et critiquée à de nombreuses reprises pour l'absence de recours effectif en prison. Voy. précisément les §§ 71-75 de l'arrêt *Vasilescu c. Belgique*, req. n° 64682/12, 25 novembre 2014 ; et §§ 19-21 de l'arrêt *Sylla et Nollomont c. Belgique*, req. n° 37768/13 et n° 36467/14 et not. CPT, *Rapport au gouvernement de la Belgique relative à la visite effectuée en Belgique par Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 24 septembre au 4 octobre 2013*, CPT/Inf (2016) 13, Strasbourg, 31 mars 2016, p. 29, disponible sur <https://www.coe.int/fr/web/cpt> (consulté le 6 janvier 2025).

⁷ Mentionnons les « crises » de légalité et de légitimité de la prison, largement commentées par la littérature. Voy. not. O. DE SCHUTTER et D. KAMINSKI (dir.), *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de reconnaissance de droits aux personnes détenues*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2002 et O. NEDERLANDT, « La judiciarisation de l'exécution des peines privatives de liberté », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2024, n° 2604, 2605, 2606 et 2607 et, sur la « crise de légitimité », la doctrine abolitionniste citée ci-dessous.

⁸ Voy. la définition disponible sur <https://www.cnrtl.fr/> (consulté le 25 janvier 2025). Je remercie Marie Jadoul d'avoir attiré mon attention sur ce point de mon analyse.

⁹ Sur le sujet, voy. M. JADOU, « La désobéissance civile dans le contexte de l'urgence écologique », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 2609-2610, 2024, 64 p.

se manifeste notamment par une inflation carcérale sans précédent, qui continue d'augmenter mois après mois¹⁰. Les conditions de détention se dégradent¹¹, et les réformes légales, qui prétendent résoudre les problèmes sans questionner les politiques d'incarcération, restent inopérantes¹².

4. Ces éléments mettent en lumière l'importance — et même l'inévitabilité — de déplacer la focale, lorsqu'il s'agit d'« améliorer » l'intérieur des prisons, vers les politiques criminelles qui sont décidées et s'appliquent à l'extérieur. Elle souligne la nécessité d'interroger davantage le sens même de la prison plutôt que sa simple adaptabilité, et tranche avec la vision de la prison comme un « monde clos ». À l'échelle de ma recherche, cela m'a amenée à éviter une approche uniquement fondée sur une logique réformiste et à tenir compte de la littérature abolitionniste qui abonde¹³. L'objectif était plutôt d'appréhender les conflits en détention dans une approche collective et holistique, non dans l'espoir d'une simple amélioration, mais avec l'ambition d'un changement de rationalité¹⁴.

Ma question de recherche tenait d'ailleurs compte de ce postulat de base. Elle était formulée en ces termes : dans quelle mesure le droit de plainte des personnes détenues en Belgique est-il juridiquement valide, concrètement effectif, efficace et efficient, perçu comme légitime par les acteurs qui le mobilisent ? Il ne s'agissait donc pas d'aborder uniquement la question très juridique de la conformité de ce nouveau recours avec les normes qui consacrent les droits fondamentaux des

¹⁰ Au 1^{er} novembre 2024, ce taux était à 14 %, soit une augmentation de 7,1 % par rapport à l'année précédente, et de 1,6 % par rapport au mois d'octobre. Un mois plus tard, ce taux avait pris presque 2 % encore portant le nombre de personnes détenues à près de 12 800 pour une capacité de 11 020 places. Ces statistiques sont celles de l'administration pénitentiaire, « Statistiques concernant la surpopulation carcérale — données surpopulation DG EPI », 1^{er} novembre 2024 et 1^{er} décembre 2024, inédits.

¹¹ Mentionnons ici l'augmentation de matelas au sol, du nombre de cellules qui accueillent dorénavant des « trios » de personnes détenues, la forte limitation des activités au quotidien en raison du caractère fini des offres de travail et de loisirs face au nombre trop important de personnes détenues, le risque accru de tensions liées à la promiscuité, etc.

¹² Rappelons ici les débats suscités par la loi du 29 juin 2021 portant opérationnalisation de la procédure d'exécution des peines privatives de liberté de trois ans ou moins et la réforme qu'elle a créée, quasi immédiatement abandonnée. Voy. O. NEDERLANDT et M.-A. BEERNAERT (coord.), *L'exécution des peines d'emprisonnement jusqu'à trois ans. Réformer en temps de surpopulation carcérale ?*, Louvain-la-Neuve, Larcier, 2025.

¹³ Citons not. les travaux de Nils Christie en Norvège, de Louk Hulsman et de Herman Bianchi aux Pays-Bas, de Emile de Girardin ou Gwenola Ricordeau en France, d'Angela Davis et de Ruth Morris en Amérique du Nord.

¹⁴ Pour Nils Christie, par ex., les conflits sont des biens communs qui enrichissent nos interactions sociales — N. CHRISTIE, « À qui appartiennent les conflits ? », in G. RICORDEAU, *Crimes et Peines. Penser l'abolitionnisme pénal avec Nils Christie, Louk Hulsman et Ruth Morris*, Caen, Grevis, 2021. Plus récemment, des auteurs analysent ces questions à l'aune de la convergence des luttes, voy. par exemple, le féminisme abolitionnisme : G. RICORDEAU, *Pour elles toutes, Femmes contre la prison*, Montréal, Lux, 2019, 240 p. ; A. DAVIS, G. DENT, E. R. MEINERS et B. E. RICHIE, *Abolition. Feminism. Now.*, Londres, Penguin Books, 2022, 272 p. Sur la rationalité pénale, voy. J.-F. CAUCHIE et D. KAMINSKI, « Éléments pour une sociologie du changement pénal en Occident. Éclairage des concepts de rationalité pénale moderne et d'innovation pénale », *Champ pénal/ Penal field*, 2017, p.

personnes détenues (précisément le droit à un recours effectif), mais d'intégrer en outre la question, plus large, des *effets* de l'utilisation des recours en prison, qu'ils soient, ou non, attendus ou désirés. L'évaluation ainsi proposée reposait notamment sur les écrits de Michel Van de Kerchove et François Ost, pour qui « est valide la norme ou l'acte dont on reconnaît, dans un système donné, qu'il doit sortir les effets de droit que ses auteurs entendraient lui attribuer »¹⁵. À côté de l'étude de la *légalité* du mécanisme analysé (le droit de plainte répond-il aux normes de droit qui lui sont supérieures ?), il s'agissait d'envisager la question de la validité sous l'angle de l'*effectivité* (ce recours est utilisé ?), de l'*efficacité* (est-il conforme aux buts de la loi ?), de la *légitimité* (est-il conforme à ce que l'on peut attendre de lui ?) et de l'*efficience* (à quels coûts ?) du droit de plainte.

II. L'OUTILLAGE : LA NÉCESSITÉ D'ARTICULER LE DROIT DANS LES TEXTES ET LE DROIT EN ACTION

5. Pour ainsi étudier la validité du droit de plainte des personnes détenues, il m'a semblé dans un premier temps qu'une étude documentaire, centrée sur la jurisprudence, suffirait. Mais le droit de plainte a finalement bouleversé le contentieux pénitentiaire : en quelques mois, le nombre de décisions de jurisprudence accessibles a explosé, alors que ces décisions étaient inaccessibles avant l'entrée en vigueur du droit de plainte (A). Face à ce qui s'apparente à une « accélération », au sens qu'en donne le philosophe Hartmut Rosa, il est paru clair que ma compréhension de la matière demeurerait partielle si elle n'était accompagnée d'une démarche sur le terrain¹⁶ (B). En faisant le choix d'une réorientation méthodologique, j'ai rencontré de nouveaux défis méthodologiques, liés au rapport au temps dans cet univers particulier, marqué par ses propres rythmes et contraintes et à la posture singulière de la chercheuse-juriste, qui implique de naviguer entre des exigences scientifiques et les réalités complexes du terrain (C).

A. De l'opacité à la profusion : défis de la recherche documentaire en matière de droit de plainte

6. La littérature a fréquemment critiqué la non-accessibilité des actes et décisions rendus dans le domaine pénitentiaire, le qualifiant tantôt

¹⁵ Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 2002, p. 309. Voy. égal. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1987, p. 264 ; Ch. MINCKE, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1998, vol. 40, pp. 115-151 ; E. GUBA et Y. LINCOLN, *Fourth Generation Evaluation*, Newbury Park, Sage, 1989, pp. 31 et s.

¹⁶ Un séjour de recherche a complété l'analyse, mais compte tenu des limites imposées par le format de cet article, je ne l'aborderai pas ici.

d'« opaque »¹⁷, tantôt d'« arbitraire »¹⁸ ; le second qualificatif pouvant traduire jusqu'à une suspicion de mauvaise foi, voire de rétention d'information, dans le chef de l'administration pénitentiaire. Sans y voir d'intention malveillante, une réalité percevable lorsque l'on parvient à récolter un nombre important de décisions de jurisprudence mérite ici d'être mentionnée : un nombre très restreint d'avocat·e·s se partage la défense de l'État belge, contre une pluralité défendant des personnes détenues. L'administration pénitentiaire, presque toujours défendue par le même conseil, a matériellement bénéficié d'un large panel de décisions pour asseoir, au fil du temps, son argumentation. À l'inverse, les défenses de personnes détenues reposaient sur la solidarité entre les avocat·e·s, souvent inexistante dans les faits sauf entre de petits groupes d'avocat·e·s spécialistes du droit pénitentiaire (par le biais, à Bruxelles par exemple, d'un groupement associatif que ces dernier·e·s composent en majorité, l'OIP — section belge).

Consciente de cette réalité, j'ai passé beaucoup de temps et d'énergie à tenter d'obtenir une copie des décisions rendues en la matière. La collaboration avec un réseau d'avocat·e·s s'étant avérée insuffisante, j'ai sollicité l'accord de l'administration pour avoir accès à sa base de données. S'agissant d'une institution publique, et, souvent, de décisions non anonymisées, j'ai été confrontée à quelques contraintes administratives et organisationnelles, parmi lesquelles un screening de mon projet de recherche et de mon profil personnel, la conclusion d'un contrat reprenant une clause de confidentialité et une lenteur inhérente à une telle coopération.

7. Au stade du dépôt de mon projet de thèse, mon ambition était d'engager une étude inductive, soit sans l'élaboration préalable d'hypothèses¹⁹, au départ de l'ensemble de la jurisprudence prononcée en matière de statut juridique interne des personnes détenues (c'est-à-dire concernant l'encadrement de la vie à l'intérieur de la prison, et non les modalités d'exécution des peines). Compte tenu du caractère non publié de ces décisions, je n'avais alors, en toute logique, aucune indication sur l'étendue du contentieux ou sur sa diversité. La collaboration avec l'administration pénitentiaire n'a pas été très fructueuse à cet égard : les décisions en sa possession étaient archivées chronologiquement, et non selon leur objet. Il me fallait par conséquent les trier, pour identifier ce qui relevait du statut juridique interne et exclure ce qui sortait du champ d'application de ma recherche.

¹⁷ Voy. par exemple l'introduction générale de l'ouvrage de M.-A. BEERNAERT, *Manuel de droit pénitentiaire*, Limal, Anthemis, 2007.

¹⁸ Ph. MARY, *Enjeux contemporains de la prison*, Bruxelles, F.U.S.L., 2013, p. 25, qui explique : « on n'a jamais autant parlé de droit en prison : droit en général pour contrer le pouvoir discrétionnaire, voire l'arbitraire, de l'administration, mais aussi droits des personnes détenues pour "normaliser" la vie en prison et la rapprocher de la plus possible de la vie extérieure ».

¹⁹ Voy. M. CHARMILLOT et C. DAYER, « Démarche compréhensive méthodes qualitatives : clarifications épistémologiques », *Recherches qualitatives — hors-série*, 2007, p. 134.

Pour gagner en efficacité, j'ai eu accès à un fichier de suivi dans lequel des juristes analysaient brièvement l'ensemble de ces décisions. Ce fichier faisait mention de 2 872 décisions, réparties par années. Si je ne gardais que celles qui paraissaient, à la lecture du document, se rapporter à ma recherche, j'en avais 2 419. Il s'est toutefois rapidement avéré qu'une grande partie de ces documents étaient inaccessibles, car non numérisés, à un moment où le SPF Justice était en plein déménagement. Nous avons donc établi que je ne prendrais que les décisions postérieures à 2016, année particulièrement intéressante pour le droit pénitentiaire, car marquée par de nombreuses grèves en prison²⁰. Il en restait près de 1 000, la majorité numérisées, que j'ai analysées jusqu'à saturation de l'information²¹.

8. Le 1^{er} octobre 2020, le droit de plainte était entré en vigueur. Il me fallait donc également collecter les toutes premières décisions rendues par les commissions des plaintes (« Cdp ») et d'appel (« CA »).

Si, dans un premier temps, le travail en réseau m'a permis d'en récupérer quelques-unes, j'ai finalement été rattrapée par la publication par le CCSP, en février 2022, d'une base de données contenant l'ensemble des décisions rendues par les Cdp et les CA²². Le nombre de décisions auquel j'allais avoir accès a tout simplement explosé : au 7 janvier 2025, plus de 12 000 décisions des Cdp et CA étaient publiées sur le site du CCSP²³, soit quatre fois plus, en quatre ans, que l'ensemble des décisions répertoriées par l'administration pénitentiaire pendant près de 20 ans, entre 2000 et 2019 (lesquelles recouvraient l'actuel champ d'application du droit de plainte, mais ne s'y limitaient pas, rappelons-le), avec de plus en plus de dossiers de plaintes ouverts d'année en année, comme en atteste le tableau suivant :

	Flandre		Bruxelles		Wallonie		Total
oct.-déc. 2020	182	61,90 %	22	7,48 %	90	30,61 %	294
2021	1 142	63,83 %	188	10,51 %	459	25,66 %	1 789
2022	1 519	63,72 %	262	10,99 %	603	25,29 %	2 384
2023	2 536	60,90 %	506	12,15 %	1 122	26,95 %	4 164
augmentation 2021-2023	+122 %		+169 %		+144 %		+133 %

Source : nombre de décisions rendues par année en première instance — CCSP — Rapport annuel 2023

²⁰ En témoigne le nombre de décisions rendues à l'époque, qui passe de 171 en 2015 à 416 l'année suivante, pour redescendre à 183 l'année qui suit.

²¹ Soit lorsque l'ajout de nouvelles décisions à analyser ne permettait plus de découvrir de nouvelles informations ou tendances significatives — voy. A. MUCCHIELLI (dir.), *Dictionnaire des méthodes qualitatives en sciences humaines*, Paris, Armand Colin, pp. 226-227.

²² CCSP, Rapport annuel 2022, p. 9, disponible sur <https://www.ccsf.belgium.be>.

²³ Ces décisions sont disponibles sur le site du CCSP, <https://jurisprudence.ccsf.belgium.be/Decisions-et-appels>.

Vu l'immensité du matériau, j'ai finalement exclu de l'analyse toutes les décisions rendues en première instance par les CdP, pour me limiter à toutes celles rendues en appel entre 2020 et 2023 compris. De ces décisions, j'ai collecté les données quantitatives qui m'intéressaient pour évaluer le degré d'utilisation du recours ou questionner son impact et son efficacité (les prisons concernées, le sexe des plaignant·e·s, les délais de la procédure, etc.²⁴), et je les ai consignées dans un tableau²⁵. La lecture des décisions m'a, en outre, permis d'identifier et d'analyser des questions de procédure ou de fond intéressantes²⁶.

9. L'écart auquel j'ai ainsi été confrontée entre la difficulté d'accès aux décisions rendues en matière pénitentiaire suivie de leur ultra-disponibilité, était vertigineux. L'augmentation drastique, en peu de temps, du nombre de recours en matière pénitentiaire par le seul fait de l'entrée en vigueur du droit de plainte l'était tout autant. Sans ignorer les causes juridiques qui pourraient expliquer que le droit de plainte soit davantage mobilisé que les recours ordinaires des ordres judiciaire et administratif, il m'est alors apparu que cette transformation du droit pénitentiaire disait quelque chose de l'ère dans laquelle elle s'ancrait : dans ce changement de paradigme, ne pouvait-on pas également percevoir une forme d'accélération sans précédent, propre à la société contemporaine ?

Le philosophe allemand Hartmut Rosa a théorisé ce phénomène dans son ouvrage *Accélération : une critique sociale du temps*. À partir du constat que « tout devient toujours plus rapide »²⁷, il établit que l'accélération est un phénomène motivé par une dynamique propre au système capitaliste, qui pousse incessamment à l'innovation et à la production²⁸. Ce rapport au monde, explique le philosophe, n'intervient pas sans effets néfastes, au premier rang desquels un

²⁴ Les décisions publiées sur le site du CCSP étant anonymisées, la collaboration avec différents partenaires s'est avérée utile pour l'approfondissement de ces données. Je les remercie chaleureusement.

²⁵ Les rapports annuels des commissions de surveillance et du CCSP ont par ailleurs été mobilisés comme des sources empiriques supplémentaires. Ces documents fournissent des informations utiles sur le point de vue des acteurs et actrices, nécessaires à la compréhension de certains chiffres.

²⁶ J'en ai tiré plusieurs articles et chroniques de jurisprudence. Voy. not. AUTEUR, « Maintien de l'ordre en prison : quand les CdP et d'appel se lancent à l'abordage des décisions relatives à l'ordre et à la sécurité », in M.-A. BEERNAERT et D. RENDERS (dir.), *Le droit de plainte et le contentieux administratif*, Limal, Anthemis, 2023, pp. 75-110 et co-rédigé avec M.-A. BEERNAERT, O. NEDERLANDT et V. TRUILLET, « Chronique de jurisprudence en matière d'exécution des peines et des mesures », *R.D.P.C.*, 2023, pp. 786-851 et 2024, pp. 749-835.

²⁷ H. ROSA, *Accélération. Une critique sociale du temps*, Paris, La Découverte, 2010, 480 p. Un deuxième ouvrage a complété celui-ci, traduit en français deux ans plus tard : H. ROSA, *Aliénation et accélération. Vers une théorie critique de la modernité tardive*, Paris, La Découverte, 2012, 156 p.

²⁸ H. ROSA, *Accélération. Une critique sociale du temps*, op. cit., pp. 96-98 et tout le chapitre 8 de son ouvrage, intitulé « Accélération et croissance : les forces motrices externes de l'accélération sociale », pp. 199-240.

risque d'aliénation des individus, qui traduit une incapacité à « résonner » avec ce qui (et ceux et celles qui) les entoure. Or, pour Rosa, la « résonance » permet à l'inverse une relation dynamique et signifiante avec le monde, qui, contrairement à une simple appropriation utilitaire des choses ou des relations, implique une connexion authentique, où l'individu se sent touché et transformé par ce qui l'accompagne, tout en ayant lui-même une influence sur cet environnement ²⁹.

Rosa, comme d'autres après lui ³⁰, nous amène ainsi à nous méfier de l'accélération du monde, de l'idéalisation de la modernité et des changements technologiques qu'elle peut apporter. Appliquées à ma recherche, les théories de l'accélération et de la résonance m'ont poussée à voir d'un œil critique l'augmentation du taux de recours en milieu pénitentiaire ainsi que la numérisation et la mise en ligne d'une base de données contenant des milliers de décisions de jurisprudence. J'ai alors pu mettre à distance mon ambition initiale de me limiter à l'étude de ces décisions.

L'accélération peut être technique (c'est-à-dire relative à des améliorations de performance, en sport ou informatiques par exemple), sociale (c'est-à-dire une augmentation du « rythme d'obsolescence des expériences », une « compression du temps présent », typique d'un changement fréquent de régime légal), ou du rythme de vie (c'est-à-dire une augmentation du nombre d'expériences par unité de temps, comme un changement régulier de métier par exemple) ³¹. La large mise à disposition des décisions et la multiplication des recours en matière pénitentiaire sont des bons exemples d'accéléérations, avec l'explosion des plaintes depuis l'entrée en vigueur du droit de plainte et la superposition des recours disponibles ³². Ces formes d'accélération ont influencé ma méthodologie et mon analyse. D'une part, la mise en ligne des décisions des commissions, bien qu'apportant une transparence bienvenue et attendue, engendrait une surcharge informationnelle difficile à traiter. D'autre part, la théorie de l'accélération m'a conduite à dépasser l'hypothèse simpliste selon laquelle l'augmentation des recours traduirait un meilleur respect des droits fondamentaux. Il s'agissait à l'inverse de m'interroger sur les effets potentiellement délétères de cette application du droit de plainte : déforçerait-elle les droits qu'elle cherche à protéger ? Heurterait-elle les attentes initiales ? Ne produit-elle pas aussi des

²⁹ H. ROSA, *Résonance. Une sociologie de la relation au monde*, Paris, La Découverte, 2021, 544 p.

³⁰ Voy. sur le sujet, not., le numéro spécial « Résonance et communication » de la revue *Réseaux*, 2022, n° 235, 2022, 316 p. Citons encore à titre d'illustration l'organisation, dans les murs de l'UCLouvain, d'un workshop international consacré à l'utilisation de la théorie de la résonance dans le domaine politique, organisé par l'institut supérieur de la philosophie en 2023.

³¹ H. ROSA, *Accélération. Une critique sociale du temps*, op. cit., pp. 86-103.

³² Le tribunal de première instance de Bruxelles a établi que l'octroi d'une compensation par une CdP en raison de l'annulation d'une décision directoriale ne faisait pas obstacle à une demande de réparation du dommage découlant de la faute du directeur — Civ. fr. Bruxelles, 9 octobre 2024, R.G. n° 23/4037/A, inédit.

formes d'aliénations³³, qui produisent notamment désinvestissement et sentiment de culpabilité³⁴ ?

Des éléments tangibles m'ont rapidement confortée dans cette approche. Par exemple :

- la professionnalisation croissante du CCSP, qui se traduit par un « engagement intensif » au sein de son « secrétariat permanent », est le signe d'une transformation motivée par l'ampleur du droit de plainte³⁵, passant de huit juristes en 2020 à près de trente en 2024 (davantage des « référendaires »³⁶ que des « secrétaires »). Or, on est en droit de questionner l'idée même d'adjoindre aux commissions un tel dispositif : pour le législateur, les plaintes devaient être uniquement traitées par des commissions indépendantes, pluridisciplinaires, proches des réalités pénitentiaires, qui puissent mener en prison une « politique de présence »³⁷, sans qu'une éventuelle assistance par des référendaires juristes apparaisse dans les travaux préparatoires³⁸ ;
- les décisions rendues souffrent de leur caractère technique, souvent succinct. Les délais endéans lesquels elles doivent être rendues ne sont pas respectés. Ici aussi, ces constats, plus que probablement justifiés par l'augmentation de la charge de travail, vont à l'encontre de l'objectif législatif d'un recours compréhensible, accessible et rapide³⁹ ;
- la rationalisation imposée par la surcharge de travail conduit les directeurs et directrices à adopter une « politique de la chaise vide »⁴⁰ en audience, ou à se répartir les dossiers de manière problématique⁴¹. Cette situation empêche le directeur ayant pris la décision contestée

³³ Rosa en distingue cinq types : l'aliénation au temps, aux choses, aux actions, à soi-même, et à l'espace. Une aliénation au temps se traduira par exemple par un sentiment de constamment devoir courir après le temps, non plus pour avancer mais simplement pour pouvoir rester sur place ; une aliénation aux choses, aux actions ou aux autres impactera le soin que l'on donne à nos objets, à nos tâches, à soi-même ou aux autres, générant en retour un sentiment de culpabilité et de désinvestissement, etc. Voy. H. ROSA, *Aliénation et accélération : vers une théorie critique de la modernité tardive*, op. cit.

³⁴ À titre d'exemple, Lyre (nom d'emprunt), sur l'omniprésence du papier dans la procédure, indique : « Ça dessert aussi notre motivation à la décision disciplinaire, parce que bon, quand on doit remplir des formulaires, on le fait rapidement vu que c'est à la chaîne. Faut bien se rendre compte : y a des moments où on a 9 disciplinaires, dont des bagarres, plus 10 entrants, et faut tout faire en même temps dans un espace de temps très réduit avec plein d'événements qui se passent autour ».

³⁵ CCSP, Rapport annuel 2023, p. 60.

³⁶ Ce terme n'apparaît pas dans la loi, qui parle plutôt de « secrétariat ». En raison du caractère limité de la présente contribution, je ne développerai pas davantage cette question ici.

³⁷ Voy. le rapport de la commission Dupont, p. 97.

³⁸ La création du secrétariat des plaintes est tirée d'une lecture extensive de l'article 29 de la loi de principes, selon lequel chaque commission de surveillance est assistée par un secrétariat.

³⁹ Rapport de la commission Dupont, p. 97.

⁴⁰ Voy. CCSP, Rapport annuel 2023, p. 45. Propos également recueillis lors d'entretiens avec des membres des directions interrogé·e·s.

⁴¹ Propos recueillis lors d'un entretien avec Physalis, avocat·e, le 8 janvier 2025.

de défendre son dossier, diminuant ainsi la qualité des audiences. Les membres des directions, fréquemment pressé·e·s par le temps, décrivent d'ailleurs ressentir une aliénation conforme à la description de Rosa : un sentiment de courir après le temps, avec des conséquences sur la qualité du travail et sur l'investissement personnel. Lyre (nom d'emprunt) nous dit ainsi en entretien : « parfois ce n'est matériellement pas possible de signifier [la décision] en 24 h », ou encore « je dois avouer que déjà moi je lis uniquement les décisions qui concernent les plaintes que j'ai dû assumer ; les autres, je ne les lis pas, j'ai pas le temps, je n'ai pas le temps ». Orion (nom d'emprunt) de son côté, indique dans le même sens : « c'est vrai qu'on n'a pas toujours le temps non plus de tout lire en profondeur. On essaye hein, mais voilà, c'est vraiment aussi beaucoup de temps. On prend déjà beaucoup. On prend déjà parfois beaucoup de temps pour rédiger une défense parce qu'on essaie de faire ça correctement, on essaye vraiment de faire comprendre le pourquoi on a pris cette décision-là. Mais oralement, c'est plus facile — en tout cas pour moi — que par écrit (parce que on peut voir si les gens comprennent ou ne comprennent pas ; on peut poser des questions en direct, donc c'est plus facile) ».

10. Il est vrai, la mise en ligne des décisions a atténué un risque d'asymétrie d'accès à la justice, mais cette avancée est difficile à évaluer maintenant que le contentieux pénitentiaire a profondément changé. Avant le droit de plainte, les conflits opposaient généralement le détenu à l'État belge, chaque partie étant représentée par un·e avocat·e. Aujourd'hui, le directeur ayant pris la décision contestée devient l'unique adversaire⁴², sans avocat pour le représenter, et l'administration pénitentiaire, dans sa configuration actuelle, ne peut suivre l'ensemble des plaintes. L'ancienne asymétrie liée à l'accès inégal à l'information n'a donc plus lieu, sauf dans des cas limités relevant encore des juridictions de l'ordre judiciaire.

11. Sans prétendre que ces effets soient exclusivement le produit d'une accélération au sens qu'en donne Rosa, ces réflexions autour de l'accélération m'ont mise en garde face à une idéalisation de la digitalisation et de la grande disponibilité des sources. Elles m'ont poussée à voir ce matériau non comme la source principale de ma recherche, mais comme l'un des éléments à analyser, contenant certes des informations précieuses, mais constituant également, entre autres choses, le miroir d'une société qui s'accélère maladivement, ce qui n'épargne pas le droit pénitentiaire.

⁴² C.E., 31 janvier 2022, n° 252.828. Voy. B. CUVELIER, « Le Conseil d'État en tant que juge de cassation des Commissions d'appel des Commissions des plaintes — Procédure et premiers enseignements », in M.-A. BEERNAERT et D. RENDERS (dir.), *Le droit de plainte et le contentieux administratif*, Limal, Anthemis, 2023, pp. 57 et s.

B. Le terrain pour rentrer en « résonance » avec le sujet de recherche

12. Face à ces constats, il m'a fallu trouver un sens nouveau à ma manière de chercher, me permettant une analyse plus approfondie du droit de plainte. Or, Rosa soutient que pour contrecarrer ce « problème central de notre temps » qu'est l'accélération, la « résonance » apparaît comme la « solution » préférentielle⁴³. À mon échelle, il m'est apparu que seul un ancrage sur le terrain pouvait me permettre la résonance escomptée : si l'accélération risquait d'appauvrir les informations recueillies de l'extérieur pour appréhender la prison, et plus particulièrement le droit de plainte, il m'était nécessaire de franchir les murs afin d'éclairer les zones d'ombre que mes données seules ne permettaient pas de révéler.

Mon terrain a constitué en des observations dans deux prisons du Royaume, l'une au sud, l'autre au Nord. Le choix de réaliser des observations directes était justifié par deux raisons principales. D'une part, cela permettait une immersion au cœur de mon objet de recherche, « dans le monde de l'autre »⁴⁴, socialement très éloigné du mien. Cette expérience immersive reconnaissait « l'autre » (les personnes détenues, le personnel pénitentiaire, l'institution en soi, etc.), comme détenteur de savoirs. Elle offrait une opportunité d'explorer la dynamique des relations propres à une prison, permettant ainsi de saisir le monde social où naît une plainte et d'analyser l'impact qu'elle exerce sur ce monde. Plus pragmatiquement, l'observation de la détention m'amenait à comprendre comment et où la plainte était déposée, reçue et traitée en prison. Elle me vaudrait ainsi d'analyser le droit de plainte dans toute sa complexité, à la lumière des vécus et représentations des personnes qu'il concerne ainsi que des interactions et rapports sociaux qu'il induit. D'autre part, l'observation directe participait d'un changement de posture, nécessaire pour me réapproprier ce terrain qui ne m'était pas inconnu. Si cette fois-ci, je plongeais dans l'univers carcéral avec une casquette de « chercheuse », ce n'était en effet pas la première fois que je côtoyais ce milieu. Avant le début de ma thèse, j'ai exercé un mandat de commissaire de surveillance au sein de la prison d'Ittre, ce qui m'a donné une connaissance déjà ancrée de la prison et de ses problématiques, et m'a valu de rencontrer à de nombreuses reprises des membres de la direction de l'établissement et des personnes détenues. Avec l'exercice par la suite de la profession d'avocate, j'ai conservé un lien proximal avec l'univers carcéral, au contact régulier de mes clients et clientes incarcéré·e·s. Cette fois-ci, je m'y rendais avec une autre posture, nécessairement plus spontanée, qui m'obligeait à « questionner ma propre subjectivité

⁴³ H. ROSA, *Résonance. Une sociologie de la relation au monde*, op. cit., p. 7.

⁴⁴ J. PENEFF, « Le sens de l'observation est-il utile en sociologie ? », *Sociologies*, 2011, 10 p.

et mon propre positionnement » par rapport à la prison, « afin de favoriser la prise de distance essentielle sur le terrain d'observation »⁴⁵.

À côté de ces observations, j'ai mené des entretiens semi-directifs avec les acteurs du droit de plainte : dix personnes détenues, six membres des directions des établissements, deux avec l'administration pénitentiaire, deux avec des avocat·e·s, deux avec des membres de commissions de surveillance ou du CCSP. Ces entretiens avaient pour objectif de recueillir les perceptions de ces personnes sur le droit de plainte ainsi que leurs expériences sur ce nouveau mécanisme de recours⁴⁶. Notons ici que l'analyse de la jurisprudence réalisée en amont a constitué un élément clé pour la préparation des entretiens : les données chiffrées et qualitatives que j'ai récoltées m'ont permis d'identifier certains enjeux liés à la mise en œuvre du droit de plainte, qui ont constitué une ressource solide pour me guider pendant mon empirie⁴⁷. L'étude de ces décisions ne m'a toutefois pas cadennassée, de sorte que je ne me suis pas limitée aux éléments préalablement identifiés, et que j'ai inclus dans mon analyse des éléments inobservables dans les textes mais qui sont apparus sur le terrain, certains observables à l'œil nu, d'autres tirés des discussions formelles et informelles que j'ai eues avec des acteurs et actrices.

Dans un second temps, j'ai anonymisé l'ensemble des données récoltées pour des raisons évidentes de confidentialité. Ce corpus a alors été analysé à l'aide d'un programme informatique de codage, *Atlas.ti*. Au terme d'un travail itératif, ce codage m'a permis de monter en généralité en identifiant des thèmes à analyser. Il a structuré et richement alimenté mon travail doctoral.

13. Contrairement à ce que permettait la seule analyse de la jurisprudence, une démarche conjointe (étude de la jurisprudence et démarche sur le terrain) pouvait apporter une réponse dynamique et multifactorielle de ma question de recherche. Elle permettait d'inclure le point de vue des acteurs et de dépasser la simple analyse qui pouvait être faite de l'écart entre le droit et la pratique. Cela me valait en outre d'aborder la question très concrète — et très peu étudiée — de la mise en pratique de ce recours en prison, des modalités de l'information de la personne détenue sur ses droits à la notification et l'exécution de la décision la concernant.

Avec la quête de « résonance » décrite ci-dessus, la complémentarité de méthodes pour récolter les données (étude des textes et étude de terrain) me permettait en

⁴⁵ E. BERNHEIM, « L'observation : une immersion au service de la compréhension du "droit vivant" », in D. GESUALDI-FECTEAU et E. BERNHEIM, *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques*, Montréal, Thémis, 2022, p. 142.

⁴⁶ Voy. R. QUIVY et L. VAN CAMPENHOUDT, *Manuel de recherche en sciences sociales*, 5^e éd., Paris, Dunod, 2017, p. 174.

⁴⁷ Sur le pluralisme méthodologique, voy. M. LAMONT et A. SWIDLER, « Methodological Pluralism and the Possibilities and Limits of Interviewing », *Qualitative sociology*, 2014, pp. 153-171.

effet de « rendre compte de l'articulation entre le droit et les activités sociales »⁴⁸. Elle me valait aussi d'appréhender le droit *en tant qu'activité sociale*⁴⁹. Ainsi approché, le droit (et plus précisément le droit de plainte) pouvait être étudié non seulement en tant qu'ensemble hiérarchique de normes, mais également en tant que « système d'actions » dans lequel entrent en dialogue des acteurs et actrices individuel·le·s et institutionnel·e·s, chacun·e ayant son rôle et ses représentations du système⁵⁰. Accessoirement, me rendre en prison m'amènerait à retracer très concrètement le « chemin de la plainte », qui sépare le plaignant de l'exécution de la décision rendue sur sa plainte, ce qui constituait un apport inédit par rapport à la littérature disponible.

Dans ma démarche, il n'a dès lors pas été question de donner davantage de poids à la théorie qu'à la pratique. Il s'agissait plutôt de voir comment la théorie et la pratique s'alimentaient (ou non) l'une l'autre. Je reconnaissais ce faisant que le droit de plainte n'était pas que ce que la loi ou la jurisprudence disaient de lui : il pouvait ainsi être étudié en tenant compte de ses limites, de ses écueils invisibles sur papier, et de son appropriation par celles et ceux qu'il concerne au quotidien, dont le recueil de la parole s'est avéré primordial pour le travail de théorisation.

C. Quelques enjeux épistémologiques rencontrés sur le terrain de la prison : injustices et positionnalité

14. Une démarche empirique en prison ne s'organise toutefois pas sans contraintes⁵¹. Elle implique notamment d'obtenir une autorisation d'accès aux prisons de la part de l'administration pénitentiaire, qui doit elle-même s'assurer de la disponibilité de la direction locale pour accueillir une chercheuse au sein de son établissement.

Dans le cadre de ma recherche, cette étape a pris un temps considérable : deux mois après avoir envoyé ma demande à la direction générale de l'administration pénitentiaire, accompagnée d'un document présentant ma recherche et détaillant ma méthodologie, j'ai dû remplir et renvoyer par mail un « formulaire de demande de recherche universitaire » établi par la direction générale des établissements pénitentiaires, dans lequel il m'était demandé de re-présenter mes coordonnées personnelles, la description de ma recherche et ma méthodologie. Aucune réponse n'a été réservée à ce courriel, envoyé le 23 mars 2023, avant le

⁴⁸ G. VALLÉE, « La jurisprudence, les archives institutionnelles et les entretiens : des sources utiles pour une étude empirique du droit ? L'exemple de recherches en droit du travail », in D. GESUALDI-FECTEAU et E. BERNHEIM, *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques*, op. cit., p. 59, qui cite le texte introductif du colloque ayant donné lieu à cet ouvrage.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Une telle approche a également été celle de Guylaine Vallée, *ibid.*, p. 58.

⁵¹ Pour un exemple concret, voy. not. l'introduction de l'ouvrage de C. ROSTAING, *La relation carcérale. Identités et rapports sociaux ans les prisons de femmes*, Paris, PUF, 1997.

22 septembre 2023, date à laquelle on m'indiquait simplement que mon dossier n'était pas encore traité.

À croire que l'accélération de la pratique s'accompagnait par un ralentissement pour la recherche, j'ai finalement obtenu l'autorisation de réaliser ma recherche dans deux prisons un an après l'avoir sollicitée auprès de l'administration pénitentiaire. Contrairement à ce que j'avais anticipé, l'administration pénitentiaire m'a donné accès à une autre prison néerlandophone que celle pour laquelle j'avais postulé, sans toutefois justifier ce choix. En revanche, j'ai obtenu sans difficulté l'autorisation d'entrer dans les établissements pénitentiaires munie d'un enregistreur et d'un appareil photo me permettant de documenter les lieux propres au processus de plaintes, et de me déplacer librement dans la prison.

15. Les observations que j'ai menées étaient inductives et m'ont conduite dans plusieurs zones de la prison, non définies à l'avance. J'ai évidemment passé du temps dans les ailes qui abritent les cellules des personnes détenues et les bureaux du personnel pénitentiaire ainsi que dans les couloirs administratifs où travaille la direction, mais pas uniquement : j'ai aussi mené des observations au greffe, au service informatique, auprès de commissaires de surveillance, en audience de la CdP ou aux intersections de couloirs et autres pas-de-porte où se produisaient de riches interactions. J'ai ainsi pu observer, soit « regarder, écouter, vivre “avec”, amasser divers documents et même compter »⁵² jusqu'à documenter le « chemin » de la plainte, et en saisir les principaux enjeux. Cette documentation a été rendue possible par une prise de notes minutieuse, qui m'a été précieuse tant pour produire une « description détaillée » du droit de plainte que pour le décortiquer analytiquement⁵³. Le droit de plainte m'est ainsi apparu comme un droit « vivant », soit un fait social en plus d'être une norme juridiquement contraignante⁵⁴.

S'agissant d'un milieu où tout le monde se connaît ou se reconnaît, je n'ai pas pu réaliser mes observations en ne restant qu'en retrait, sans décliner mon identité. Outre le fait qu'il me fallait recueillir le consentement des personnes observées, cela a parfois eu pour conséquence que mes observations n'étaient pas que « directes ». Je n'ai par ailleurs jamais caché la présence de l'enregistreur ni son utilité, mais cela a très peu questionné mes interlocuteurs et interlocutrices. La prise de photos n'a, pareillement, pas suscité de réaction particulière. Mais comme la commission de surveillance est l'une des seules instances autorisées à faire usage d'un appareil photo en prison au quotidien, j'ai attendu de finir mes observations avant de prendre des photos, pour éviter la confusion dans l'esprit des personnes que je rencontrais.

⁵² A. PIETTE, *Ethnographie de l'action. L'observation des détails*, Paris, Métailié, 1996, p. 11, cité par E. BERNHEIM, « L'observation : une immersion au service de la compréhension du “droit vivant” », *op. cit.*, p. 133.

⁵³ E. BERNHEIM, « L'observation : une immersion au service de la compréhension du “droit vivant” », *op. cit.*, p. 142.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 133.

16. Cette crainte d'être perçue de manière erronée par le personnel pénitentiaire ou la population détenue, ou d'interférer sur les dynamiques observées, ne s'est pas révélée dénuée de conséquences sur le déroulement de ma recherche. Ma posture et les représentations qu'avaient mes interlocuteurs et mes interlocutrices ont généré des biais indépendants de ma volonté — tels que des préjugés sur mes opinions. Certains ont pu être aisément contournés, d'autres peuvent difficilement être isolés des données collectées⁵⁵. Une constante s'est dégagée : mon positionnement, bien que clairement explicité dès le départ, n'a pas été reçu de manière uniforme par les membres de la direction et par les personnes détenues ayant participé à mon étude. D'un côté, les membres de la direction semblaient me considérer comme une experte qualifiée, voire comme une collègue, partageant un même cadre de références. Cette perception a permis l'élaboration d'un espace d'échange relativement égalitaire, favorisant des entretiens marqués par une grande liberté de parole et une spontanéité dans la formulation des réflexions. De l'autre, les personnes détenues m'ont davantage perçue comme une figure d'experte-conseil, allant jusqu'à me demander des conseils juridiques, ce qui a pu influencer la dynamique de nos échanges. J'ai souvent noté une forme d'attente implicite ou explicite de guidage qui ne s'est pas manifestée avec la direction. Par exemple, Vénus (nom d'emprunt) m'a dit, juste après s'être présenté : « Allez-y, posez-moi des questions précises », se montrant, à la fin de chacune de ses courtes explications, en l'attente d'une nouvelle question et à l'affût de ce que je pouvais dire. Quant à Jupiter (nom d'emprunt), il engendrera une « métacommunication » dès le début de notre échange sur le contenu des réponses que j'attendais. Dans les deux cas, je me suis retrouvée dans une posture où mon rôle n'était pas seulement de recueillir les propos mais aussi de les soutenir plus fermement.

Nos positionnements respectifs m'ont en outre paru influencer le ton employé par mes interlocuteurs et interlocutrices. Celui des personnes détenues, rencontrées dans leur cellule, souvent assises sur leur lit, était plus personnel que celui des membres des directions, rencontrées dans leurs bureaux, parfois en visioconférence. Là où l'ensemble des personnes détenues interrogées ont évoqué, à un moment ou un autre des entretiens (et sans que mes questions ne portent là-dessus), des éléments de leur vie privée, les membres des directions n'ont jamais dévié, sauf rares exceptions, du sujet central qui nous préoccupait, le droit de plainte. Ainsi, à la question « qui êtes-vous ? », que j'ai posée à tous et à toutes après avoir présenté le cadre de l'entretien, la quasi-totalité des personnes détenues se sont présentées en précisant leur âge, leur situation familiale et les types de faits pour lesquels elles étaient incarcérées. De leur côté, les membres des directions se sont tous et toutes limités à une présentation de leur carrière professionnelle.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 147.

Plus encore, lors des entretiens, les personnes détenues m'ont paru vouloir constamment me prouver qu'elles disaient vrai : pour renforcer leur crédibilité, il n'était pas rare qu'elles cherchent dans toute leur cellule des documents attestant ce qu'elles avançaient pour que je les lise, ou simplement que je les voie. Jamais un directeur ou une directrice n'a eu pareille attitude. Au contraire, ils et elles se livraient sans se soucier de leur degré de crédibilité, qui paraissait déjà acquis.

17. De telles asymétries me paraissent pouvoir s'expliquer de plusieurs façons, l'une n'excluant pas l'autre. Premièrement, on ne peut ignorer qu'elles soient le produit de la position des personnes interrogées : des personnes détenues durant leur incarcération vs des professionnel·le·s sur le lieu de travail ; les un·e·s habitué·e·s à être suspecté·e·s, les autres en position d'autorité. Elles peuvent, deuxièmement, s'expliquer par le fait que, pour des raisons institutionnelles, seuls des volontaires ont participé à mon étude du côté de la direction, alors que les personnes détenues ont été approchées soit parce que j'avais pu identifier qu'elles avaient exercé au moins une fois leur droit de plainte, soit parce qu'une personne en prison (commissaire de surveillance ou agent·e pénitentiaire par exemple) m'avait suggéré leur nom. Troisièmement, elles sont peut-être aussi le fruit de mon propre positionnement de juriste-chercheuse sur le terrain, qui a influencé mes choix méthodologiques et mon mode de présentation auprès des personnes que j'ai interrogées.

Mais ce contraste entre des entretiens ouverts, très professionnels, d'un côté, et des entretiens plus directifs, plus personnels, de l'autre, pourrait aussi être révélateur d'injustices, notamment discursives, liées aux différences socio-économiques et posturales entre la direction les personnes détenues et moi-même. Outre le fait que les personnes détenues se trouvent dans une position d'extrême vulnérabilité que ne partagent ni la direction, ni les chercheurs et chercheuses qui se rendent en prison, le rapport à l'espace-temps n'est pas le même pour tous et toutes. D'un côté, aussi bien la direction que les chercheurs et chercheuses bénéficient d'une grande liberté de déplacement au sein de l'établissement. De l'autre, les personnes détenues sont obligées, sauf à de rares moments de la journée, de passer leur quotidien enfermées dans leurs cellules. Et le déplacement des un·e·s n'a pas la même incidence que le déplacement des autres : ce temps paradoxal de la prison⁵⁶ qui contraint les personnes détenues à une immobilité quasi-totale fige totalement l'établissement lorsqu'elles sont en « mouvement », contrairement aux professionnel·le·s qui s'y rendent.

Ce rapport à l'espace-temps de la prison a eu pour conséquence que je ne puisse m'entretenir avec les personnes détenues ailleurs que dans leur cellule. Si j'ai pu

⁵⁶ Sur le sujet, voy., C. MINCKE et A. LEMONNE, « Prison and (Im)mobility. What about Foucault? », *Mobilities*, 2014, pp. 528-549 et D. MEDLICOTT, « Surviving in the Time Machine: Suicidal prisoners and the pains of prison time », *Time & Society*, 1999, pp. 211-230.

systématiquement m'assurer que la porte soit aussi fermée que possible⁵⁷, pour garantir la confidentialité de nos échanges, je n'ai pas pu empêcher le personnel pénitentiaire de nous déranger pendant la durée de l'entretien. Ainsi, une grande partie de mes échanges avec la population détenue ont été interrompus par des interactions avec des agent·e·s qui, généralement⁵⁸, toquaient à la porte, pour des raisons variées (entre autres, pour nous faire savoir que le préau allait commencer, et, partant, que l'aile serait immobilisée pendant plusieurs minutes ; etc.). Jamais mes entretiens avec la direction n'ont été interrompus, sauf une fois, par un coup de téléphone.

Comme le théorisent certains auteurs⁵⁹, on ne peut ignorer que la position des personnes interrogées influence leur capacité à mobiliser les mots ou les codes discursifs propres au cadre d'entretien. Ces inégalités, exacerbées par les rapports de pouvoir inhérents au milieu carcéral, ont pu déstabiliser la dynamique des entretiens, influençant non seulement la forme mais peut-être aussi la substance des données recueillies. Ces éléments m'ont surtout amenée à réfléchir à ma propre positionnalité⁶⁰. D'un point de vue méthodologique, cela m'a conduite à tout faire pour veiller à ne pas renforcer les injustices dont j'étais témoin. La prise en compte des personnes interrogées comme des sujets de connaissances a constitué un principe clé. J'ai modifié le cadre de l'entretien, en repensant mes grilles d'entretien pour minimiser autant que possible les asymétries observées (en faisant de la place par exemple pour une combinaison de questions fermées et ouvertes pour les personnes détenues).

CONCLUSION

18. L'étude de la validité du droit de plainte des personnes détenues a nécessité un déplacement du regard : pour en appréhender pleinement les différentes dimensions, il m'a fallu compléter l'analyse documentaire par une démarche de

⁵⁷ Dans les prisons de mon terrain, les portes des cellules ne disposaient pas de clinche à l'intérieur, de sorte que les personnes détenues ne pouvaient pas ouvrir ou fermer leur porte elles-mêmes. L'ouverture et la fermeture des portes impliquaient, partant, l'intervention d'un membre du personnel pénitentiaire, appelable au moyen d'un bouton situé dans la cellule. Cela n'a pas empêché les personnes détenues de se livrer, parfois même sur les agent·e·s ayant leur garde. Le caractère blindé des portes de la cellule semblait suffire à rassurer les personnes interrogées quant à la confidentialité de nos échanges, en dépit des quelques millimètres d'ouverture de porte.

⁵⁸ Il est toutefois aussi arrivé, à une seule reprise, qu'un·e agent·e entre sans toquer.

⁵⁹ Voy. not. l'ouvrage dirigé par B. GODRIE, M. DOS SANTOS et S. LEMAIRE, *Lucidités subversives. Dialogues entre savoirs et disciplines sur les injustices épistémiques*, Québec, Science et bien commun, 2021, 462 p.

⁶⁰ Sur le sujet, voy. O. VERNAY, « L'ignorance située : un garde-fou pour ne pas (re)produire des injustices épistémiques », *ibid.*, pp. 365 — 384 ; S. LEE et J. LEVERSO, « You in or out ? Reflecting on positionality in gang research », *Journal of qualitative criminal justice and criminology*, 2023, 29 p.

terrain, afin d'examiner non seulement le droit dans ses textes, mais aussi dans ses usages concrets. Car si le droit de plainte constitue une avancée symbolique importante, ses effets concrets appellent à la prudence, notamment méthodologique. Alors que ce mécanisme a été pensé pour rendre la justice accessible, il a en effet aussi engendré des surcharges institutionnelles, une technicité accrue et un sentiment d'aliénation parmi les acteurs et les actrices de terrain. Cette transformation traduit une accélération des pratiques pénitentiaires, qui met à mal la vision du droit comme idéal protecteur des droits et libertés des personnes détenues.

Face à cette transformation du contentieux pénitentiaire, la théorie de la résonance, développée par le philosophe Hartmut Rosa, s'est avérée une grille de lecture particulièrement féconde pour l'élaboration de ma méthodologie. Celle-ci m'a amenée à opter pour un pluralisme méthodologique combinant une étude documentaire et immersion empirique, dans une perspective intégrée faisant dialoguer droit écrit et droit en action. Le droit a ainsi pu être appréhendé comme un « objet d'étude vivant ».

19. En révélant par ailleurs des obstacles inhérents à l'étude du droit dans un contexte carcéral, la présente contribution ouvre des pistes pour penser autrement la recherche en droit. Elle montre comment l'empirie permet aux juristes d'accéder à des informations invisibles dans les textes, et, avec elles, une approche compréhensive d'un sujet d'étude. Dans ma recherche sur le droit de plainte des personnes détenues, l'empirie m'a valu, très concrètement, de documenter le processus de plainte dans le détail, et d'intégrer à l'analyse des enjeux sociaux et relationnels auxquels je n'avais pas accès depuis l'extérieur de la prison. Enfin, la présente contribution montre l'importance de considérer le terrain en tenant compte des injustices qu'il véhicule, où la quête d'équité s'étend à la manière dont la recherche elle-même est conduite et interprétée.



Typologie des droits organisés à travers le classement des gîtes minéraux en droit minier congolais : Analyse des innovations consacrées dans la loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier telle que modifiée et complétée par la loi n° 18/001 du 9 mars 2018

par Cim's MULUNGULUNGU NACHINDA*

RÉSUMÉ

La législation minière congolaise repose sur une classification bipartite des gîtes minéraux en « mines » et « carrières », telle que consacrée par la loi n° 007/2002 portant Code minier, modifiée et complétée par la loi n° 18/001 du 9 mars 2018. Partant de cette dichotomie, cet article examine la typologie des droits organisés qui en découlent : les droits miniers (Permis de Recherches, Permis d'Exploitation, Permis d'Exploitation des Rejets, Permis d'Exploitation de Petite Mine) et les droits de carrières (Autorisation de Recherches des Produits de Carrières, Autorisations d'Exploitation des Carrières Temporaire ou Permanente). L'étude met en lumière les principales innovations introduites par la réforme de 2018, au rang desquelles figurent l'institution de la « mine distincte », la limitation uniforme de la durée de certains droits, et le renforcement des conditions d'octroi. L'auteur formule également plusieurs propositions *de lege ferenda*, notamment la définition légale ou la clarification du concept de « petite mine », l'élargissement de la liste des substances minérales classées en carrières et l'instauration d'une procédure formelle de renouvellement de l'Autorisation d'Exploitation des Carrières Temporaire. Cette contribution propose ainsi une lecture critique du régime juridique en vigueur, en vue d'éclairer la rationalité juridique de l'organisation des droits, renforcer la sécurité juridique et la cohérence normative dans le secteur minier congolais.

ABSTRACT

Congolese mining legislation is based on a bipartite classification of mineral deposits into “mines” and “quarries”, as enshrined in Law No. 007/2002

* Doctorant en sciences juridiques à la Faculté de droit de l'Université de LLN, Belgique
Professeur de droit à la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa, RDC

establishing the Mining Code, as amended and supplemented by Law No. 18/001 of 9 March 2018. Building on this dichotomy, the article examines the typology of the rights derived from it: mining rights (Research Permit, Exploitation Permit, Waste Exploitation Permit, Small-Scale Mine Exploitation Permit) and quarry rights (Authorization for Research of Quarry Products, Temporary or Permanent Quarry Exploitation Authorizations). The study highlights the major innovations introduced by the 2018 reform, including the introduction of the “distinct mine” concept, the harmonized limitation of certain permit durations, and the strengthening of grant conditions. The author also formulates several *de lege ferenda* proposals, including a legal definition or clarification of the notion of “small-scale mine”, the extension of the list of mineral substances classified as quarry materials, and the formal establishment of a renewal procedure for the Temporary Quarry Exploitation Authorization. This contribution offers a critical reading of the current legal framework, with a view to clarifying the normative logic underlying the organization of rights, and to enhancing legal certainty and regulatory coherence in the Congolese mining sector.

INTRODUCTION

1. Les immenses ressources minérales de la République démocratique du Congo constituent, depuis l'aube des temps, un énorme potentiel pour le développement de ce pays. Les mines, en ce compris les carrières, forment, de nos jours, un des secteurs clés de l'économie nationale du pays. Jusqu'à une certaine époque, l'activité minière en était même la principale incitation. Aujourd'hui, elle en reste un pivot important. Comme l'avait écrit Emery Mukendi Wafwana : « De tout temps, le secteur minier a joué un rôle important dans les économies des États. Au Congo, l'industrie minière est le fer de lance de l'économie nationale. Quelques chiffres suffisent à le démontrer »¹.

2. En raison de l'intérêt général que présentent les produits miniers ou de carrières, l'État a estimé qu'il devrait intervenir par voie de réglementation. En effet, « la classification des substances minérales présente un intérêt primordial, puisque c'est sur elle que repose le système de la loi : elle couvre l'ensemble des substances, encore qu'elles ne soient pas toutes explicitement énumérées »².

3. Il est un fait que le classement des gîtes minéraux est ancien ; elle[il ?] n'est donc pas l'apanage du législateur congolais. En réalité, déjà en 1928, Henri Rossigneux avait écrit : « Antérieurement à la loi du 21 avril 1810, les textes de

¹ E. MUKENDI WAFWANA, *Droit minier : principes de gestion du domaine minier*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 43.

² J. PERSONNAZ, *Droit des mines*, Paris, Litec, 1958, p. 19.

l'ancien régime ne distinguaient, parmi les substances minérales, que les mines et les carrières. Cette classification n'était en réalité fondée sur aucun critère juridique bien défini mais plutôt sur des données empiriques à caractère essentiellement fiscal »³. De même en 1959, Bernard et François-Xavier Boussageon avaient souligné que « la loi du 21 avril 1810, au contraire, en classant “les substances minérales renfermées dans le sein de la terre ou existantes à sa surface” sous les trois qualifications de mines [...] [minières] et carrières, a précisé que cette distinction était établie en fonction des règles juridiques différentes régissant l'exploitation de chacune d'elles »⁴. En effet, à la différence de certains systèmes juridiques — tels que le droit belge qui, jadis, avait retenu, à travers la loi du 21 avril 1810, la classification tripartite des gîtes minéraux (mines, minières et carrières), le législateur congolais retient la classification bipartite et prévoit deux types de substances minérales qui sont : les mines et les carrières⁵.

4. Il importe de relever que la loi belge du 21 avril 1810 avait consacré une classification tripartite des gîtes minéraux, distinguant les mines, les minières et les carrières⁶. Ce schéma fut abandonné par le décret du 7 juillet 1988 relatif aux mines, qui a instauré une classification binaire ne retenant plus que les mines et les carrières. Le Code minier congolais du 11 juillet 2002, voire celui de 2018, s'est inscrit dans cette approche en reprenant le modèle bipartite. Dès lors, l'opposition entre les deux régimes juridiques, souvent présentée comme fondamentale, se révèle en réalité largement factice : elle ne traduit pas une différence de nature juridique profonde, mais plutôt une construction classificatoire pragmatique, reposant sur la typologie des substances concernées.

5. La raison qui a motivé le législateur congolais à adopter une telle classification est, nous semble-t-il, d'ordre pratique du fait que les substances minérales, se trouvant dans la nature, sont rangées, d'une manière générale, en deux catégories : mine et carrière. Et la distinction entre ces dernières repose uniquement sur la substance extraite et indistinctement sur le mode d'exploitation qui peut se faire à ciel ouvert ou en sous-sol. Ainsi, un gîte de substance minérale ou fossile se trouvant dans le sous-sol ou en surface est, selon le cas, « mine » ou « carrière ». En principe, l'une exclut donc l'autre, si bien que le premier ministre peut, conformément aux dispositions du Code minier, classer, déclasser ou reclasser les substances minérales en mines ou en produits des carrières, et

³ H. ROSSIGNEUX, *Le régime juridique des carrières*, thèse, Paris, Pichon, 1928, p. 5.

⁴ B. et F.-X. BOUSSAGEON, *L'exploitation des carrières : droit, réglementation, fiscalité*, Paris, LGDJ, 1959, p. 11.

⁵ C'est ce qui ressort de l'art. 4, al. 1, du Code minier relatif au classement des gîtes minéraux qui dispose : « Les gîtes minéraux sont classés en mines et en carrières ». A. BURY, *Traité de la législation des Mines. Des minières, des usines et des carrières en Belgique et en France ou Commentaire théorique et pratique de la loi du 21 avril 1810 et des lois et règlements qui s'y rattachent*, t. 1, Liège, F. Renard, 1859, pp. 20 et s.

⁶ XXX

inversement⁷. Il est à noter ici qu'avant la modification du Code minier, cette prérogative était dévolue au Président de la République. Celui-ci n'intervient plus dans l'application des dispositions du Code minier⁸. Ainsi que le souligne la doctrine, « conformément à l'ordre constitutionnel institué par la Constitution du 18 février 2016 telle que revue à ce jour, attribuant au chef du gouvernement l'essentiel du pouvoir réglementaire, tous les pouvoirs naguère reconnus au Président de la République par la version 2002 du Code minier ont été formellement réorientés vers le premier ministre lors de la révision du Code minier intervenue le 9 mars 2018 »⁹.

6. La séparation du régime des mines et des carrières permet de déterminer les différents droits organisés. En effet, c'est de la classification des gîtes minéraux que découle la typologie des droits miniers et de carrières organisés en droit positif congolais. Aux termes de l'article 1, point 29, du Code minier, « sont considérés comme mine, tout gisement ou gisement artificiel des substances minérales classées en mines, exploitable à ciel ouvert ou en souterrain, et/ou toute usine de traitement ou de transformation des produits de cette exploitation se trouvant dans le périmètre minier, y compris les installations et les matériels mobiliers et immobiliers affectés à l'exploitation »¹⁰. Sont par ailleurs considérés comme carrière, suivant le point 6 de l'article 1^{er} du Code minier, « tout gisement des substances minérales classées en carrières exploitable à ciel ouvert et/ou toute usine de traitement de produits de cette exploitation se trouvant dans le périmètre de carrière pour réaliser leur transformation en produits marchands, y compris les installations et les matériels mobiliers et immobiliers affectés à l'exploitation »¹¹.

⁷ Art. 9, pt b, Code minier (ci-après CM).

⁸ Soulignons que l'intervention du premier ministre trouve son fondement principal dans l'article 92 de la Constitution, lequel lui confère la responsabilité d'assurer l'application effective des lois ainsi que l'exercice du pouvoir réglementaire général. En d'autres termes, cet article établit que le premier ministre est chargé de veiller à ce que les lois adoptées par le législateur soient mises en œuvre de manière adéquate et de manière uniforme, en édictant des règlements et des directives nécessaires à leur exécution.

⁹ G. BAKANDEJA WA MPUNGU. *Droit minier et des hydrocarbures en Afrique centrale à l'aune des dernières réformes : relance d'un secteur stratégique et développement durable en République démocratique du Congo*, Bruxelles, Bruylant, 2023, p. 58.

¹⁰ Afin de dissiper toute ambiguïté terminologique, il convient de préciser que les substances classées dans la catégorie des mines recouvrent l'ensemble des gîtes ou gisements de substances minérales qui ne relèvent pas de la classification des carrières, à l'exception des combustibles minéraux, liquides et gazeux (tels que le charbon, le pétrole, le gaz naturel). Relèvent donc de cette catégorie, à titre d'exemple, les roches ornementales ou industrielles (comme le marbre, le granit), les phosphates, les minéraux chimiques (comme les nitrates, les sels alcalins et leurs sels associés), ainsi que diverses pierres et métaux (comme le cuivre, le cobalt, l'or, le diamant).

¹¹ À ce stade, il convient de préciser que les substances minérales classées dans la catégorie des carrières se répartissent en deux groupes : d'une part, celles destinées à la production de matériaux de construction, qu'il s'agisse d'un usage courant ou spécialisé ; d'autre part, les substances utilisées comme intrants dans l'industrie, qu'elle soit légère ou lourde, communément désignées sous l'appellation de « minéraux industriels ».

7. Cette étude non seulement rentre dans le cadre de la vulgarisation de la loi minière congolaise en vigueur, qui reste d'ailleurs non connue du grand public, mais se veut un outil d'information pour toute personne, intéressée par le secteur minier congolais, afin de se rendre compte que le législateur congolais organise les différents droits à partir de la classification des gîtes minéraux en « mines et carrières ».

8. L'analyse comparée du Code minier, avant et après sa modification, permettra de conclure si la réforme intervenue en 2018 constitue un recul ou une avancée en cette matière. Il n'est pas étonnant que l'étude de ce thème suscite les questions suivantes : quels sont les droits miniers et de carrières organisés ? Comment sont-ils organisés ? Quelles sont leurs conditions d'octroi ? Leur nature juridique ? Leur portée ? Etc. Pour apporter des réponses à ces interrogations, nous analyserons, dans un premier point, les droits miniers et, dans le second, les droits de carrières, tels qu'organisés à ce jour.

I. DES DROITS MINIERS

9. Dans ce point, il sera question de définir d'abord le « droit minier », avant d'examiner les différents droits miniers organisés par le législateur.

A. Définition du droit minier

10. Le « droit minier » a deux sens : objectif et subjectif.

11. Au sens objectif, il est considéré comme une discipline scientifique qui étudie les règles juridiques applicables à l'activité minière. Dans ce cas, il est un droit objectif. À en croire Emery Mukendi Wafwana, « la définition de droit minier ne fait pas l'objet des controverses doctrinales. Les doctrinaires s'accordent à le définir comme étant l'ensemble des règles juridiques applicables à la prospection, la recherche, l'exploitation et la commercialisation des substances minérales »¹². D'après le Professeur Grégoire Bakandeja Wa Lupungu, « le droit minier est l'ensemble des règles juridiques se rapportant à la gestion de substances enfouies dans le sol ou le sous-sol »¹³.

Les substances classées en carrières pour matériaux de construction à usage courant comprennent notamment : argiles à brique, sables, grès, calcaire à moellon, marne, quartzite, craie, gravier alluvionnaire, latérites, basaltes. En revanche, parmi les substances classées en carrières pour matériaux industriels figurent entre autres : gypse, kaolin, dolomie, sables de verrerie, fluorine, diatomites, montmorillonite, barytine, calcaire à ciment. Il importe de relever ici que ces substances ne peuvent, en aucune manière, être assimilées à celles relevant des matériaux de construction. La classification prévue par le droit congolais procède en effet d'une logique d'exclusivité : l'appartenance d'une substance à l'une des catégories exclut nécessairement son rattachement à l'autre.

¹² E. MUKENDI WAFWANA, *Droit minier congolais*, Kinshasa, Juricongo, 2000, p. 15.

¹³ G. BAKANDEJA WA MPUNGU, *Droit minier et des hydrocarbures en Afrique centrale*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 30.

12. Au sens subjectif, qui est d'ailleurs celui repris à l'article 1^{er}, point 14, du Code minier, le droit minier est entendu comme une prérogative d'effectuer la recherche et/ou l'exploitation des substances minérales. Il s'agit ici du droit subjectif. On peut remarquer que c'est cette dernière acception qui prédomine et nous intéresse dans cette étude, c'est-à-dire que c'est cette appréhension qui rentre dans le cadre de cette publication. Dans le but d'éviter les interprétations erronées, le Code minier innove en définissant préalablement les concepts de base, et ce, contrairement à l'ordonnance-loi n° 81-013 du 2 avril 1981 portant législation générale sur les mines et les hydrocarbures, aujourd'hui abrogée.

13. La définition du droit minier ayant été ainsi dégagée, passons en revue les différents types de droits miniers organisés.

B. Types de droits miniers

14. En droit positif congolais, le législateur a distingué quatre types de droits miniers. Il s'agit du :

- Permis de Recherches (ci-après PR) ;
- Permis d'Exploitation (ci-après PE) ;
- Permis d'Exploitation des Rejets (ci-après PER) ;
- Permis d'Exploitation de Petite Mine (ci-après PEPM).

15. Le droit minier est délivré par l'arrêté du ministre des Mines et, pour chaque type de droit, le Cadastre minier délivre un « Certificat » qui constitue le titre. Pour mieux comprendre cette assertion, il convient d'analyser chacun de ces droits miniers.

§ 1. Permis de Recherches

1) Définition

16. Le PR est le droit reconnu à son titulaire d'effectuer la recherche des substances minérales classées en mines. On entend ici par « recherche », toute activité conduite dans le but de découvrir ou de mettre en évidence l'existence de gisements de substances minières, de les délimiter, d'en évaluer l'importance, les possibilités et conditions d'exploitation commerciale.

2) Nature juridique

17. Aux termes de l'article 51 du Code minier, « le Permis de Recherches est un droit réel, immobilier, exclusif, cessible et transmissible ». Ce droit est constaté par un titre minier dénommé « Certificat de Recherches ». Examinons brièvement ces différents caractères qui couvrent le PR.

18. La qualification du permis de recherche en tant que droit réel immobilier emporte notamment son opposabilité *erga omnes*, sa cessibilité, sa possibilité

d'hypothèque, ainsi que son intégration dans le patrimoine de l'entreprise. Elle tend ainsi à ériger le titre minier correspondant en un véritable actif patrimonial.¹⁴

a) Le Permis de Recherches est un droit réel et immobilier

— Droit réel

19. « Le droit réel constitue tout pouvoir direct reconnu à une personne sur une chose »¹⁵.

20. « Les droits sont réels quand ils établissent entre une personne et une chose un rapport direct (impliquant l'absence de tout intermédiaire entre le titulaire du droit et la chose qui en est l'objet) et opposable à toute autre personne »¹⁶.

21. « Les droits miniers et de carrières ne sont pas des droits réels fonciers car ils ne complètent pas la nomenclature des droits réels énumérés dans la loi foncière. Ils sont plutôt des droits réels *sui generis* et séparés des droits de la propriété de la surface »¹⁷.

— Droit immobilier

22. La doctrine considère que « la distinction de “meuble” et “immeuble” procède de la nature matérielle du bien. C'est la fixité ou l'immobilité qui est le critère d'appréhension d'un immeuble, et c'est la mobilité ou la faculté de déplacement qui est le critère de principe de tout meuble »¹⁸.

23. « Sont immeubles par nature, le sol et ce qui s'y attache, les bâtiments ou plantations »¹⁹.

24. Selon Philippe Malaurie et Laurent Aynes, « la définition de l'immeuble est physique. Pour les choses, sont immeubles par nature le sol et tout ce qui s'y attache (bâtiments et végétaux) et y est incorporé »²⁰.

25. De toute évidence, les immeubles sont des biens qui sont naturellement immobiles, c'est-à-dire qui ne peuvent pas se déplacer ou qu'on ne peut pas déplacer. Il ressort donc de l'article 6 de la loi dite foncière que sont immeubles par nature « le sol et les mines ».

¹⁴ Il en est de même pour les autres types de droits miniers et de carrières, sauf dans certains cas spécifiques, comme l'ARPC, qui ne peut faire l'objet d'une cession.

¹⁵ C. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, t. 1, Paris, Litec, 1980, p. 60.

¹⁶ P. AUGÉ (dir.), *Encyclopédie Larousse méthodique*, t. 1, Paris, Librairie Larousse, 1955, p. 654.

¹⁷ E. MUKENDI WAFWANA., *Droit minier congolais*, Kinshasa, Juricongo, *op. cit.*, n° 223, p. 117.

¹⁸ [manque initiale du prénom ?] LUKOMBE NGHENDA, *Droit civil. Les biens*, Publications des Facultés de droit des universités du Congo, 2003, p. 144.

¹⁹ J. CHEVALLIER et L. BACH, *Droit civil. Introduction à l'étude du droit, les personnes physiques, la famille, les biens, les obligations et les sûretés*, t. 1, 11^e éd., Paris, Sirey, 1993, p. 330.

²⁰ P. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens : la publicité foncière*, Paris, Cujas, 1994-1995, p. 39.

b) Le Permis de Recherches est un droit exclusif

26. Le PR est un droit individuel, un droit qui ne connaît pas de partage, c'est-à-dire un droit appartenant à une seule personne (morale). Le titulaire de ce droit, à l'exclusion de toute autre personne, est l'unique bénéficiaire de la totalité des prérogatives qui sont attachées à ce droit.

27. L'exclusivité signifie que seul le propriétaire bénéficie de la totalité des attributs de la propriété, à savoir le droit d'user ou non de la chose. Tout empiètement d'une personne extérieure donne au propriétaire le droit d'agir en justice pour violation de la propriété, même si aucun préjudice n'a été subi par celui-ci.

28. Le caractère exclusif du PR fait que pendant la période de validité du PR, seul son titulaire peut demander et obtenir un PE pour le gisement se trouvant à l'intérieur du périmètre dudit permis.

c) Le Permis de Recherches est un droit cessible et transmissible

29. « Si le patrimoine est incessible, le titulaire d'un patrimoine peut aliéner les biens ou droits faisant partie de son patrimoine. Dans ce cas, ces biens sont "cessibles entre vifs" ou sont "dans le commerce" »²¹.

30. À ce propos, le Professeur Vincent Kanguluma Mbambi écrit : « Le titulaire peut aliéner, céder des biens ou des droits faisant partie de son patrimoine (et non de tout le patrimoine). La cession peut se faire soit du vivant du titulaire soit à son décès. Dans le premier cas, l'on parle de la cessibilité entre vifs et dans le second, de transmissibilité pour cause de mort. Les biens cessibles doivent être dans le commerce »²².

31. Le PR étant un droit cessible et transmissible, il peut être vendu, légué et hypothéqué. Bref, il est susceptible de transaction.

32. Il est évident qu'une fois le titre délivré, sa cessibilité ou sa transmissibilité traduit sa nature patrimoniale : le PR est conçu comme un droit réel, pouvant circuler dans le commerce juridique. Le législateur admet donc qu'il puisse être transféré, mais ce transfert n'est pas totalement libre : il est soumis à l'approbation préalable de l'autorité compétente, en l'occurrence le ministre des Mines. Ce mécanisme permet de concilier la patrimonialisation du titre avec la nécessité de contrôler la capacité et la moralité du cessionnaire qui devient le nouveau titulaire du droit minier de recherches cédé. La preuve de la capacité financière est d'ailleurs l'une des conditions d'octroi d'un droit minier ou de carrières.

²¹ [manque initiale du prénom ?] KALAMBAY LUMPUNGU, *Droit civil. Régime général des biens*, vol. 1, Kinshasa, PUZ, 1989, p. 20.

²² V. KANGULUMBA MBAMBI, *Cours de droit civil : les biens*, Syllabus, 3^e éd. (revue et augmentée), 2^e Graduat, Faculté de droit, UNIKIN, 2004-2005, p. 17.

3) Condition de l'octroi du Permis de Recherches

33. « Pour obtenir un Permis de Recherches, le requérant est tenu d'apporter la preuve de sa capacité financière minimum ²³. »

34. Au stade de l'octroi, la justification d'une capacité financière minimum constitue une condition *sine qua non*. Cette exigence a une double finalité : d'une part, écarter les candidats à caractère spéculatif, dont l'intention première serait d'accaparer des droits sans réelle volonté d'exécuter les travaux ; d'autre part, s'assurer que le demandeur dispose effectivement des moyens nécessaires pour supporter les coûts élevés inhérents aux opérations de recherche minière, lesquelles requièrent des investissements substantiels en équipements, en personnel qualifié et en études techniques. Par cet impératif, le législateur entend garantir que seuls des opérateurs miniers sérieux et solvables puissent accéder au droit minier, renforçant ainsi la crédibilité et la stabilité du secteur.

35. Il est à noter que cette condition découle de l'exposé des motifs du Code minier qui énonce que « l'octroi du Permis de Recherches n'est soumis qu'à une seule condition : la justification de la capacité financière » ²⁴.

36. Aux termes de l'article 58, alinéa 2, du Code minier, « [...] la capacité financière minimum ne peut être inférieure à cinquante fois le montant total des droits superficiels annuels payables pour la dernière année de la première période de la validité du Permis de Recherches sollicité. Les fonds représentant cette capacité sont versés dans un compte ouvert auprès d'une banque congolaise agréée et sont bloqués pendant toute la période de l'examen du dossier ».

4) Octroi du Permis de Recherches

37. Le PR est octroyé par arrêté du ministre chargé des Mines, sur avis du Cadastre minier au demandeur ayant présenté le premier une demande conforme aux exigences du Code minier.

38. À défaut de la décision du ministre des Mines dans le délai imparti, soit après trente jours, le droit sollicité est réputé octroyé et le Cadastre minier doit procéder à l'inscription dudit droit.

5) Période de validité

39. Il ressortait de l'article 52 ancien du Code minier que « le PR est valable pour :

- quatre ans, renouvelable deux fois pour une période de deux ans à chaque renouvellement pour les pierres précieuses ;

²³ Art. 56 CM.

²⁴ Exposé des motifs de la loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier, in *JORDC*, n° spéc., 43^e année, juillet 2002.

- cinq ans, renouvelable deux fois pour une durée de cinq ans à chaque renouvellement pour les autres substances minérales ».

Actuellement, suivant l'article 52 modifié du même texte, la durée du PR est « de cinq (5) ans, renouvelable une fois pour la même durée pour toutes les substances minérales ».

40. Comme le souligne si bien G. Sakata M. Tawab, « le législateur limite la durée du Permis de Recherches dans le temps. Quoi qu'il en soit, aucun Permis de Recherches ne peut avoir une durée supérieure à dix ans, renouvellement compris »²⁵.

41. L'uniformisation de la durée du PR à cinq ans, renouvelable une seule fois, répond à plusieurs objectifs poursuivis par le législateur lors de la réforme de 2018. Elle vise d'abord à simplifier le régime juridique et à en renforcer la lisibilité, en supprimant la dualité antérieure fondée sur la nature des substances. Elle consacre ensuite un principe d'égalité de traitement entre opérateurs miniers, en soumettant tous les titulaires des droits miniers de recherches aux mêmes délais, quelle que soit la substance recherchée. Enfin, elle tend à limiter les phénomènes de spéculation sur les titres et à favoriser une gestion plus rationnelle du domaine minier, en incitant ces titulaires à évoluer rapidement vers l'exploitation ou à libérer les périmètres non valorisés.

6) *Expiration ou extinction du Permis de Recherches*

42. Le PR expire lorsqu'il arrive au dernier jour de sa dernière période de validité ou lorsqu'il n'a pas été renouvelé à la fin des premières périodes de validité ni transformé en PE ou en PEPM.

43. À ces motifs légalement limitatifs d'expiration du PR, il y a lieu d'ajouter comme modes d'extinction des droits sur le PR, la caducité, le retrait, l'annulation, la renonciation et l'octroi du PE sur le périmètre jadis couvert par le PR²⁶ prévu à l'article 48^{ter} du Code minier.

§ 2. Permis d'Exploitation

1) *Définition*

44. Par « exploitation », on peut entendre toute activité conduite pour extraire de leur gîte des substances minérales.

45. Au sens du Code minier, on entend par « exploitation », « toute activité par laquelle une personne se livre, à partir d'un gisement identifié, et au moyen

²⁵ G. SAKATA M. TAWAB, *Code minier expliqué : analyse systématique et croisée avec le Règlement minier*, Louvain-la-Neuve, Academia, 2022, p. 108.

²⁶ Ces modes d'extinction s'appliquent également aux autres droits miniers et de carrières, sauf à l'Autorisation de Recherches des Produits de Carrières et l'Autorisation d'Exploitation de Carrières Temporaire.

des travaux de surface et/ou souterrains, à l'extraction des substances minérales d'un gisement ou d'un gisement artificiel, et éventuellement à leur traitement afin de les utiliser ou de les commercialiser »²⁷.

46. De ce fait, le PE peut être défini comme le droit reconnu à son titulaire d'effectuer, à l'intérieur du périmètre sur lequel il est établi et pendant la durée de sa validité, les travaux de recherches, de développement, de construction et d'exploitation des substances minérales.

2) *Nature juridique*

47. « Le Permis d'Exploitation est un droit réel, immobilier, cessible, transmissible et amodiable. Ce droit est constaté par un titre minier dénommé "Certificat d'Exploitation" »²⁸.

48. En plus des éléments caractéristiques de la nature juridique du PR²⁹, il faut ajouter l'amodiation, qui ne couvre pas ce dernier, et sur laquelle il importe de dire brièvement un mot.

49. en effet, l'amodiation consiste en un louage pour une durée déterminée ou indéterminée, sans faculté de sous-louage, de tout ou partie des droits attachés à un droit minier ou une autorisation de carrières moyennant une rémunération fixée par accord entre l'amodiant et l'amodiataire³⁰.

50. Dans cette logique, le régime de l'amodiation poursuit une double finalité. Sur le plan économique, il permet au titulaire d'un droit minier ou de carrières de mettre en valeur son titre même lorsqu'il ne dispose pas lui-même des capacités techniques ou financières suffisantes pour exploiter directement. En concédant tout ou partie de son droit à un amodiataire, il peut ainsi valoriser son patrimoine minier tout en générant une rémunération.

51. Sur le plan juridique et institutionnel, l'amodiation constitue un instrument de flexibilité qui favorise la continuité de l'exploitation et évite que des droits restent inactifs ou spéculatifs. Elle permet également aux services publics attitrés, dont le Cadastre Minier et la Direction des Mines³¹, de maintenir le contrôle, puisque le contrat d'amodiation est soumis à autorisation préalable et ne peut aboutir à une sous-exploitation ou à une violation des obligations attachées au titre.

²⁷ Art. 1, pt 20, CM.

²⁸ Art. 65, CM.

²⁹ Les dispositions relatives à la nature du PR étudiées précédemment s'appliquent *mutatis mutandis* au PE, et aux autres droits miniers et de carrières.

³⁰ Art. 177, al. 1, CM.

³¹ À la différence de la Direction des Mines, qui est un service public administratif, le Cadastre Minier est un établissement public chargé de la gestion du domaine minier congolais. Ces deux entités participent, chacune selon ses compétences spécifiques, à la mise en œuvre des dispositions de la législation minière, tout en étant placées sous la tutelle du ministère des Mines.

3) Conditions de l'octroi du Permis d'Exploitation

52. En droit congolais, un PE est octroyé sur un périmètre qui a préalablement été couvert par un PR. Car l'on conçoit mal qu'un seul titulaire obtienne à la fois, sur le même périmètre, et avec les mêmes coordonnées, et le PR, et le PE. La loi a voulu que celui-ci l'emporte sur celui-là.

53. Aux termes de l'article 71 du Code minier, « l'octroi du Permis d'Exploitation est subordonné aux conditions suivantes dans le chef du requérant :

- a) démontrer l'existence d'un gisement économiquement exploitable en présentant une étude de faisabilité, accompagnée d'un plan d'encadrement technique des travaux de développement, de construction et d'exploitation de la mine ;
- b) démontrer l'existence des ressources financières nécessaires pour mener à bien son projet selon un plan de financement des travaux de développement, de construction et d'exploitation de la mine ainsi que le plan de réhabilitation du site à sa fermeture. Ce plan précise chaque type de financement, les sources de financement visées et les justifications de leur disponibilité probable. Dans tous les cas, le capital social apporté par le requérant ne peut être inférieur à 40 % desdites ressources ;
- c) obtenir au préalable l'approbation de l'EIES³² et du PGES³³ du projet ;
- d) céder à l'État 10 % des parts ou actions constitutives du capital social de la société requérante. Ces parts sont libres de toutes charges et non diluables ;
- e) créer, à chaque transformation, dans le cadre d'une mine distincte ou d'un projet minier d'exploitation distinct, une société affiliée dans laquelle la société requérante détient au moins 51 % des parts ou actions sociales ;
- f) déposer un acte d'engagement de se conformer au cahier des charges définissant la responsabilité sociétale vis-à-vis des communautés locales affectées par les activités du projet ;
- g) avoir respecté les obligations de maintien de la validité du permis prévues aux articles 196, 197, 198 et 199 du présent Code, en présentant :
 - la preuve de la certification de commencement des travaux dûment délivrée par le Cadastre minier ;

³² L'EIES (Étude d'Impact Environnemental et Social) évalue les effets du projet sur l'environnement et les communautés locales. Elle est un instrument essentiel pour l'effectivité des obligations environnementales.

³³ Le PGES (Plan de Gestion Environnemental et Social) décrit les mesures de mitigation, compensation et suivi. Le PGES s'impose comme un instrument indispensable à la mise en œuvre effective des obligations environnementales.

- la preuve de paiement des droits superficiels annuels par carré et de l'impôt sur la superficie des concessions minières ;
- h) donner la preuve de la capacité de traiter et de transformer les substances minérales en République démocratique du Congo et déposer un acte d'engagement de traiter et de transformer ces substances sur le territoire congolais ».

54. L'ensemble des conditions énumérées par le Code minier revêt un caractère cumulatif et préalable. Autrement dit, elles doivent toutes être remplies avant que l'autorité compétente n'octroie le droit sollicité. Cette interprétation découle non seulement de la lettre du texte, qui ne prévoit pas d'alternatives, mais également de l'esprit de la réforme de 2018, qui visait à renforcer le contrôle en amont des projets miniers. Ainsi, le défaut de l'une d'elles entraîne l'irrecevabilité de la demande.

55. Cet article 71 précité du Code minier détaille les conditions auxquelles est soumis le demandeur d'un PE. Par ailleurs, il ressort de l'article 143 du Règlement minier que, « outre les conditions d'octroi du PE énumérées à cet article, le requérant doit remplir les conditions suivantes :

- être titulaire du ou des PR en cours de validité dont le périmètre de recherches ou l'ensemble des périmètres de recherches, comprend le périmètre demande au titre du PE ;
- être éligible au PE ;
- ne pas dépasser les limites relatives à la superficie ou le nombre des PE autorisé ».

56. En droit minier congolais, le titulaire d'un PE est celui qui était détenteur du PR. En effet, le législateur conditionne l'octroi sur demande d'un PE, et même d'un PEPM, à la détention préalable du PR. Ce qui n'est pas le cas pour le PER. Il convient de souligner que le requérant d'un tel droit minier n'est pas tenu d'être préalablement le titulaire du PR sur le périmètre. Cela découle de l'article 190, alinéa 2, du Règlement minier.

57. Comme le précise Pierre Charles Alexis Legoux, « l'obtention du Permis d'Exploitation est un droit pour le titulaire d'un Permis de Recherches qui a fourni la preuve par des travaux régulièrement poursuivis de l'existence d'un gisement »³⁴.

58. Il importe de préciser que l'obtention d'un PE n'a pas la nature d'un droit inconditionnel dans le chef du titulaire d'un PR. Le Code minier institue certes un principe de priorité en faveur de ce dernier : le titulaire du PR dispose d'un droit préférentiel,

³⁴ P.-Ch.-A. LEGOUX, *La réglementation minière des territoires français d'Afrique noire et de Madagascar*, Paris, LGDJ, 1950, p. 38.

parfois qualifié de péremptoire, pour solliciter le PE sur le périmètre où il a réalisé des travaux de recherche, en considération des investissements financiers, techniques et humains qu'il a engagés. Toutefois, ce droit n'équivaut pas à une automaticité. L'octroi effectif du PE demeure subordonné au respect de conditions cumulatives strictes, notamment la démonstration de l'existence d'un gisement économiquement exploitable, la présentation d'une étude de faisabilité, la justification de la capacité financière requise, ainsi que l'approbation préalable de l'EIES³⁵ et du PGES³⁶.

59. De ce fait, le pouvoir d'appréciation de l'autorité compétente, bien que limité par le principe de priorité, reste déterminant pour la délivrance du titre. En effet, le ministre des Mines conserve un véritable pouvoir d'appréciation : elle doit vérifier la satisfaction de ces conditions avant d'octroyer le PE. Ce pouvoir de contrôle n'est pas discrétionnaire, mais il demeure substantiel, car l'octroi du PE ne peut intervenir qu'après les instructions cadastrale, technique et environnementale et sociale approfondies.

4) Octroi du Permis d'Exploitation

60. Le PE, à l'instar du PR, est également octroyé par l'arrêté du ministre chargé des Mines, sur avis du Cadastre minier, au titulaire du PR ayant respecté les obligations lui incombant en vertu de son titre minier.

61. « L'obtention du Permis d'Exploitation est un droit pour le titulaire d'un Permis de Recherches qui a fourni la preuve par des travaux régulièrement poursuivis de l'existence d'un gisement »³⁷.

62. Le PE confère le droit exclusif d'exploiter les gîtes de la catégorie déterminée dans l'étendue du permis de recherche dont il dérive.

63. En droit congolais, l'octroi d'un PE ne peut être sollicité sans qu'un PR n'ait été préalablement émis, quand bien même les données techniques disponibles seraient suffisantes pour démontrer l'existence d'un gisement commercialement exploitable.

64. La doctrine fait la distinction entre les travaux de recherches et les travaux d'exploitation pour démontrer la nécessité de procéder impérativement à la recherche avant d'envisager l'exploitation. Elle indique à cet effet que « les travaux de recherches sont ceux qui ont pour but la découverte de la mine, la constatation de la présence de la substance minérale ou fossile, de sa quantité approximative et de sa recherche en teneur. Avant de tenter l'exploitation, on doit pouvoir prévoir si l'exploitation sera ou non fructueuse »³⁸.

³⁵ *Supra*, note 29.

³⁶ *Supra*, note 30.

³⁷ P.-Ch.-A. LEGOUX, *La réglementation minière des territoires français d'Afrique noire et de Madagascar*, Paris, LGDJ, 1950, p. 39.

³⁸ E. BRUNET, J. SERVAIS et C. RESTEAU, [référence à compléter, ouvrage pas encore cité il me semble ?] *op. cit.*, p. 45.

5) *Extension du Permis d'Exploitation*

65. Il faut signaler d'ores et déjà que, avant la modification du Code minier, l'extension du PE à d'autres substances s'est réalisée de deux manières : l'extension aux substances minérales associées et l'extension aux substances minérales non associées. C'est ce qui résultait de l'article 77 non modifié du Code minier qui dispose ceci : « Avant de procéder aux activités de recherches ou d'exploitation visant des substances minérales autres que celles pour lesquelles son Permis d'Exploitation a été établi, le titulaire est tenu d'obtenir l'extension de son permis à ces autres substances associées ou non-associées ».

66. Comme on peut le constater à travers les dispositions de l'article précité, le titulaire d'un droit minier ou de carrières (d'exploitation) avait la possibilité d'étendre celui-ci à des substances associées ou non associées, en plus de celles pour lesquelles son droit est établi. Cependant, avec la modification du Code minier, cette possibilité n'est plus de mise. Il s'ensuit que le titulaire du PE qui veut étendre celui-ci à des substances non associées doit solliciter un autre PE qui portera sur ces dernières distinctement des substances associées. Ainsi le législateur a-t-il assimilé cette hypothèse au cas d'une mine distincte.

67. En effet, aux termes de l'article 77bis (inséré) du Code minier : « Le titulaire d'un Permis d'exploitation qui désire exploiter les substances minérales non associées est obligé de demander un droit minier d'exploitation distinct sur ces substances, conformément aux dispositions du présent Code. — Dans le cas où le titulaire du Permis d'exploitation ne sollicite pas une telle extension, la Direction des mines le met en demeure de la solliciter dans un délai de soixante jours. — Le titulaire qui ne sollicite pas l'octroi d'un nouveau titre, alors qu'il exploite lesdites substances dans le contexte d'une mine distincte, se fait appliquer les dispositions de l'article 299 du présent Code ». Il s'agit là d'une des importantes innovations apportées par la réforme du Code minier intervenue en 2018.

68. « Pour arriver à conclure à une mine distincte partant d'une mine existante, il faut être en mesure d'en déceler tous les éléments essentiels. De la sorte, on ne pourrait pas parler d'une mine distincte lorsque le minerai, qui y est extrait, n'a été extrait qu'à la suite du nouvel aménagement de la mine existante. Cependant, on considérera une mine comme une mine distincte lorsqu'on a commencé à extraire du minerai du gisement distinct au moyen de ses installations d'extraction séparées et distinctes de celles de la mine existante »³⁹.

69. « Il sied de noter que l'hypothèse de la mise en œuvre d'une mine distincte ne requiert pas que le titulaire soit préalablement détenteur d'un PR, comme il en est de principe. La demande d'octroi d'un Permis d'Exploitation

³⁹ C. MULUNGULUGU NACHINDA, *Code minier commenté et annoté*, Bruxelles, Academia, 2021, p. 176.

portant sur une mine distincte ne se conçoit que dans le cas de la découverte par le titulaire dudit Permis d'une substance non associée, à la suite de ses travaux d'exploitation »⁴⁰.

70. Le recours aux dispositions relatives aux mines distinctes peut résoudre certains cas de chevauchement des périmètres. En effet, le titulaire du droit minier ou de carrières d'exploitation peut profiter de la situation de chevauchement de son projet minier pour se soustraire aux obligations pouvant résulter du fait de l'exploitation d'une mine distincte et, par conséquent, échapper à certaines taxes et certains impôts. Lorsqu'une telle situation se présente, ce titulaire ne doit pas évoquer le chevauchement de son projet minier, alors qu'il se retrouve bel et bien dans une situation d'exploitation d'une mine distincte.

71. D'ailleurs, c'est le cas pour bien des sociétés minières. Comme le révèle le Consortium Makuta ya Congo en ces termes : « [...] Chemaf déclare l'ensemble de ses activités en tant qu'une seule entreprise, plutôt qu'à travers une filiale distincte. Un même raisonnement pourrait s'appliquer à la société Ruashi Mining, qui n'a pas jusque-là mis en place une filiale pour distinguer son projet à Lubumbashi (Ruashi) de son projet à Kolwezi (Dilala Est et Musonoie Est), ou encore la Compagnie minière de Tondo, qui exploite un site dans la province du Lualaba et un autre site éloigné dans la province du Haut-Katanga »⁴¹.

72. « La non-observance des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 77bis du Code minier expose le titulaire à la même peine que celle prévue pour celui qui refuse ou ne veut pas étendre son PE aux substances autres que celles pour lesquelles ce dernier a été établi. C'est autant dire que l'exploitation d'une mine distincte sans la détention d'un nouveau titre afférent au droit devant découler de la mine distincte constitue une activité minière illicite au sens de l'article 299 de ce texte de loi. De ce fait, le titulaire du PE qui exploite les substances minérales non associées, sans la détention d'un titre minier d'exploitation distinct, est puni d'une amende dont le montant en francs congolais est l'équivalent de 10 000 USD à 250 000 USD »⁴².

6) Période de validité

73. Avant la modification du Code minier, il ressortait de son article 66 que la durée de validité du Permis d'Exploitation est de trente ans renouvelable plusieurs fois pour une durée de quinze ans.

⁴⁰ C. MULUNGULUGU NACHINDA, *Code minier commenté et annoté*, Bruxelles, Academia, 2021, p. 176.

⁴¹ CONSORTIUM MAKUTA YA CONGO, *La redevance minière destinée aux entités territoriales décentralisées : un casse-tête à résoudre*, novembre 2020, p. 26.

⁴² C. MULUNGULUGU NACHINDA, *Code minier commenté et annoté*, Bruxelles, Academia, 2021, p. 176.

74. Avec sa modification, le Code minier dispose, en son article 67, que la durée de validité du PE ne peut excéder vingt-cinq ans. Il est renouvelable sur demande de son titulaire pour des périodes n'excédant pas quinze ans chacune.

75. On peut remarquer que la durée du renouvellement, qui est de quinze ans, reste la même tant avant qu'après la modification du Code minier. Aussi peut-on remarquer que la durée d'un PE, qu'elle soit de vingt-cinq ans ou trente ans, reste toujours longue, et cela, nous semble-t-il, pour rendre stables les droits de propriété minière. En effet, il est accordé au titulaire d'un PE beaucoup plus de temps en vue de lui permettre de procéder en toute quiétude aux opérations minières, qui requièrent de plus grandes exigences, notamment de construire les installations et infrastructures nécessaires à l'exploitation minière, de procéder aux opérations de concentration, de traitement métallurgique ou technique. En somme, les opérations minières d'exploitation nécessitent un maximum de temps pour garantir l'investissement de l'opérateur minier.

§ 3. Permis d'Exploitation des Rejets

1) Définition

76. Les « rejets des mines » sont les stériles ou le remblai provenant de l'exploitation minière ou tout résidu solide ou liquide provenant du traitement minéralogique ou métallurgique⁴³.

2) Nature juridique

77. La nature juridique du PER est la même que celle du PE. Ce droit est constaté par un titre minier dénommé « Certificat d'exploitation des Rejets »⁴⁴.

3) Accès à l'exploitation

78. Aux termes de l'article 86 du Code minier, le PE emporte le droit d'exploiter les gisements artificiels situés dans le périmètre minier couvert par le permis, à moins que ce PE n'exclue expressément l'exploitation des gisements artificiels.

4) Conditions d'octroi et l'octroi

79. Les conditions d'octroi du PER et l'octroi de celui-ci sont régis par les dispositions des articles 71 et 72 du Code minier⁴⁵. En règle générale, le PER est octroyé sur un gisement faisant l'objet d'un PE. « Toutefois, le ministre des Mines peut également octroyer un Permis d'Exploitation des Rejets sur un gisement artificiel qui ne fait pas l'objet d'un Permis d'Exploitation »⁴⁶.

⁴³ Art. 1, pt 46, CM.

⁴⁴ Art. 89 CM.

⁴⁵ Cf. L'octroi et les conditions d'octroi du Permis d'Exploitation.

⁴⁶ Art. 86, al. 3, CM.

5) Période de validité

80. L'article 90 du Code minier dispose : « La durée du Permis d'Exploitation des Rejets est de cinq ans renouvelable plusieurs fois pour la même durée ».

B.4. Permis d'Exploitation de Petite Mine

1) Définition

81. La loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier n'a pas défini *expressis verbis* l'expression « petite mine ». Il en est de même de la loi n° 18/001 du 9 mars 2018 modifiant et complétant celle de 2002. Devant ce vide, il y a lieu de recourir à des définitions proposées par les législations étrangères.

82. L'ordonnance n° 99-032/P-RM du 19 août 1999 portant Code minier en République du Mali, définit la « petite mine » comme étant « une exploitation minière de petite taille, permanente, possédant un minimum d'installations fixes, utilisant dans les règles de l'art des procédés semi-industriels ou industriels et dont la production annuelle en régime de croisière n'excède pas un certain tonnage du produit commercialisable (minerai, concentré ou métal), fixé par substance et par arrêté du ministre chargé des Mines et fondé sur la justification de l'existence d'un gisement »⁴⁷.

83. La loi n° 031-2003/AN du 8 mai 2003 portant Code minier au Burkina Faso, quant à elle, entend par « petite mine », « toute exploitation minière de petite taille, permanente, fondée sur la justification de l'existence d'un gisement, utilisant selon les règles de l'art, des procédés semi-industriels ou industriels et dont la production annuelle en régime de croisière n'excède pas un certain tonnage du produit commercialisable (minerai, concentré ou métal) fixé par substance et par la réglementation minière »⁴⁸.

84. « L'exploitation à petite échelle est toute activité par laquelle une personne se livre à une exploitation minière de petite taille et permanente, exigeant un minimum d'installations fixes en utilisant des procédés semi-industriels ou industriels, après la mise en évidence d'un gisement »⁴⁹.

85. Il convient de distinguer le régime du PEPM de celui applicable aux exploitants artisanaux organisés en coopératives. Le PEPM est l'un des types des droits miniers prévus par la loi minière, octroyé par arrêté ministériel, qui suppose l'existence d'un gisement économiquement exploitable, une étude de faisabilité et la création obligatoire d'une société de droit congolais. Il est octroyé à un demandeur dit un opérateur minier, disposant d'une certaine capacité technique

⁴⁷ Art. 30, 1 pt, Code minier du Mali.

⁴⁸ Art. 30, 1 pt, Code minier du Burkina Faso.

⁴⁹ Art. 1, pt 22, CM.

et financière. À l'inverse, l'exploitation artisanale est régie par un régime spécifique, distinct du PEPM, fondé sur l'organisation des exploitants (exclusivement des personnes physiques de nationalité congolaise) en coopératives minières ou des produits de carrières agréées. Ces coopératives bénéficient de sites déclarés « zones d'exploitation artisanale », institués par l'arrêté ministériel, et ne peuvent exploiter qu'avec des moyens rudimentaires (comme les pelles, pioches, marteaux, tamis, bassins), et non semi-industriel (tels que les concasseurs, les broyeurs, les petites unités de lavage mécanisées, les dragues). Leur institution n'emporte pas l'octroi d'un véritable droit minier cessible ou hypothécable.

2) *Nature juridique*

86. À l'instar des PE et PER, le PEPM est un droit réel, immobilier, exclusif, cessible, amodiable et transmissible. Ce droit est constaté par un titre minier dénommé « Certificat d'Exploitation de Petite Mine »⁵⁰.

3) *Conditions de l'octroi*

87. Outre les conditions prévues aux *littera* b et c de l'article 71 du Code minier, nul ne peut obtenir un PEPM s'il ne démontre pas l'existence d'un gisement dont les facteurs techniques ne permettent pas une exploitation industrielle rentable et présentant une étude de faisabilité accompagnée d'un plan d'encadrement technique de développement, de construction et d'exploitation de la mine.

88. Pour avoir le PEPM, l'étranger doit en outre créer une société de droit congolais en association avec une ou plusieurs personnes de nationalité congolaise dont la participation ne peut être inférieure à 25 % du capital social⁵¹.

4) *Période de validité*

89. « La durée de validité du Permis d'Exploitation de Petite Mine est variable, mais ne peut excéder dix ans, y compris les renouvellements »⁵².

90. « Toutefois, moyennant l'avis de la Direction des Mines, le ministre peut proroger le Permis d'Exploitation de Petite Mine suivant le cas et pour les substances dont l'exploitation dépasse dix ans »⁵³.

II. DROITS DE CARRIÈRES

91. La définition du « droit de carrières » sera donnée dans un premier temps (A), avant d'examiner les différentes sortes des droits de carrières (B).

⁵⁰ Art. 100 CM.

⁵¹ Art. 104, al. 1 et 2, CM.

⁵² Art. 101, al. 1, CM.

⁵³ Art. 101, al. 2, CM.

A. Définition du « droit de carrières »

92. La doctrine entend par « carrières », « tout dépôt de substances qui, d'ordinaire, s'emploient en grandes masses, sans aucune préparation ou manipulation de l'industrie, sans fusion ou décomposition chimique et qui, d'autre part, se rencontrant habituellement presque à la surface du sol, se distinguent facilement de toute autre substance »⁵⁴. Partant de la définition du droit minier, le « droit de carrières » est toute prérogative d'effectuer la recherche et/ou l'exploitation des substances minérales classées en carrières.

B. Différents types des droits de carrières

93. Il existe différents types des droits de carrières :

- l'Autorisation de Recherches des Produits de Carrières (ci-après ARPC) ;
- l'Autorisation d'Exploitation des Carrières Temporaire (ci-après AECT) ;
- l'Autorisation d'Exploitation des Carrières Permanente (ci-après AECP).

94. À chaque type de droit de carrières correspond un certificat délivré par le Cadastre minier. Examinons séparément ces différents droits de carrières, avant de dresser un tableau synoptique qui nous permettra d'avoir une vue d'ensemble sur les spécificités de chacun de ces droits.

§ 1. Autorisation de Recherches des Produits de Carrières

1) *Nature juridique*

95. L'ARPC est un droit réel, immobilier, exclusif, non cessible, non transmissible et non amodiable. Ce droit est constaté par un titre de carrières dénommé « Certificat de Recherches des Produits de Carrières ».

96. On s'aperçoit que l'ARPC présente un régime particulier qui la distingue nettement des autres droits miniers et de carrières. En effet, alors que le PR ou les droits d'exploitation sont conçus comme des droits patrimoniaux — cessibles, transmissibles et, pour certains, amodiables — l'ARPC est, pour sa part, non cessible, non transmissible et non amodiable. Cette singularité s'explique principalement par le fait que l'ARPC a une durée courte (un an, renouvelable une seule fois). La volonté du législateur est claire : éviter toute spéculation sur ce type d'autorisation qui n'exige pas d'investissements plus lourds et durables, comme c'est le cas pour les droits miniers et de carrières d'exploitation. Il a ainsi voulu réserver la patrimonialité (cession, transmission, amodiation) aux droits miniers et de carrières d'exploitation plus importants.

⁵⁴ JURIS-CLASSEUR NOTARIAL, *Fascicule B : Minières, Carrières, Tourbières*, Éditions Techniques (S.A.), 1950, p. 4.

2) Validité

97. « La durée de l'Autorisation de Recherches de Produits de Carrières est d'un an, renouvelable une fois pour la même durée »⁵⁵.

3) Conditions d'octroi

98. L'octroi de l'ARPC est subordonné à la justification par le requérant de sa capacité financière minimum. À la différence des droits miniers, la capacité financière minimum de l'ARPC est égale à cinq fois le montant total des droits superficiaires annuels par carré payables pour la période de la validité des produits de carrières⁵⁶.

4) Octroi

99. « Sans préjudice des dispositions de l'article 46 du [...] [Code minier], l'ARPC est octroyée ou refusée par le Chef de Division Provinciale des Mines, dans un délai qui ne peut excéder vingt jours ouvrables à compter de la date de la réception du dossier.»⁵⁷. En effet, l'article 46 du Code minier dispose : « Si le Cadastre minier ne procède pas à l'inscription du droit minier ou de carrières conformément à l'alinéa 4 de l'article 43 du présent Code dans les cinq jours ouvrables à compter de la demande d'inscription, le requérant peut, par requête adressée au Président du Tribunal de Grande Instance territorialement compétent, avec copie et les éléments du dossier à l'Officier du ministère public près cette juridiction, obtenir un jugement valant titre minier ou de carrières selon le cas ».

100. S'agissant des attributions confiées au Chef de division provinciale des Mines, le professeur Garry Sakata a, à juste titre, fait remarquer que « l'article 11*bis* est la disposition la plus controversée du CM. Il est au centre de plusieurs contradictions en matière de répartition des compétences entre différentes autres autorités. Il est également en contradiction avec plusieurs autres dispositions du CM [en l'occurrence, l'article 142 CM] »⁵⁸.

101. Dans ce même esprit critique, nous avons souligné que « le *littera* h [...] de [l'article 11*bis* du Code minier] met en évidence la confusion créée par le législateur lorsqu'il affirme que le chef de division provincial des mines a la compétence d'octroyer les autorisations de recherches des produits de carrières et les Autorisations d'exploitation de carrières de matériaux de construction à usage courant, comme il ressort des articles 129, 142 et 153 de ce texte de loi. Cette confusion, qui est due à l'inadvertance du législateur, ne peut pas faciliter

⁵⁵ Art. 138 CM.

⁵⁶ Art. 142 CM.

⁵⁷ Art. 143 CM.

⁵⁸ Cf. G. SAKATA, [référence à compléter, ouvrage pas encore cité il me semble ?] (*op. cit.*, pp. 58-59 et pp. 198-199).

la compréhension de la loi, surtout pour les non-professionnels. D'où ces articles devraient être modifiés *de lege ferenda* »⁵⁹.

5) *Superficie*

102. « La superficie faisant l'objet d'une Autorisation de Recherches des Produits de Carrières ne peut pas dépasser un maximum de quatre kilomètres carrés »⁶⁰.

103. « Le périmètre de recherches des produits de carrières ne peut pas être superposé sur une superficie qui fait déjà l'objet d'un Permis d'Exploitation minière. L'existence d'un périmètre de recherches minières n'empêche pas l'établissement sur le même terrain d'un périmètre de recherches des produits de carrières »⁶¹.

§ 2. Autorisation d'Exploitation de Carrières

104. La loi congolaise connaît deux types d'Autorisations d'Exploitation de Carrières, à savoir :

- l'Autorisation d'Exploitation de Carrières Temporaire (AECT) ;
- l'Autorisation d'Exploitation de Carrières Permanente (AECPP).

1) *Portée*

105. « Tant qu'un périmètre fait l'objet d'une Autorisation d'Exploitation de Carrières Temporaire, aucune autre autorisation de carrières ne peut y être octroyée. Toutefois, le titulaire peut, avant l'expiration de son autorisation, demander la transformation de l'autorisation temporaire en autorisation permanente. Pour ce faire, il suit la procédure relative à l'octroi de l'Autorisation d'exploitation de Carrières Permanente »⁶².

2) *Nature juridique des Autorisations d'Exploitation*

106. « Les deux Autorisations d'Exploitation de Carrières constituent des droits réels immobiliers, exclusifs, cessibles, transmissibles et amodiabiles »⁶³. L'une est constatée par un titre de carrière dénommé « Certificat d'Exploitation de Carrières Permanente » et l'autre dénommé « Certificat d'Exploitation de Carrières Temporaire »⁶⁴.

⁵⁹ C. MULUNGULUNGU NACHINDA, *Code minier commenté et annoté*, Bruxelles, Academia, 2021, p. 66.

⁶⁰ Art. 138 CM.

⁶¹ Art. 139 CM.

⁶² Art. 147, al. 3 et 4, CM.

⁶³ Art. 148, al. 1, CM.

⁶⁴ Art. 148, al. 2 et 3, CM.

3) Validité

107. Alors que « la durée de validité de l'Autorisation d'Exploitation de Carrières Permanente est de cinq ans renouvelable plusieurs fois pour la même durée ⁶⁵, celle de l'Autorisation d'Exploitation de Carrières Temporaire est d'un an non renouvelable » ⁶⁶.

108. Toutefois, le titulaire de l'AECT a le droit de demander une nouvelle Autorisation d'Exploitation Temporaire pour le même périmètre qui prendrait effet à l'échéance de l'autorisation en cours. Pendant la durée de son AECT, seul le titulaire a le droit de déposer une demande d'une nouvelle autorisation d'exploitation sur le même périmètre.

109. Ainsi qu'on peut s'en apercevoir, le législateur laisse la possibilité au titulaire de l'AECT, non pas de renouveler son droit, mais de demander une nouvelle AECT sur le même périmètre, et cela pendant sa durée de validité. Ce qui ne nous paraît pas logique et pratique. Nous sommes d'avis que la procédure de renouvellement devrait être consacrée lorsque la durée de validité de l'AECT doit arriver à terme.

4) Conditions d'octroi

110. « L'Autorisation d'Exploitation de Carrières Permanente ou Temporaire est octroyée par décision de :

- chef de Division Provinciale de Mines pour les matériaux de construction à usage courant ; ⁶⁷
- ministre sur avis technique de la Direction des Mines et après avis conforme du service compétent du ministère des Affaires foncières ainsi que celui des autorités administratives locales pour les autres substances de carrières » ⁶⁸.

111. Comme on peut le constater, « l'article 153 du Code minier spécifie les deux autorités compétentes pour octroyer une AECP ou AECT, selon qu'il s'agit de telle ou telle autre substance classée en carrières. Malheureusement, s'agissant de la compétence du Chef de division provinciale des Mines, il est en contradiction

⁶⁵ Art. 149, al. 1, CM.

⁶⁶ Art. 149, al. 2, CM.

⁶⁷ Cf. Point relatif à l'octroi de l'ARPC.

En fait, « cet article spécifie les deux autorités compétentes pour octroyer une AECP ou AECT, selon qu'il s'agit de telle ou telle autre substance classée en carrières. Malheureusement, il est en contradiction avec l'article 11bis, *littera* h, de ce texte de loi qui reconnaît au ministre provincial des Mines la compétence d'octroyer les autorisations de recherches des produits de carrières et les Autorisations d'exploitation de carrières de matériaux de construction à usage courant. Il s'agit là d'une confusion qui peut être à la base de l'inintelligibilité de cet article.

⁶⁸ Art. 153 CM.

avec l'article 11*bis*, *littera* h, du Code minier qui reconnaît au ministre provincial des Mines la compétence d'octroyer les autorisations de recherches des produits de carrières et les Autorisations d'exploitation de carrières de matériaux de construction à usage courant. Il s'agit là d'une confusion qui peut être à la base de l'inintelligibilité *dudit cet* article »⁶⁹.

112. L'octroi de l'AECT et de l'AACP est subordonné à certaines conditions prévues aux articles 154 et 159 du Code minier.

113. D'une part, il ressort de l'article 154 ce qui suit : « Sans préjudice des articles 34 à 42, l'octroi de l'Autorisation d'Exploitation de Carrières Permanente est subordonné aux conditions suivantes :

- a. démontrer l'existence d'un gisement en présentant une étude de faisabilité accompagnée d'un plan d'encadrement technique des travaux de développement, de construction et d'exploitation de la carrière ;
- b. prouver l'existence de ressources financières nécessaires pour mener à bien le projet selon le plan de financement des travaux de développement, de construction et d'exploitation de la carrière ainsi que de réhabilitation du site à sa fermeture. Ce plan précise chaque type de financement, les sources de financement visées et les justifications de leur disponibilité probable ;
- c. obtenir au préalable l'approbation de l'EIES⁷⁰ et du PGES⁷¹ du projet ;
- d. apporter une déclaration de vacance des terres établie par le Conservateur des titres immobiliers du ressort ou la preuve du consentement du concessionnaire foncier, si la superficie qui fait l'objet de la demande de l'autorisation d'exploitation de la carrière est située dans le Périmètre foncier de ce dernier ;
- e. apporter, si le Périmètre demandé est compris dans le Périmètre d'un droit minier d'Exploitation en cours de validité, la preuve du consentement du titulaire de ce droit ou établir que son consentement a été refusé par mauvaise foi ;
- f. déposer un acte d'engagement de se conformer au cahier des charges définissant la responsabilité sociétale vis-à-vis des communautés locales affectées par les activités du projet ».

114. Comme on peut le constater, cet article détaille les conditions auxquelles est soumise la demande d'une AACP. On peut remarquer ici que toutes ces conditions sont cumulatives et non alternatives.

⁶⁹ C. MULUNGULUNGU NACHINDA, *Code minier commenté et annoté*, Bruxelles, Academia, 2021.

⁷⁰ *Supra*, note 29.

⁷¹ *Supra*, note 30.

115. Il faut savoir qu'avec la modification du Code minier, le *littera d* concernant la déclaration de vacance des terres ainsi que le *littera f* ont été ajoutés aux conditions de l'octroi d'une AECF, alors qu'ils n'étaient pas de mise auparavant.

116. D'autre part, l'article 159 du Code minier dispose que « l'Autorisation d'Exploitation de Carrières Temporaire est octroyée à la première personne éligible qui dépose une demande recevable conformément aux dispositions des articles 34 à 40 du présent Code, et qui remplit les conditions suivantes :

- a. démontrer l'existence d'un gisement économiquement exploitable en présentant un plan d'encadrement technique des travaux d'exploitation de la carrière et un PAR y afférent ;
- b. présenter, si la carrière est située sur un Périmètre faisant l'objet d'un titre foncier détenu par un tiers, le consentement écrit de celui-ci à l'ouverture de la carrière ;
- c. présenter, si la carrière est située sur un Périmètre faisant l'objet d'un Permis d'Exploitation détenu par un tiers, le consentement écrit de celui-ci à l'ouverture de la carrière, ou la preuve que le consentement a été refusé de mauvaise foi ».

117. Il va sans dire que cet article fixe les conditions de l'octroi d'une AECT dont la demande doit, d'une part, respecter les règles relatives au principe de la priorité de l'instruction, les renseignements à fournir, la langue de la demande, le paiement des frais de dépôt et, d'autre part, être assujettie aux conditions de la recevabilité et d'instruction. Outre les conditions d'octroi prévues par cet article, l'article 301 du Règlement minier prévoit également certaines autres conditions d'octroi de l'AECT.

CONCLUSION

118. Bon nombre des personnes emploient indifféremment les mots « mine ou carrière » et parfois à tort. Les notions de mine et de carrière sont des notions juridiques définies par la loi n° 18/001 du 9 mars 2018 modifiant et complétant la loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier. Ce qui fait la différence entre ces deux concepts, c'est la substance extraite ou le matériau extrait, que l'extraction se fasse en sous-sol ou en surface.

119. Le Code minier a le mérite d'avoir retenu la classification bipartite des substances minérales : mines et carrières. La séparation du régime des mines de celui des carrières a donc conduit le législateur congolais à distinguer et organiser les différents types de droits miniers et de carrières.

120. Il faut noter qu'avec la modification de ce texte de loi, le législateur a apporté une nouveauté en prévoyant une autre sous-catégorie de mine dite « mine

distincte », comme il ressort de l'article 77bis du Code minier. En effet, avant la modification du Code minier, le titulaire d'un droit minier (d'exploitation) avait la possibilité d'étendre celui-ci à des substances minérales associées ou non associées, en plus de celles pour lesquelles son droit est établi. Cependant, avec la modification de ce texte de loi, cette possibilité n'est plus de mise. Ainsi a-t-il assimilé cette hypothèse au cas d'une mine distincte.

121. L'instauration du régime de la mine distincte constitue une avancée dans le secteur minier congolais, car elle permet de mettre fin à une pratique antérieure consistant à étendre abusivement un permis d'exploitation existant à des substances minérales non associées. Désormais, chaque découverte d'une nouvelle substance exige l'obtention d'un droit distinct, ce qui renforce la transparence du régime, améliore la traçabilité des activités minières, et accroît les recettes publiques par le paiement de droits superficiaires et de redevances sur chaque titre séparé.

122. Il ne s'agit donc pas d'un recul, car cette exigence ne prive pas les opérateurs de leur droit d'exploiter les substances découvertes, mais elle encadre cette exploitation par une procédure plus rigoureuse, assurant à la fois la sécurité juridique, la protection de l'environnement et une meilleure fiscalisation.

123. Pour ce qui est de la durée d'un PR, il faut noter que le législateur ne la fait plus dépendre de la nature de substance, comme il était le cas avant la modification dudit Code minier ; car, que les recherches portent sur les pierres précieuses (le cas du diamant) ou sur les autres substances minérales (le cas du cuivre ou du cobalt), la durée d'un PR est désormais de cinq (5) ans renouvelable une seule fois, et non plus deux fois. Cette uniformisation poursuit une finalité précise : mettre fin à la complexité et aux incertitudes nées de la dualité antérieure, tout en réduisant les risques de spéculation liés à la prolongation excessive des droits de recherche. Elle consacre une volonté de rationaliser le régime applicable, de renforcer la sécurité juridique pour l'administration comme pour les opérateurs miniers, et d'instaurer une égalité de traitement entre les titulaires des droits miniers de recherches, quelle que soit la nature de la substance concernée. »

124. En dépit de bien des innovations introduites dans le but d'améliorer le cadre juridique et institutionnel qui sous-tend les activités minières, la loi minière en vigueur laisse subsister certains problèmes, ou plutôt accuse des faiblesses. En effet, pour ce qui est de l'énumération des substances minérales, il sied de souligner que, contrairement à d'autres législations, la loi minière congolaise en vigueur n'a pas énuméré les substances minérales classées en mines. Et le décret n° 038/2003 du 26 mars 2003 portant Règlement minier tel que modifié et complété par la loi n° 18/024 du 8 juin 2018, pris en application du Code minier, a, quant à lui, détaillé, sans être exhaustif, non pas les substances minérales classées en mines, mais plutôt celles classées en carrières, principalement les matériaux

de construction à usage courant et les minéraux industriels, en établissant la liste de neuf minéraux, qui du reste est incomplète et laisse de côté certains minéraux industriels qui sont, pourtant, importants pour l'industrie minière congolaise.

125. Voilà pourquoi il **siérait[serait ?]** mieux, *de lege ferenda*, d'élargir cette liste de **neuf[à préciser svp]**, en intégrant d'autres principaux minéraux industriels identifiés ou non et susceptibles d'être exploités en RDC. Cela contribuera à l'application correcte de ce texte de loi : il permettra de connaître avec précision l'autorité compétente d'octroi de tel ou tel autre droit de carrières, plutôt que de laisser aux uns et aux autres le soin d'interpréter selon leur connaissance, souvent erronée, en cette matière. De ce fait, on pourra éviter de tomber dans un pur subjectivisme.

126. S'agissant du renouvellement de l'AECT, nous sommes d'avis que le législateur devrait, à l'instar d'autres droits miniers et de carrières, autoriser le titulaire de l'AECT dont la durée de validité est d'un an non renouvelable, à renouveler son titre, et même à le transformer en AECP, lorsqu'il souhaite poursuivre l'exploitation de sa carrière au-delà du délai prévu. Ce qui importera de faire *de lege ferenda*. Dans cette optique, il est évident que les procédures de renouvellement ou de transformation soient les mieux indiquées, étant plus simples et rapides, que la procédure d'octroi d'une nouvelle demande qu'impose l'alinéa 2, de l'article 149, à l'arrivée à terme de l'AECT.

127. Par ailleurs, on s'aperçoit que la loi n° 007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier ainsi que la loi n° 18/001 du 9 mars 2019 qui l'a modifiée et complétée n'ont pas défini le concept « petite mine », alors **qu'elle[la loi ou les lois ?]** **organise** son exploitation. Pour pallier cette carence qui peut, du reste, soulever des controverses doctrinales, le législateur devrait, *de lege ferenda*, définir en des termes précis le terme « petite mine ».

