

ANNALES DE DROIT DE LOUVAIN

**Numéro thématique 2025/2 — Le pluralisme
des méthodes de recherche en droit (seconde partie)**

Vol. 90

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 (seconde partie)	Pierre WALCKIERS, Christine FRISON et Coline GILLARD	249
1. LES APPROCHES EMPIRIQUES EN DROIT : MÉTHODOLOGIES ET APPLICATIONS		
Methodological Insights for Empirical Legal Research: Guiding Principles and Practical Applications	Dr. Anouk Decuyper and Dr. Karl Pauwels	259
Naar een verwetenschappelijking van de rechtsleer: toetsing van geformuleerde rechtsregels aan rechterlijke <i>dicta</i>	prof. dr. Marc KRUITHOF en dr. Jochen TANGHE	287
Systematic Analysis of Case Law in the Age of Comprehensive Judicial Databases: Method, Sampling, and Research Implications	Frederik PEERAER	311
2. COMBINER LES APPROCHES EMPIRIQUES, THÉORIQUES ET CRITIQUES		
From Ecology to Law and Back: The Alliance Between Science and Law in Fighting Climate Change. — An Empirical and Comparative Study	Dr Maria Francesca CAVALCANTI and Dr Katia LAFFUSA	335
Studying contemporary legal controversies: An Actor-Network Theory Approach of the European Union legal order	Julien Bois	355

Thinking international law's response to the climate crisis otherwise: towards post-human methodologies for reimagining earthly survival?	Fiona ARGENTA	375
3. APPLICATIONS EMPIRIQUES : EXEMPLES EN DROIT DE LA FAMILLE, DES MINEUR·ES ET DES PERSONNES MIGRANTES.		
Évaluer démocratiquement les politiques publiques de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse : apports d'une rencontre avec le terrain via des méthodes de recherche qualitative	Camille GAMBI-ARNOLD et Mehdi NZUZI MBOMBO	409
<i>Produire des individus autonomes</i> : approche sociojuridique et empirique de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique	Zoé CRINE	433
Changer de regard sur le droit : intérêt et mise en œuvre de la recherche empirique	Aline BODSON et Coline MOREAU	459
Begripsdenken voorbij: de nood aan waardendenken en waardengericht juridisch onderzoek in het afstammingsrecht	Drs. Leander VAN DRIESCHE	479

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

par Pierre WALCKIERS,
Christine FRISON
et Coline GILLARD

Ce second numéro complète et enrichit les constats formulés dans le premier numéro thématique de la *Louvain Law Review* consacré au pluralisme des méthodes de recherche en droit. Il souligne notamment l'importance croissante des réflexions méthodologiques dans les sciences juridiques contemporaines, la diversité des méthodes mobilisées par les chercheuses et chercheurs en droit — y compris le recours aux méthodes de recherche empiriques dans toute leur diversité — ainsi que les questionnements épistémologiques qui traversent les juristes lorsqu'ils et elles interrogent leurs propres méthodologies de recherche ¹.

Les contributions rassemblées dans ce numéro apportent quelques tentatives de réponses à ces interrogations en explorant diverses manières de mobiliser, de combiner ou de questionner les méthodes de recherche en droit. La plupart abordent ces questions méthodologiques en portant une attention particulière aux méthodes empiriques et à leurs applications dans la recherche juridique, par exemple à travers des approches plus systématiques de la jurisprudence ou l'intégration de nouveaux outils et bases de données, tels que la base de données « *Just Judgement* ». D'autres contributions présentent également le travail d'équipes de recherche, notamment celle rattachée à l'Université de Gand, qui s'intéresse à l'analyse empirique de certains phénomènes juridiques et à l'impact de ces approches sur la compréhension du droit.

Les articles réunis examinent également les manières d'articuler ces méthodes empiriques avec d'autres cadres théoriques et perspectives critiques, par exemple pour l'étude du droit de l'environnement, ou encore à travers des dialogues avec les *Science and Technology Studies*, notamment via les méthodes de l'acteur-réseau ou certaines approches issues des théories posthumanistes. Enfin, ce volet rassemble également des applications plus concrètes de ces approches empiriques, notamment dans l'étude des droits des enfants et des personnes migrantes.

¹ P. WALCKIERS, C. FRISON et C. GILLARD, « Introduction au numéro thématique : Le pluralisme des méthodes de recherche en droit (première partie) », *Louvain Law Review*, vol. X, n° 2, 2025, p. X-X.

Dans cette perspective, un premier ensemble d'articles de ce numéro se saisit plus directement des méthodes empiriques en droit : leurs principes généraux, leurs méthodes et leurs guides pratiques. Les contributions de ce volet reviennent également sur quelques enjeux liés à leur mise en œuvre dans la recherche, notamment à travers des illustrations portant sur la recherche empirique et systématique en jurisprudence, y compris par l'usage de nouvelles bases de données jurisprudentielles exhaustives.

En guise d'introduction aux méthodes empiriques, l'article « *Methodological Insights for Empirical Legal Research : Guiding Principles and Practical Applications* » d'Anouk Decuyper et Karl Pauwels propose de revenir en détail sur les méthodes empiriques interdisciplinaires et sur leur mobilisation dans les recherches empiriques en droit. Étant donné que la conduite de telles recherches exige des juristes une formation adéquate aux méthodes empiriques ainsi que le respect de principes épistémologiques spécifiques, les auteur·es proposent un retour sur l'histoire et les principes des sciences empiriques, et notamment celles issues des sciences sociales.

Decuyper et Pauwels mettent notamment en lumière certaines caractéristiques fondamentales de la recherche empirique. Ils soutiennent que ces principes supposent un état d'esprit différent de celui qui prévaut traditionnellement dans la recherche juridique, généralement structurée autour d'une logique argumentative et normative. À cet égard, la recherche empirique vise plutôt à éviter la formulation de jugements normatifs et à privilégier l'observation et l'analyse systématique des phénomènes. L'article expose également plusieurs principes méthodologiques centraux, tels que la systématique de la démarche scientifique, la reproductibilité des résultats et le principe de falsifiabilité à travers le test d'hypothèses. Ces principes sont illustrés dans le contexte de la recherche juridique empirique, les auteur·es mettant en évidence les choix méthodologiques qui doivent être opérés à chaque étape d'une étude empirique.

Dans leur article « *Naar een verwetenschappelijking van de rechtsleer: toetsing van geformuleerde rechtsregels aan rechterlijke dicta* », Marc Kruithof et Jochen Tanghe expliquent la conception de la recherche suivie au cours des dix dernières années dans l'étude du droit de la responsabilité extracontractuelle par le Centre de droit des obligations et des biens de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université de Gand. L'article expose cette méthode de recherche en distinguant les règles du droit, de la doctrine et de la jurisprudence. Il met en évidence comme problème la divergence possible entre le droit tel qu'il existe dans son application (*law in action*) et la représentation du droit par la doctrine, telle qu'elle se manifeste tant dans la littérature que dans les considérants ou motifs des décisions de justice (*law in books*). Cette divergence peut s'expliquer par plusieurs facteurs : l'écart entre ce que les juges font réellement et ce qu'ils

et elles disent faire, la manière dont la doctrine interprète ces pratiques, ainsi que l'influence de biais cognitifs ou de principes implicites qui sont masqués par un raisonnement *a posteriori* dans les décisions juridiques.

Partant de ce constat, l'article revient sur les méthodes développées au sein de leur centre de recherche, structurées en deux phases principales. La première consiste à déconstruire la doctrine dominante en la confrontant aux applications empiriques du droit, afin de vérifier si les théories de la doctrine peuvent être corroborées ou, au contraire, falsifiées. La seconde phase vise à construire une doctrine alternative, plus conforme à la réalité de la jurisprudence. Cette construction s'inscrit à la fois dans un contexte de découverte (fondé sur l'observation des données, l'apport d'autres disciplines ou la comparaison avec d'autres systèmes juridiques) et dans un contexte de justification, dans lequel les hypothèses formulées sont testées empiriquement à partir de la jurisprudence. L'article illustre cette méthode à travers plusieurs études menées sur cette base. Les recherches indiquent notamment que, du point de vue de la science juridique, la théorie de l'équivalence doit être abandonnée au profit de la théorie de la contribution causale nécessaire, celle-ci reflétant plus fidèlement ce que les juges décident en pratique ; que la responsabilité parentale doit plutôt être conçue comme une obligation de garantie que comme une responsabilité fondée sur une faute présumée, que la norme « générale » de prudence n'est pas, en réalité, appliquée de manière générale pour déterminer l'illicéité ; que la prétendue responsabilité générale du fait des choses recouvre en réalité deux régimes distincts que la doctrine ne pouvait expliquer par un concept unique de vice ; qu'il convient de distinguer entre souffrance et dommage ; et que la perte d'une chance ne devrait pas être qualifiée de type de dommage, mais comprise comme l'expression d'une responsabilité proportionnelle en droit belge.

Ensuite, la contribution de Frederik Peeraer, intitulée « *Systematic Analysis of Case Law in the Age of Comprehensive Judicial Databases: Method, Sampling, and Research Implications* », anticipe les nouvelles opportunités pour la recherche juridique qu'offre l'émergence de bases de données jurisprudentielles exhaustives et en données ouvertes. Plus précisément, en prenant (entre autres) l'exemple de la base de données « JustJudgment », un nouveau registre central de la jurisprudence en Belgique dans le cadre de l'ouverture des données judiciaires, l'article s'intéresse au potentiel de ces bases de données pour enrichir la recherche empirique en droit, ainsi qu'aux possibilités qu'elles ouvrent en termes de méthodes d'analyse des pratiques judiciaires. Dans cette perspective, l'article examine l'analyse systématique de la jurisprudence comme une approche particulièrement adéquate pour tirer parti de ces nouvelles possibilités. En intégrant notamment l'intensification des données procédurales dans les objets d'étude et en rendant explicites les étapes de constitution du corpus, d'échantillonnage, de codage et d'interprétation, cette approche

contribue à accroître la transparence méthodologique et à renforcer la crédibilité des affirmations relatives au contenu des décisions judiciaires.

Dès lors, Peeraer précise les objectifs de recherche pour lesquels l'analyse systématique de la jurisprudence présente une utilité particulière. Il distingue notamment deux principales orientations analytiques qu'elle peut soutenir : d'une part, l'analyse de contenu, centrée sur la signification substantielle attribuée au droit dans les décisions judiciaires ; d'autre part, l'analyse discursive, qui examine la manière dont le raisonnement judiciaire est construit et communiqué. L'article accorde également une attention particulière aux stratégies de collecte des données, compte tenu de leur importance centrale pour la validité et la faisabilité de la recherche systématique en matière de jurisprudence. En somme, l'auteur soutient que, dans un contexte où l'analyse systématique de la jurisprudence implique des exigences méthodologiques importantes, des bases de données exhaustives telles que la base belge JustJudgment offrent des possibilités inédites pour approfondir notre compréhension tant du contenu du droit que des pratiques discursives du pouvoir judiciaire.

Le second volet de ce numéro rassemble trois articles qui explorent les manières dont les méthodes de recherche empiriques en droit peuvent être articulées avec d'autres cadres théoriques, critiques et interdisciplinaires, notamment les *Science and Technology Studies*, la théorie de l'acteur-réseau, les approches posthumanistes et les perspectives écologiques appliquées au droit.

À cet égard, un premier dialogue entre approches empiriques et comparatives se déploie dans l'article de Maria Francesca Cavalcanti et Katia Laffusa, intitulé « *From Ecology to Law and Back: The Alliance Between Science and Law in Fighting Climate Change. An Empirical and Comparative Study* ». Cet article s'intéresse aux procédures judiciaires et aux innovations réglementaires aux niveaux national et supranational dans le contexte des mesures liées à l'« urgence climatique » et des violations des droits humains dans plusieurs pays européens. Les auteurs[auteurs ou autrices, les deux sont utilisés, merci d'harmoniser svp] montrent que, malgré la diversité de ces procédures climatiques et des dispositifs de protection juridique, celles-ci partagent un trait commun : l'importance croissante des données scientifiques. La relation entre droit et sciences écologiques s'intensifie ainsi, y compris sur le plan linguistique et conceptuel, avec l'intégration de notions scientifiques dans l'argumentation juridique. Les juristes sont dès lors amenés à interpréter et mobiliser des données et des sources scientifiques de plus en plus diverses.

Les auteurs avancent que le développement du constitutionnalisme environnemental (*environmental constitutionalism*) exige de manière croissante une approche interdisciplinaire informée par ces données scientifiques, ce qui soulève des défis

méthodologiques importants pour la recherche juridique. Dans ce contexte, les auteures interrogent la question suivante : le paradigme écologique impose-t-il de repenser la manière de faire de la recherche en droit ? Pour y répondre, elles prennent comme point de départ la théorie des formants de Rodolfo Sacco et mobilisent la méthode comparative dans le cadre d'une investigation empirique. Elles se concentrent sur le rôle des données scientifiques tant dans le formant normatif (au niveau législatif et supranational) que dans le formant jurisprudentiel, au sein des systèmes juridiques italien (Cour constitutionnelle, jugement n° 105/2024), néerlandais (*Urgenda*) et allemand (*Neubauer et al.*). L'étude examine ainsi la manière dont ces données sont mobilisées dans les jugements relatifs à la légitimité constitutionnelle et dans les processus législatifs, afin de comprendre le rôle attribué à ces éléments extra-juridiques. L'objectif de cette contribution est multiple : analyser comment ces éléments extra-juridiques influencent les dimensions normatives et procédurales contribuant à la définition d'un nouveau constitutionnalisme climatique ; déterminer si l'alliance entre écologues et juristes peut conduire à l'identification d'un nouveau formant et préciser quel pourrait être son rôle dans le système juridique ; ainsi qu'examiner la manière dont l'importance croissante des dimensions interdisciplinaires transforme les méthodes de recherche juridique dans le champ du constitutionnalisme environnemental.

Ce lien entre sciences et droit résonne sous d'autres tonalités, plus proches des *Science and Technology Studies*, dans la contribution de Julien Bois, intitulée « *Studying contemporary legal controversies : An Actor-Network Theory Approach of the European Union legal order* ». Son article considère que les ordres juridiques sont sujets à des controverses, c'est-à-dire à des situations dans lesquelles les schémas interprétatifs préexistants sont contestés, voire se désagrègent. Pour l'auteur, la théorie de l'acteur-réseau (*Actor-Network Theory*, ANT) peut constituer un complément fécond à la doctrine dans les cas où les approches strictement textuelles (*black-letter law*) ne suffisent plus à expliquer les changements juridiques. Associées aux *Science and Technology Studies*, notamment les travaux de Latour et Callon, la théorie de l'acteur-réseau offre une boîte à outils conceptuelle ainsi qu'un appareil méthodologique intuitif que les juristes peuvent mobiliser.

Dans son article, Bois explique que la théorie de l'acteur-réseau propose d'accorder une forme d'agentivité aux objets non humains (par exemple, la nature ou les artefacts) et de simplement suivre les acteur-es dans leur quête de stabilité ou de transformation du droit. L'objectif est ainsi de fournir une analyse empirique du changement juridique, tout en prenant le droit au sérieux. L'approche ne cherche pas à imposer au droit des considérations sociales plus larges, mais à étudier concrètement la manière dont les controverses sociales pénètrent dans la sphère juridique. L'article utilise des exemples tirés de l'Union européenne, où les cas de controverses juridiques se sont multipliés au XXI^e siècle. Selon l'auteur, l'étude de

cas de l'UE démontre l'utilité de l'ANT : elle montre comment les technologies et objets européens (par exemple, les chemins de fer) peuvent résister aux intentions législatives, elle permet de suivre l'évolution et l'adaptation du droit de l'UE, et elle soutient la recherche sur le droit souple (*soft law*), les standards d'harmonisation et les processus transformateurs du droit.

L'article de Fiona Argenta, « *Thinking International Law's Response to the Climate Crisis Otherwise: Towards Post-Human Methodologies for Reimagining Earthly Survival?* », adopte une perspective résolument méta-théorique, en discutant des approches posthumanistes et, notamment, de leur valeur pour repenser « autrement » la réponse du droit international à la crise climatique. S'inspirant des théories de Rosi Braidotti, Karen Barad et Donna Haraway, l'argument central de l'**autrice** est que l'anthropocentrisme et les cadres normatifs traditionnels du droit international limitent sa capacité à faire face aux enjeux environnementaux contemporains, qui sont à la fois sociaux, écologiques et technologiques. Le texte s'appuie sur le posthumanisme philosophique et féministe pour proposer des cadres théoriques capables d'appréhender les relations entre humains et non-humains, et de remettre en question les catégories rigides qui structurent le droit international.

Comme le souligne Argenta, le posthumanisme insiste sur plusieurs axes : 1) la décentration de l'humain par l'attention à l'agentivité du monde non-humain ; 2) la critique des exclusions propres à l'humanisme traditionnel, en reconnaissant les hiérarchies sociales et les héritages historiques de pouvoir, tout en cherchant à inclure des modes de vie et des savoirs marginalisés ; 3) le refus des dichotomies binaires et la reconnaissance des interconnexions entre humains, non-humains et environnements. L'article identifie trois pistes fondamentales pour mobiliser les approches posthumanistes au droit international : *Quoi* chercher, en analysant les interconnexions matérielles et les réseaux socio-écologiques dans lesquels le droit s'inscrit, plutôt que de travailler sur des catégories juridiques isolées ? *Qui* produit le savoir juridique, en examinant les rapports de pouvoir et les formes de silenciation dans la production des normes, tout en intégrant les savoirs subalternes et les agents non-humains (animaux, écosystèmes, technologies) ? Finalement, *comment* produire le savoir juridique, en développant des méthodologies créatives et expérimentales, par exemple à travers des fictions spéculatives, situées et orientées vers l'avenir, qui favorisent des réponses écologiquement et socialement sensibles ? Consciente des tensions inhérentes à cette approche, tenant à l'introduction du cadre posthumain face à la rigidité du droit, l'auteure considère que les méthodes qui en sont issues permettent de révéler les angles morts du droit international et de stimuler de nouveaux imaginaires juridiques pour la survie terrestre.

Le troisième volet rassemble des contributions qui mettent en application les méthodes empiriques pour comprendre le fonctionnement concret du droit et

illustre leur utilisation dans des domaines spécifiques, notamment le droit de la famille et de la jeunesse et le droit des personnes migrantes.

La première illustration est proposée par l'article de Camille Gambi-Arnold et Mehdi Nzuzi Mbombo dans leur article « Évaluer démocratiquement les politiques publiques de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse : apports d'une rencontre avec le terrain via des méthodes de recherche qualitative ». Dans cet article, les auteur·es proposent d'aborder empiriquement un objet juridique en montrant comment une évaluation démocratique vise à rendre compte de la pluralité des interprétations de la mise en œuvre des principes fondamentaux d'un même code — le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse (CPAPJ) — par les acteur·es du secteur concerné. Leur démarche s'inscrit dans la continuité des méthodes d'évaluation des politiques publiques, notamment telles qu'exposées dans l'ouvrage *Fourth Generation Evaluation* de Guba et Lincoln, et repose sur la collecte d'opinions situées d'acteur·es de terrain.

Pour mener à bien ce projet, Gambi-Arnold et Nzuzi Mbombo adoptent une approche méthodologique empirique qualitative combinant un volet consultatif et un volet participatif. Le premier volet repose sur des entretiens individuels approfondis et semi-directifs : 58 entretiens ont ainsi été menés auprès de 102 interlocuteur·rices. Le second prend la forme de discussions collectives organisées selon la méthode d'analyse en groupe (MAG). Outre les principes de la théorie fondée, les données sont classées en mettant en exergue les critères d'évaluation les plus fréquents (pertinence, effectivité, efficacité, efficience). Les auteur·es justifient enfin leurs choix méthodologiques par le souci d'assurer la cohérence entre l'objet de recherche, les objectifs poursuivis et les méthodes mobilisées. Plus fidèle à la complexité du terrain, cette méthode permet de préserver les positions minoritaires et de mettre en évidence tant les accords que les désaccords au sein du secteur. Suivant cette méthodologie, la recherche met en lumière la coexistence de rapports pluriels que les acteur·es d'un même secteur entretiennent avec une norme spécifique (en l'occurrence la norme légale) tout en mobilisant une diversité d'autres normes, qu'elles soient organisationnelles, professionnelles ou d'une autre nature. L'article examine également les différentes conceptions de l'évaluation des politiques publiques et leurs implications sur le type de résultats produits.

Ces approches empiriques se retrouvent également dans l'article de Zoé Crine, « *Produire des individus autonomes* : approche sociojuridique et empirique de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique ». S'appuyant sur une recherche doctorale menée dans trois centres d'accueil pour femmes demandeuses d'asile en Belgique, cet article analyse de manière empirique la manière dont l'autonomie des demandeuses d'asile y est pensée et construite. L'article combine donc l'analyse juridique de cette notion d'autonomie dans le

champ des droits humains et montre comment cette notion se fabrique, se transforme et s'intègre à la fois dans les pratiques quotidiennes d'accueil et dans les rationalités managériales du secteur privé.

Ainsi, l'article de Crine souligne l'importance d'appréhender le droit à travers une démarche empirique et interdisciplinaire, éclairée par des méthodes qualitatives (observations des pratiques, entretiens semi-directifs et des échanges informels, menés dans le cadre d'un travail ethnographique) issues des sciences sociales. La méthode proposée considère le centre d'accueil comme un laboratoire politique et épistémologique, à la fois juridiquement encadré et socialement investi. Elle s'appuie également sur les études empiriques du droit et le pragmatisme juridique, et illustre que ces centres fonctionnent comme des lieux de production normative, où se construit une conception singulière et morale de l'autonomie en tant que responsabilité individuelle, interprétée et mise en œuvre par les professionnel·les du social. Étudier ces pratiques permet ainsi de saisir la notion d'autonomie « en action » et de produire des savoirs situés sur les rationalités qu'elle peut articuler dans le contexte des centres d'accueil.

Enfin, Coline Moreau et Aline Bodson expriment leur intérêt pour la recherche empirique en droit dans leur article intitulé « Changer de regard sur le droit : intérêt et mise en œuvre de la recherche empirique ». Dans cette contribution, les **auteurs** montrent en quoi la recherche empirique permet d'observer des dimensions du droit souvent invisibles aux méthodes juridiques classiques, offrant ainsi un regard renouvelé sur les phénomènes juridiques. Leur article s'organise en deux parties. Dans une première partie, théorique et générale, les **autrices** présentent et discutent plusieurs questions fondamentales relatives à la recherche empirique en droit. Elles proposent notamment des éléments de réponse à trois interrogations centrales : *quoi ?*, c'est-à-dire ce que recouvre la recherche empirique en droit ; *quand ?*, autrement dit dans quelles circonstances le recours à une telle approche s'avère pertinent ; et *comment ?*, c'est-à-dire selon quelles modalités méthodologiques et dans quelle perspective cette démarche peut être mobilisée dans la recherche juridique.

Dans une seconde partie, les **auteurs** illustrent concrètement leur propos en présentant un exemple d'application empirique. Elles expliquent, pas à pas, un extrait du processus de recherche mené dans le cadre d'une étude consacrée à la question de l'intérêt supérieur de l'enfant en contexte migratoire. À travers cet exemple, elles montrent les apports des méthodes empiriques pour l'analyse de décisions judiciaires et administratives, en présentant plus particulièrement la méthode de la théorisation ancrée, telle qu'adaptée par Pierre Paillé. Comme l'expliquent les **auteurs**, l'objectif de cette démarche est de rendre visible un autre niveau d'observation du droit grâce aux méthodes empiriques : il s'agit de sortir d'une « conversation du droit au droit » pour aller observer ce qui se joue

derrière la jurisprudence et les décisions administratives. L'analyse de décisions de l'Office des étrangers à l'aide de la théorisation ancrée leur permet notamment d'aller au-delà de la simple application du cadre juridique pour identifier, nommer et comprendre le phénomène de « dévoiement » de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'œuvre en contexte migratoire. Cette approche leur permet d'examiner à la fois ce que le droit observe et ce qu'il n'observe pas dans la manière dont la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est mobilisée dans ce contexte.

Pour terminer ce volet consacré à la famille et aux migrations, et voulant ouvrir d'autres pistes de réflexion, la question de la filiation est abordée dans l'article de Leander Van Driessche, intitulé « *Begripsdenken voorbij: de nood aan Waardendenken en waardengericht juridisch onderzoek in het afstammingsrecht* ». L'auteur y observe que les débats relatifs au contenu et à l'avenir du droit belge de la filiation sont souvent menés à travers les différents concepts juridiques qui y occupent une place centrale. Ils reposent ainsi sur un raisonnement conceptuel consistant à qualifier les faits, identifier la règle applicable et en appliquer les conséquences juridiques. Toutefois, il soutient que la focalisation sur certains concepts — tels que la possession d'état, les délais de prescription ou encore l'intérêt supérieur de l'enfant — n'est pas toujours appropriée. Selon l'auteur, raisonner exclusivement en termes de concepts juridiques atteint ses limites lorsqu'il existe des lacunes dans le droit positif, par exemple en cas de conflits entre plusieurs normes ou de zones d'ombre dans la législation. Tel est notamment le cas du droit belge de la filiation, qui fait l'objet de nombreuses controverses depuis la réforme de 2006 et qui a donné lieu à plusieurs interventions de la Cour constitutionnelle, notamment sous la forme d'invalidation de certaines dispositions légales.

Dans de telles situations, le développement du droit devient nécessaire et suppose de nouveaux choix normatifs. Or, le recours au raisonnement conceptuel tend, dans ce contexte, à masquer ces choix et à rendre plus difficiles les débats fondamentaux portant sur l'égalité dans l'application du droit et la justice des cas individuels. Dans sa contribution, Van Driessche invite dès lors à dépasser une approche purement conceptuelle du droit et soutient qu'un développement du droit plus clair et plus transparent ne peut être envisagé qu'à travers un raisonnement fondé sur les valeurs. Une telle approche axiologique dans la résolution des conflits juridiques présente, selon lui, un intérêt à double titre : elle est pertinente tant pour l'évaluation des cas concrets dans le cadre du raisonnement judiciaire que pour la préparation d'éventuelles réformes législatives du droit de la filiation d'origine.



Methodological Insights for Empirical Legal Research: Guiding Principles and Practical Applications

by Dr. Anouk DECUYPERE*
and Dr. Karl PAUWELS**

ABSTRACTS

English: As society becomes more complex, there is growing interest in using (interdisciplinary) empirical research to explore legal phenomena. However, conducting empirical legal research requires legal scholars to have proper training in empirical methods and to adopt a different research mindset. Unlike traditional legal analysis, empirical research also does not focus on making normative judgments, which can be less satisfying for scholars used to legal analysis. To help facilitate a shift toward empirical legal research, this article applies empirical research guidelines from the social sciences to the field of law. It begins by discussing key principles such as falsification and hypothesis testing, along with core concepts like validity and reliability. The article then moves on to examine the scientific process itself, highlighting the decisions that must be made at each stage of an empirical study. Overall, this article outlines essential empirical research guidelines and explores different options for analyzing and evaluating legal phenomena using empirical approaches.

La société devenant de plus en plus complexe, l'utilisation de la recherche empirique (interdisciplinaire) pour explorer les phénomènes juridiques suscite un intérêt croissant. Toutefois, la conduite de recherches juridiques empiriques exige des juristes une formation adéquate aux méthodes empiriques et l'adoption d'un état d'esprit différent en matière de recherche. Contrairement à l'analyse juridique traditionnelle, la recherche empirique ne se concentre pas non plus sur la formulation de jugements normatifs, ce qui peut être moins satisfaisant pour les chercheurs habitués à l'analyse juridique. Afin de faciliter le passage à la recherche juridique empirique, cet article applique au domaine du droit les principes directeurs de la recherche empirique issus des sciences sociales. Il commence par examiner des principes clés

* Dr. Anouk Decuypere is an expert in leadership, communication, well-being, fairness and decision-making. She is an organizational psychologist and holds a PhD in Business Economics. As a senior researcher at the Faculty of Law in Antwerp, she is conducting empirical interdisciplinary research on AI and digital governance.

** Dr. Karl Pauwels holds a Master's degree in Financial Management, a Master of Laws, a Master of specialisation in Tax Law, and a PhD in Law. Before embarking on his academic career, he worked as a tax lawyer. He is currently employed as a Research Manager and Postdoctoral Researcher at the Antwerp Tax Academy of the University of Antwerp.

tels que la falsification et le test d'hypothèse, ainsi que des concepts fondamentaux tels que la validité et la fiabilité. L'article examine ensuite le processus scientifique lui-même, en soulignant les décisions qui doivent être prises à chaque étape d'une étude empirique. Dans l'ensemble, cet article présente des lignes directrices essentielles en matière de recherche empirique et explore différentes options pour analyser et évaluer les phénomènes juridiques à l'aide d'approches empiriques.

Naarmate de samenleving complexer wordt, groeit de belangstelling voor het gebruik van (interdisciplinair) empirisch onderzoek om juridische fenomenen te onderzoeken. Het uitvoeren van empirisch juridisch onderzoek vereist echter van rechtswetenschappers een goede training in empirische methoden en een andere mentaliteit. In tegenstelling tot traditionele juridische analyse richt empirisch onderzoek zich ook niet op het doen van normatieve uitspraken, wat minder bevredigend kan zijn voor wetenschappers die gewend zijn aan juridische analyse. Om een verschuiving naar empirisch juridisch onderzoek te vergemakkelijken, past dit artikel empirische richtlijnen uit de sociale wetenschappen toe op het rechtsgebied. Het begint met het bespreken van belangrijke principes zoals falsificatie en hypothesetoetsing, samen met kernbegrippen zoals validiteit en betrouwbaarheid. Vervolgens gaat het artikel in op het wetenschappelijke proces zelf, waarbij de nadruk wordt gelegd op de beslissingen die in elk stadium van een empirisch onderzoek moeten worden genomen. Over het geheel genomen schetst dit artikel essentiële richtlijnen voor empirisch onderzoek en verkent het verschillende opties voor het analyseren en evalueren van juridische fenomenen met behulp van empirische benaderingen.

INTRODUCTION

'For the rational study of the law the black letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.'

— Oliver Wendell Holmes (1897)

This observation illustrates a long-standing intuition within legal scholarship: that understanding the operation and effects of law requires not only doctrinal interpretation but also empirical observation. The quote refers to the idea that we need data to evaluate the effect of law, to know whether any (new) law 'in its present form does more good than harm'.³ This idea lies at the heart of what has become known as empirical legal research, i.e. the systematic study of how legal rules operate in practice and what effects they produce in society.

³ O.W. HOLMES, 'The Path of the Law. An Address delivered by Mr. Justice Holmes, of the Supreme Judicial Court of Massachusetts, at the dedication of the new hall of the Boston University School of Law, on January 8, 1897.', *Boston university Law Review* 1998/3 (vol. 78), 699-716.

That is one of the reasons why empirical research can be a valuable addition to legal scholarship. In this context, it is often referred to as the study of ‘law in action’.⁴ While doctrinal legal scholarship focuses primarily on interpreting legal rules and principles (“law in the books”), empirical research examines how these rules are applied, experienced, and implemented by legal actors in real-world contexts. Empirical research can take into account and quantify various stakeholders’ views on new legislative developments, for example through surveys, interviews, or experimental designs that investigate how individuals, judges, regulators, or organisations respond to legal rules. This is important as these findings ultimately can support or derail new legislative and administrative practices⁵. As such, empirical research methods in the field of law are useful for — and not necessarily limited to — the study of laws’ behavioral effects, the study of stakeholders that are either impacting or impacted by (new) laws, the relevance of cultural or societal norms on law formation, and the incidence of disparaging outcomes for specific groups of citizens. For example, empirical studies may examine whether mandatory mediation laws reduce court congestion, or how sentencing guidelines affect judicial decision-making, or how citizens perceive the legitimacy of regulatory enforcement, ...

Conversely, traditional legal scholarship focuses primarily on interpretive and doctrinal analysis and on the development of normative arguments regarding how the law ought to be interpreted or developed.⁶ It typically analyses legal texts — such as statutes, case law, and legal principles — to determine the correct interpretation of the law or to evaluate its normative coherence. Traditional normative research includes the study of law principles, systematic studies of the law, research on the (level of) synchronization of the law, and legal history⁷. As such, legal studies within the legal field attempt to reconcile or distinguish internal tensions, to provide conceptual analyses of internal logics, to provide novel readings, or to study the history of a legislation to improve understanding⁸, including the understanding in the form of ‘the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts’.⁹ Rather than relying on

⁴ L. EPSTEIN and G. KING, ‘The Rules of Inference’, *The University of Chicago Law Review* 2002/1 (vol. 69), 1-131.

⁵ M. LANGER and R.N. LANDERS, ‘The future of artificial intelligence at work: A review on effects of decision automation and augmentation on workers targeted by algorithms and third-party observers’, *Computers in Human Behavior* 2021 (vol. 123).

⁶ J. GOLDSMITH and A. VERMEULE, ‘Empirical Methodology and Legal Scholarship Exchange: Empirical Research and the Goals of Legal Scholarship’, *U. Chi. L. Rev.* 2002/1 (vol. 69), 153-168.

⁷ T.A. CHRISTIANI, ‘Normative and Empirical Research Methods: Their Usefulness and Relevance in the Study of Law as an Object’, *Procedia — Social and Behavioral Sciences* 2016 (vol. 219), 201-207.

⁸ J. GOLDSMITH and A. VERMEULE, ‘Empirical Methodology and Legal Scholarship Exchange: Empirical Research and the Goals of Legal Scholarship’, *U. Chi. L. Rev.* 2002/1 (vol. 69), 153-168.

⁹ O.W. HOLMES, ‘The Path of the Law. An Address delivered by Mr. Justice Holmes, of the Supreme Judicial Court of Massachusetts, at the dedication of the new hall of the Boston University School of Law, on January 8, 1897.’, *Boston university Law Review* 1998/3 (vol. 78), 699-716.

hypothesis testing and data collection, the aim of doctrinal legal research is to clarify the meaning, coherence, and normative implications of legal rules.

With this distinction in mind, it becomes clear that empirical legal research answers different, yet complementary, questions compared to traditional doctrinal legal research. Rather than replacing doctrinal analysis, empirical legal research therefore functions as a complementary approach: doctrinal scholarship determines what the law is or ought to be, while empirical research investigates how law actually operates in practice. This includes questions that are becoming more prevalent in the last decades where technological advancement is increasing in speed and breadth, or so-called wicked problems, i.e., societal problems that are complex, rather unpredictable, open-ended and sometimes dependent on future technological (r)evolutions, and that seem intractable¹⁰.

Traditional legal research alone may not be able to address the complex and interrelated societal challenges that modern legal systems face. Instead, more interdisciplinary collaboration becomes necessary. To this regard, scholars have proposed that ‘motivational theory and empirical observation can be combined to create a more useful multi-disciplinary approach to the study of law-relevant behavior’.¹¹ However, this type of research requires a shift in mindset that includes rigorous attention to methodological aspects, coupled with less focus on providing normative judgments, which can be both challenging and unsatisfying for scholars primarily trained in legal analysis.¹²

Rather than presenting empirical research as a substitute for doctrinal legal analysis, this article argues that empirical methods provide additional analytical tools for legal scholars. Empirical approaches can offer significant added value to legal research by enabling scholars to examine how legal norms are perceived, interpreted, and implemented in real-world contexts. The insights generated through such analyses can, in turn, inform doctrinal scholarship by strengthening the empirical foundation of normative assessments. In this way, empirical legal research can complement traditional legal methods and contribute to more robust normative arguments and policy recommendations. Legal scholars are therefore particularly well positioned to bridge the so-called ‘fact-value gap’, i.e. the gap between empirical findings and the normative, value-based evaluation of those findings.¹³

¹⁰ B.W. HEAD and J. ALFORD, ‘Wicked Problems: Implications for Public Policy and Management’, *Administration & Society* 2015/6 (vol. 47), 711-739.

¹¹ R. KOROBKIN, ‘A Multi-Disciplinary Approach to Legal Scholarship: Economics, Behavioral Economics, and Evolutionary Psychology’, *Jurimetrics* 2001, 41 (vol. 3), 319-336.

¹² J. POOL, ‘De rechtswetenschapper en empirisch-juridisch onderzoek: vlees noch vis?’, *Recht der Werkelijkheid* 2024, 45 (vol. 1), 94.

¹³ T. BOUWMAN, ‘Empirisch-juridisch onderzoek en de sprong van feit naar norm’, *Nederlands juristenblad* 2020, 95, (vol. 13), 888-893.

This chapter introduces the guiding methodological principles of empirical research and illustrates how they can be applied within legal scholarship. Its aim is not to transform lawyers into social scientists, but to equip legal scholars with the methodological literacy necessary to critically engage with empirical evidence and integrate it into doctrinal reasoning.

The chapter first discusses the historical relationship between empirical and doctrinal legal research, then introduces several key methodological principles, and finally illustrates how these principles can be applied in empirical legal studies.

I. A SHORT EMPIRICAL HISTORY

Empirical research in the field of law is not necessarily new. Legal scholars have long relied on observations, statistics, and qualitative evidence to support arguments about how legal institutions operate. However, the systematic and methodologically rigorous use of empirical methods has gained significant attention only in recent decades, particularly with the emergence of the field commonly referred to as ‘Empirical Legal Studies’. This empirical legal scholarship points to a specific type of research: ‘a model-based approach coupled with a quantitative method’.¹⁴ Therefore, these studies follow the traditional empirical methodology, i.e., research hypotheses are deduced based on a theory, and data is collected to test them.¹⁵

The first movement that brought systematic empiricism to legal scholarship was ‘legal realism’, which emerged in the early twentieth century. Legal realists argued that the study of law should not be limited to legal doctrine but should also examine how legal rules operate in practice and how judicial decisions are influenced by social and institutional factors. In other words, the study of ‘law in the books’ should be complemented by the study of ‘law in action’.¹⁶ The idea was that empirical research would reveal the true nature of law and its behavioral implications, although behavioral observations remained rather scarce.¹⁷ After that, several microeconomic theories entered the playing field,¹⁸ but they were mostly used for theoretical work in law, e.g., through using economic theory to propose how new legislation could yield its effect, without directly testing these

¹⁴ T.E. GEORGE, ‘An Empirical Study of Empirical Legal Scholarship: The Top Law Schools’, *Indiana Law Journal* 2006, 81, (vol. 1), 141-162, p. 141.

¹⁵ Or the hypotheses based on real-life observations that have not yet found their way into a cohesive theory, which is known as (inductive) explorative research.

¹⁶ P. MASCINI and W. VAN ROSSUM, ‘Empirical Legal Research: Fad, Feud or Fellowship?’, *Erasmus Law Review* 2018 (vol. 11), (89) 89; G. DAVIES, ‘The Relationship between Empirical Legal Studies and Doctrinal Legal Research’, *Erasmus Law Review* 2020 (vol. 13), (3) 4.

¹⁷ K.N. LLEWELLYN, *The common law tradition: deciding appeals.*, Quid Pro Quo books, 2016.

¹⁸ T.E. GEORGE, ‘An Empirical Study of Empirical Legal Scholarship: The Top Law Schools’, *Indiana Law Journal* 2006, 81, (vol. 1), 141-162.

hypothesized results. In the post-realist legal tradition, the relevance of societal context and social setting was increasingly being recognized, and simultaneously, empirical scholarship started to emerge.

Empirical Legal Studies represents the culmination of twentieth-century empirical legal movements, notably the 'law and' approaches.¹⁹ Key among these is law and economics, which provided an empirically grounded, normative ideology of law. More broadly, the 'Law and Society' movement, heir to legal realism, examines law's interaction with social contexts and serves as a precursor to Empirical Legal Studies. The core aim of Empirical Legal Studies — conducting 'legally sophisticated empirical analysis'²⁰ — aligns with the aims of Law and Society and of the contemporaneous so-called 'New Legal Realism', with significant overlaps in scholars using it, in topics, and in methods. However, stylistic and methodological distinctions persist: Empirical Legal Studies tends toward quantitative, policy-oriented research, offering practical prescriptions for policymakers while maintaining proximity to mainstream social sciences and eschewing overt normativity. In contrast, the Law and Society movement emphasizes qualitative, reflexive, and critical approaches, often driven by progressive agendas that challenge legal assumptions. New Legal Realism, less prominent, aligns more closely with the Law and Society movement. This observed empirical shift is said to be arisen from frustrations with doctrinal formalism's limitations,²¹ particularly in goal-oriented fields like EU law, where contextual awareness (addressed by the Law and Society movement) and actionable guidance (provided by Empirical Legal Studies) are essential.²² Both movements are propelled by generational shifts toward interdisciplinary scholarship. These shifts are partly caused by the competitive pressures faced by law faculties in securing funding, often evaluated through citation metrics in high-impact journals. Whereas legal academics traditionally published in national periodicals to effectively engage practitioners²³, universities now increasingly mandate interdisciplinary and empirical research to facilitate publication in prestigious international outlets — a strategy that not only enhances funding prospects but also bolsters institutional standings in global rankings.²⁴

¹⁹ T. EISENBERG, 'The Origins, Nature, and Promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns', *University of Illinois Law Review* 2011/5 (vol. 2011), 1713-1738.

²⁰ T. EISENBERG, 'Why Do Empirical Legal Scholarship?', *San Diego Law Review* 2004/4 (vol. 41), 1741; G. DAVIES, 'The Relationship between Empirical Legal Studies and Doctrinal Legal Research', *Erasmus Law Review* 2020 (vol. 13), (3) 5.

²¹ M.C. SUCHMAN and E. MERTZ, 'Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism', *Annual Review of Law and Social Science* 2010 (vol. 6), 555-579.

²² R. VAN GESTEL and H.-W. MICKLITZ, 'Why Methods Matter in European Legal Scholarship', *European Law Journal* 2014/3 (vol. 20), (292) 292; G. DAVIES, 'The Relationship between Empirical Legal Studies and Doctrinal Legal Research', *Erasmus Law Review* 2020 (vol. 13), (3) 5.

²³ J. VRANKEN, 'Exciting Times for Legal Scholarship', *Law and Method* 2012/2 (vol. 2), 42-62.

²⁴ See e.g.: J.L. HARRISON and A.R. MASHBURN, 'Citations, Justifications, and the Troubled State of Legal Scholarship: An Empirical Study', *Tex. A&M L. Rev.* 2015/1 (vol. 3), 45-90; K.L. WALLACE and R. LUTKENHAUS, 'Measuring Scholarly Impact in Law', *Widener L. Rev.* 2022/2 (vol. 28), 145-186.

Nowadays, empirical research tends to take a positivist approach, but — unlike in most of the social sciences — in empirical legal studies, there is still quite some room for a normative component with regard to the interpretation of the results, mostly in the form of policy recommendations at the end of a research paper. In this sense, the traditional dichotomy between classical *normative* legal research, that is prescriptive in nature, and *empirical* legal research, i.e., ‘objective’ research on the application and effects of laws in society²⁵, fades somewhat in practice with the genesis of Empirical Legal Studies. This interplay between empirical observation and normative evaluation, however, highlights the complementary relationship between empirical research and doctrinal legal analysis. To assess whether the law is achieving its intended objectives, it is first necessary to understand how it actually operates in practice.²⁶ This step is often lacking in contemporary research. Recent scholarship has reinvigorated the empirical study of legal systems and substantially improved its methodological rigour. Nevertheless, this increasing sophistication has sometimes been accompanied by a diminished engagement with law’s normative foundations. As a consequence, empirical research on how the law operates in practice does not always feed back into debates about how the law ought to be shaped.²⁷ Precisely this connection between empirical findings and normative legal reasoning is what makes Empirical Legal Studies particularly valuable within legal scholarship. Unlike empirical research in many social sciences, empirical legal studies do not merely aim to describe social phenomena, but also to inform normative debates about how the law ought to function and how legal rules might be improved.

A closer integration of empirical and doctrinal approaches could significantly deepen our understanding of the law, particularly when research questions are jointly formulated and findings jointly evaluated.²⁸ However, such collaboration should be approached with caution. For legal scholars, the challenge lies in combining these approaches in a way that enriches legal analysis without undermining the distinct contributions of either tradition. One of the most common critiques, raised by several social scientists, is that research labelled as Empirical Legal Studies is often of relatively low quality, particularly in terms of methodological rigour. Critiques concerning the quality of such publications have themselves even been challenged for methodological weaknesses. This raises the concern that legal scholars entering empirical research without sufficient methodological training may risk producing studies that lack methodological

²⁵ T.A. CHRISTIANI, ‘Normative and Empirical Research Methods’, *Procedia — Social and Behavioral Sciences* 2016 (vol. 219), 201-207.

²⁶ K.N. LLEWELLYN, ‘Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound’, *Harvard Law Review* 1931/8 (vol. 44), 1222-1264.

²⁷ J.B. FISCHMAN, ‘Reuniting “Is” and “Ought” in Empirical Legal Scholarship’, *University of Pennsylvania Law Review* 2013/1 (vol. 162), 156-205.

²⁸ P.H. SCHUCK, ‘Why Don’t Law Professors Do More Empirical Research?’, *Journal of Legal Education* 1989/3 (vol. 39), 323-336.

rigour.²⁹ Against this background, this article aims to equip legal scholars interested in empirical research with a number of core empirical essentials that can support the design and interpretation of empirical studies. In doing so, it seeks to ensure that, before embarking on empirical research, scholars possess the necessary tools and methodological awareness to ask the right questions and avoid producing methodologically inadequate work.

II. EMPIRICAL SCHOLARSHIP ESSENTIALS

A. Key characteristics of empirical research

Scientific empirical research is characterized by several elements. Among these, we identify four that are particularly essential for legal scholars seeking to undertake empirical research, as they help delineate the differences between empirical research and traditional doctrinal legal scholarship and give them an idea of what is expected of empirical research. First, unlike classical doctrinal legal research, empirical research is *non-argumentative*. Second, it is *systematic*, following a structured process from the formulation of the research question to data collection and analysis (see the methodology section below). Third, this systematic approach ensures that the research is *reproducible*. Finally, empirical research is *falsifiable*.

§ 1. Non-argumentative

Empirical research on the one hand, is a form of inquiry that focuses on the objective, systematic observation, and measurement of phenomena rather than attempting to persuade a reader of a specific viewpoint. Legal research, on the other hand, can be described as an ‘argumentative science’. This notion refers to a category of disciplines — such as law, theology, and (political) philosophy — that are primarily grounded in debate and reasoned argumentation. These fields are characterized by a complete, or at least decisive, absence of empirical methods and rely instead on discussion, interpretation, and normative reasoning.³⁰

An argumentative article advances a particular position on an issue and supports that position through analysis and the interpretation of available evidence. By contrast, an empirical article reports research based on observations or experiments. In other words, argumentative scholarship typically concerns the interpretation of evidence — such as facts, data, or information — that is

²⁹ T. HUTCHINSON, ‘Empirical facts: A rationale for expanding lawyers’ methodological expertise’, *Law and Method in Research and Education* 2013/3 (vol. 2), 53-66.

³⁰ O. LAGODNY and J. LAGODNY, ‘Law as ‘Argumentative Science’: Functional Transfer of Basics of Scientific Theory’, in K. GHANAYIM and Y. SHANY (eds.), *The Quest for Core Values in the Application of Legal Norms : Essays in Honor of Mordechai Kremnitzer*, Springer International Publishing, 2021, (307) 312.

already available, whereas empirical scholarship focuses on the collection of new evidence that subsequently supports or negates a certain interpretation.

§ 2. Systematic

In the Oxford Handbook on Empirical Legal Research, the editors describe empirical legal research as ‘the systematic collection of information (“data”) and its analysis according to some generally accepted method’.³¹ They subsequently note that the systematic nature of the research process is of central importance, both in the collection of data and in their analysis. This systematic character is reflected in the structured way in which empirical information is collected, organised, and analysed. Data may originate from a wide range of sources, including surveys, observations, documents, experiments, interviews, judicial decisions, and certain events. In order to analyse such information consistently, researchers typically code³² or categorise units of data according to predefined criteria, so that they for instance can be compared in terms of relative absolute size. This enables different analytical strategies, ranging from simple counting and grouping to more advanced statistical analysis, pattern matching, or the identification of sequences of events. Finally, the results of the analysis are interpreted in relation to the research question that motivated the study.³³ Through this structured process, from data collection and coding to analysis and interpretation, empirical research seeks to ensure that conclusions are derived from transparent and methodologically organised procedures.

§ 3. Reproducible

Reproducibility refers to the ability of researchers to reproduce their own results using the same data and analytical procedures. Reproducibility differs from replicability. Replicability, by contrast, denotes the confirmation of those results by independent researchers in a separate study.³⁴

§ 4. The principle of falsification

‘The first principle is that you must not fool yourself — and you are the easiest person to fool. So you have to be very careful about that. After you’ve not

³¹ P. CANE and H.M. KRITZER, *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, 2010, 4.

³² In qualitative research, coding procedures are used to systematically categorize textual or visual data. Coding involves assigning predefined labels or categories to units of data, such as words, sentences, or paragraphs, in order to identify patterns or themes. For instance, in an interview study on judicial decision-making, statements by judges might be coded under categories such as ‘legal reasoning’, ‘policy considerations’, or ‘practical constraints’.

³³ P. CANE and H.M. KRITZER, *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, 2010.

³⁴ C. BIJLEVELD, *Research Methods for Empirical Legal Studies: An Introduction*, Boom, 2023, 19.

fooled yourself, it's easy not to fool other scientists. You just have to be honest in a conventional way after that... I'm talking about a specific, extra type of integrity that is not lying, but bending over backwards to show how you're maybe wrong, that you ought to do when acting as a scientist. And this is our responsibility as scientists, certainly to other scientists, and I think to laymen.'³⁵

In empirical research, the goal is to falsify hypotheses, i.e., 'bending over backwards to show how you're maybe wrong', this is done in part through providing all necessary details:

'Details that could throw doubt on your interpretation must be given, if you know them. You must do the best you can — if you know anything at all wrong, or possibly wrong — to explain it. [...] In summary, the idea is to try to give all of the information to help others to judge the value of your contribution; not just the information that leads to judgment in one particular direction or another.'³⁶

The academic scholar has to be trained to subject their hypothesis to stringent tests, effectively seeking evidence against their proposition. This is known as the falsification principle from Karl Popper, i.e., for a theory (or a statement about the world) to be considered as supported by science ('evidence-based'), it must be tested and be able to be proven false.³⁷ For example, the idea that all swans are white can be falsified by spotting a black swan. Therefore, in empirical research, two (or more) sets of hypotheses are formulated. At a minimum, this is constituted of an expectation, formally the alternative hypothesis, and the contrary, the null hypothesis, that describes what outcome would be there if the prediction of our main statement would not be supported. Evidence can then support or reject the alternative hypothesis. In empirical legal research, such hypotheses may concern, for example, the effects of regulatory policies, patterns in judicial decision-making, or behavioural responses to legal rules. A helpful way to understand a statistical test is to compare it to a court trial. The population is like a defendant accused of the 'crime' of having an effect, while the sample represents the evidence presented in court. In many legal systems a defendant is presumed innocent until proven guilty. In the same way, statistical testing begins by assuming that the intervention is 'innocent' of having an effect. This assumption is called the null hypothesis — the idea that there is no effect. It is treated as true unless the evidence based on an observation provides strong enough evidence to reject it.

³⁵ R.P. FEYNMAN, 'Cargo Cult Science. Some remarks on science, pseudoscience, and learning how to not fool yourself. Caltech's 1974 commencement address', 1974, <https://calteches.library.caltech.edu/51/2/CargoCult.htm> (Accessed 6 December 2023).

³⁶ R.P. FEYNMAN, 'Cargo Cult Science. Some remarks on science, pseudoscience, and learning how to not fool yourself. Caltech's 1974 commencement address', 1974, <https://calteches.library.caltech.edu/51/2/CargoCult.htm> (Accessed 6 December 2023).

³⁷ K. POPPER, 'The logic and evolution of scientific theory (1972)', in *All Life is Problem Solving*, Routledge, 1999, 3-22.

For example, a researcher might propose the hypothesis that stricter drunk-driving laws lead to fewer accidents on the road. This will be the alternative hypothesis, whereas the null hypothesis will be that stricter laws have no effect on road accidents. To examine this, they could gather data, such as accident rates before and after the introduction of stricter laws, and possibly comparing different jurisdictions, including a 'control' jurisdiction with similar characteristics where no laws were changed. If the analysis shows a meaningful decrease in accidents following the policy change, all things being equal, the alternative hypothesis is supported; if no such pattern appears, the alternative hypothesis may need to be rejected or modified. Through this approach, legal researchers can offer insights grounded in empirical evidence, rather than relying solely on doctrinal analysis.

As such, hypotheses in a study need to be formulated in a way that makes them falsifiable. For example, the existence of an unobservable, undetectable, invisible, intangible unicorn is not falsifiable. It is not possible to provide evidence against its existence, and as such this proposition does not constitute a scientific hypothesis. In essence, empirical research requires effort to stringently formulate and then test hypotheses, i.e., to find alternative explanations, and then to take into account the potential error, sample bias, and other methodological elements that may hamper study results.

However, some research is purely exploratory. In such cases, rather than formulating hypotheses derived from a theory, researchers begin with open research questions. For example, a study may examine how different countries regulate a specific legal issue, such as whistleblower protection, in order to identify possible legislative solutions to a particular problem. Other studies may explore how courts translate abstract legal principles into practice, for instance by analysing how judges apply the principle of proportionality in constitutional cases. Exploratory research may also examine how legal rules are implemented within public administrations, for example by studying how immigration authorities exercise discretionary powers when deciding residence applications. Such questions may be investigated by conducting interviews with officials involved in the decision-making process. Even when clear hypotheses cannot easily be formulated, and the process of falsification is therefore less central, empirical research methodology still provides a range of criteria and tools that guide the systematic development of such studies. When these tools are properly used, and the criteria are met, inferences can be drawn. The discussion therefore turns to the issue of inference in the following section.

B. Empirical, legal, and causal inference

Another key element in empirical research is *inference*, defined as the process of using observed facts to draw conclusions about broader phenomena. Or more

bluntly: ‘using facts we know to learn about facts we do not know’³⁸, e.g., to be able to extrapolate findings to a larger sample. In empirical legal research, inference is often used to draw conclusions about broader legal systems based on samples of court decisions, surveys of legal actors, or experimental observations. Inference is, per definition, uncertain (i.e., the goal is to say something about facts we do not know). It is gravely dependent upon (1) the level of *representativeness* of the sample for the entire population of which the research wants to make a claim, (2) the procedure used for *sample selection*, (3) the *reliability and validity* of the data-collection, and (4), the research *design* in general (cf. *infra*). The upside of empirical research, and specifically quantitative research and inferential statistics, is that it can quantify part of the inherent uncertainty based on the variability in the data that we do have.

One could argue that a key difference between empirical inference and legal inference in the classical legal framework is that the statistical worldview does not translate easily to individual or small-number case studies. In these situations, a detailed contextual analysis can often reveal causal and other explanatory mechanisms that statistical correlations alone cannot capture.³⁹ It is certainly true that some legal cases (e.g., *Roe v. Wade*⁴⁰) receive more attention than others. As a result, they become more representative for guiding future decisions than their relative frequency within a body of law over a given time period would suggest. Legal scholarship involves normative judgments and the careful weighing of arguments, which makes it distinct from purely empirical thinking. However, this difference does not mean that knowledge of empirical methodologies — especially regarding sample selection bias and data interpretation — lacks the potential to positively impact and strengthen legal scholarship.

To better understand how empirical findings can inform legal scholarship, it is useful to discuss the principles of statistical inference, as they provide important tools for evaluating empirical evidence and assessing the reliability of observed patterns in data.

§ 1. Statistical inference

Regardless of all potential methodological ‘safety’ precautions, all inference — including case-study legal inference — is uncertain and prone to error. In this sense, statistical thinking also cautions against the absolutist view that empirical results are *true*. Empirical findings always include an error margin and as such

³⁸ L. EPSTEIN and G. KING, ‘The Rules of Inference’, *The University of Chicago Law Review*, 2002/1 (vol. 69), 1-131, p. 3.

³⁹ J. GOLDSMITH and A. VERMEULE, ‘Empirical Methodology and Legal Scholarship Exchange: Empirical Research and the Goals of Legal Scholarship’, *U. Chi. L. Rev.* 2002/1 (vol. 69), 153-168.

⁴⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); and *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022), in which the United States Supreme Court overruled *Roe* and held that the Constitution does not provide a constitutional right to abortion.

deal with, and incorporate, uncertainty. Correlations and regressions also indicate the *chance* or the likelihood that a factor is truly associated with another, versus the chance that this was merely a coincidence, and therefore must be interpreted with caution. This idea is captured in the concept of statistical significance.

The *statistical significance* essentially answers the question of how rare the observed data is. The rarer the observed outcome, the more likely it reflects a genuine effect — rather than a random occurrence — that may justify inference beyond the sample in which the effect was observed to the real world. This is usually expressed through the *probability value* (or p-value). Its calculation is based on the assumption that there is no real effect or difference (known as the null hypothesis, see *supra*). The probability value indicates how likely it would be to observe results that are as extreme (or more extreme) as those found in the sample if the null hypothesis were indeed true. In other words: the p-value captures how rare it is to find a difference or effect, if we expect there to be no difference. The cut-off is usually at .05 (e.g., $p > .05$ indicates that the p-value is higher than the generally accepted range). At 5% or lower, the difference or effect in the dataset is unlikely due to random chance alone, which means we can assume it is a ‘real’ effect, and whatever we find is deemed to be statistically significant. However, the commonly used significance threshold of .05 is ultimately a convention, and additional considerations may influence what constitutes an appropriate significance level in a particular context. Consider, for example, the decision whether a sex offender who is undergoing specialized treatment in prison should be allowed to take unsupervised weekend leave. In this situation, the null hypothesis would be that the offender remains dangerous, while the alternative hypothesis would be that the offender no longer poses a danger. Suppose that a risk assessment instrument indicates that the offender is no longer dangerous. Such instruments, however, are not infallible. If the probability that the instrument incorrectly classifies a still-dangerous offender as safe were 5%, would this level of risk be acceptable? In other words, would it be acceptable that, out of every twenty offenders granted weekend leave on this basis, one might still pose a danger and potentially commit a new offence? Given the seriousness of the possible consequences, decision-makers might instead require a substantially lower probability of error, perhaps 1% or even 0.1%.⁴¹

A p-value is calculated for a specific *test statistic*. These test statistics have a distribution under the null hypothesis (the assumption there is no difference), and this is compared to the actual data. As such, the test statistics describes how closely the data distribution matches the distribution predicted under the null hypotheses.⁴² The *power* of a statistical test, then, is the probability of rejecting

⁴¹ Example from C. BIJLEVELD, *Research Methods for Empirical Legal Studies: An Introduction*, Boom, 2023, 184-185.

⁴² The simple formulae for the test statistic is: the observed data minus what we expect if the null is true, divided by the average variation in the sample.

the null hypothesis when it indeed is false, i.e., the likelihood that a study with its particular data will detect a deviation from the null hypothesis (when it indeed exists),⁴³ it is the chance of detecting an effect, when there truly is one. This is usually set at 80%. This means that if there is a true difference or effect that can be found in 100 studies, 80 of the 100 statistical tests will actually detect that. Statistical power of a test increases when the difference or effect is larger, i.e., it depends on the effect size, as well as the sample size (more estimates decrease the estimation error⁴⁴). For example, a study evaluating whether body cameras reduce police misconduct complaints is more likely to detect an effect if it includes data from many police departments rather than from a single city.

This is also where the notion *practical significance* comes in, i.e., the relevance of an effect in the real world; when an effect size is very small, yet statistically significant (because the power of the study was high enough to detect it), it still might not be practically relevant. Imagine a study that finds evidence for the effectiveness of a new medicine (statistically significantly) decreases the cough incidence during a throat infection by 10% but has some side-effects. Taking the medicine might not be worth it. Or a large empirical study might find that a new sentencing guideline reduces average prison sentences by 0.5%, and this result may be statistically significant. However, such a small reduction might have limited practical consequences. By contrast, a seemingly small percentage effect may be practically meaningful. Now imagine a study where they find a 2% reduction in mortality for breast cancer, or a study showing that a new fraud detection algorithm used by the tax authorities increases the detection of tax fraud by 2%, which could translate into millions of euros in additional recovered revenue. When these numbers are calculated in terms of lives saved or millions added to the treasury, they become quite significant, even though their effect (in percentages) is smaller than the one in the cough study. Discerning the practical relevance of a study outcome is also part of its critical assessment.

§ 2. Causal inference

Causal inference takes it one step further. Rather than merely inferring something about facts we do not know based on facts to we do have, causal inference seeks to determine whether one set of data, or one factor (or a certain incidence),

⁴³ The power of the statistical test depends on how much the distributions of values of the null hypothesis and the alternative hypothesis overlap. When there is a lot of overlap, the power to detect effects decreases.

⁴⁴ There is an inverse relationship between the sample (data) size and the standard error: when sample size increases, the variability in the sampling distribution decreases (e.g., better estimates are possible because extreme values are less impactful). As such, a larger sample size gives rise to a narrower sampling distribution. Consequently, there is less overlap between the distributions for the null and alternative hypothesis, which increases the likelihood of finding a difference or effect when there actually is one (i.e., there is a more power to detect differences with a statistical test).

actually *causes* the other. This highlights the importance of the popular aphorism: ‘Correlation does not imply causation’. Correlation merely suggests that two elements covariate or change together: when one goes up, the other increases as well, or the other way around⁴⁵. Causation implies that one variable causes the other to move in any meaningful way. Distinguishing causation from correlation is one of the main foci in empirical social sciences research. Causation is also highly relevant in the field of law. For example, researchers may wish to know whether the enactment of a particular law changes behaviour. Suppose a country introduces stricter penalties for drunk driving and, in the following year, the number of alcohol-related traffic accidents decreases. Although this correlation might suggest that the law was effective, it does not necessarily establish causation. The reduction in accidents could also be due to other factors, such as increased police enforcement, public awareness campaigns, or broader cultural shifts regarding alcohol consumption. Naturally, establishing causation implies a more stringent test of the data, or an expertly designed (controlled) experiment.

Social scientists have developed methods to establish causation with real-world phenomena, such as the enactment of new laws, called *natural* or *quasi experiments*. These designs are particularly attractive in policy evaluation because many legal interventions, such as new legislation, cannot easily be tested through controlled laboratory experiments. For instance, if a city introduces body cameras for police officers, researchers might compare complaint rates before and after the introduction of body cameras and contrast them with complaint rates in comparable cities that did not adopt the policy. The way these designs control for the influence of extraneous factors is through focusing heavily on methodology. The general tenet is that researchers should research the impact of an event or process of which there are *differences in the level of exposure* in the real world (preferable in a time series design^{46; 47}). In this way, the exposure to a new legislation (e.g., a local introduction versus other parts of the country) can be considered to be ‘as-if randomized’⁴⁸, preferably also taking into account an area where the chance did not occur (i.e., ‘the control group’). Although environmental differences between these groups can still make comparison difficult, this is a valuable research method for the field of law. However, even when data is measured with a time-span in between, or before and after an event, there are several ways in

⁴⁵ Or the opposite trend: when one variable goes up and the other goes down, i.e., a negative correlation.

⁴⁶ A time series design implies that several assessments are obtained before and after the change in the independent variable. That way, several measurements are obtained from the treatment group (where a chance occurred) and a control group (where it did not).

⁴⁷ B. GRIBBONS and J. HERMAN, *Practical Assessment, Research & Evaluation* 1997/14 (vol. 5), 1-3.

⁴⁸ F. DE VOCHT, S.V. KATIKIREDDI, C. MCQUIRE, K. TILLING, M. HICKMAN and P. CRAIG, ‘Conceptualising natural and quasi experiments in public health’, *BMC Medical Research Methodology* 11 February 2021, 21, afl. 1, 32.

which a causation conclusion remains difficult to draw, which leads us to the problem of endogeneity.

Causality's nemesis: endogeneity

Endogeneity is the umbrella term for different causality-related problems, which can both artificially inflate and deflate the real or true effects⁴⁹. Endogeneity issues can be categorized into four main problem areas. First, there is the problem of an *omitted variable*: there are almost always factors that influence the outcome that are not taken into account. This influence can be positive or negative. For example, if crime rates fall after the introduction of a new policing strategy, the decline may also reflect broader economic improvements, demographic changes, or parallel policy initiatives. The introduction of bias arises when the omitted variables are in some way associated with both the predictor and the outcome: an unmodeled factor can be associated with the independent variable and also predict the outcome (so there is an indirect influence), and there can be omitted variables that influence both the predictor and outcome, (a third factor). Imagine a study on the effect of stricter regulations (e.g., of AI-use) in firms on their sales: the industry a firm is in is likely correlated with both variables. When this is not taken into account, accurate conclusions cannot be drawn.

Next, there is the problem of *simultaneity*, where both the predictor and outcome actually cause each other (through a feedback loop). For example, when a study wants to test the effect of locally introduced legislation, its effects might be influenced by a myriad of local elements that also helped to install the new legislation in the first place. This cannot be solved by time separation of the measurements⁵⁰, and can only be resolved partially by testing for it, and by providing theoretical arguments why this is unlikely to be the case in a specific study.

The third problem is a specific form of *measurement error*, where there is systematic error variance. For example, research on the effect of firm reputation on stock price might systematically overrate firms with a high stock price. Or larger firms may have higher ratings regardless of their real valuation. Common method variance (CMV) is a special example of this problem⁵¹. When CMV is

⁴⁹ A.D. HILL, S.G. JOHNSON, L.M. GRECO, E.H. O'BOYLE and S.L. WALTER, 'Endogeneity: A Review and Agenda for the Methodology-Practice Divide Affecting Micro and Macro Research', *Journal of Management* 1 January 2021, 47, afl. 1, 105-143.

⁵⁰ Unless there is absolutely no autocorrelation over time points, i.e., no correlation of a variable with itself over time, which is unlikely (Hill et al., 2021).

⁵¹ M.K. LINDELL and D.J. WHITNEY, 'Accounting for Common Method Variance in Cross-Sectional Research Designs', *Journal of Applied Psychology* 2001, 88 (vol. 1), 114-121; H.A. RICHARDSON, M.J. SIMMERING and M.C. STURMAN, 'A Tale of Three Perspectives Examining Post Hoc Statistical Techniques for Detection and Correction of Common Method Variance', *Organizational Research Methods* 2009, 12, afl. 4, 762-800; M.J. SIMMERING, C.M. FULLER, H.A. RICHARDSON, Y. O'CAL and G.M. ATINC, 'Marker Variable Choice, Reporting, and Interpretation in the Detection of Common Method Variance: A Review and Demonstration', *Organizational Research Methods* 2015, 18, (vol. 3), 473-511.

present the way in which both the predictor and outcome are measured is similar, e.g., all statements on a 5-point Likert Scale from disagree (1) to agree (5). When similar questionnaires are used, part of the effect might be caused by the measurement method; the common method affects responses in a certain way (e.g., a tendency to always or never answer in extremes), and this biases estimates of the predictor's effect on the outcome. The solution is to include statistical testing for this problem, and to triangulate data, i.e., to use different methods to measure indicators of the same focal variable.

The final bias-inducing endogeneity problem relates to *sample selection*: there can be issues both with the selection into the sample, and the non-random selection of treatment (or the natural occurrence one is investigating). All these endogeneity issues should be considered when a research design is being set up or evaluated, one way to do this is with thought experiment questions⁵².

In essence, in order to establish causality there are three elements that need to be shown; (1) the predictor took place before the outcome, (2) the observed relationship between predictor and outcome is not due to chance (statistical significance), and (3) there is nothing else that can explain the effect. If we take this last element to the extreme, the only way to establish causality for certain, is to investigate the effect in a world where an event took place, e.g., the enactment of a new law, and one where it didn't, to compare the two when all other factors are kept stable, which is of course not possible. This is the fundamental problem of causal inference, i.e., that even if we have a perfect research design, just like with regular inference, causal inferences can never be made with absolute certainty. However, improving the research design (see below) can diminish the level of uncertainty about its application (inference) to the real world. Being able to identify crucial methodological errors can help research evaluators to draw informed conclusions.

III. EMPIRICAL METHODOLOGY STEP-BY-STEP

As discussed above, the systematic character of empirical research is reflected in the structured sequence of steps that guide the research process, from the formulation of the research question to the collection and analysis of empirical data. In this section, the systematic nature of the empirical research process is further clarified, and the different steps involved are set out. These steps are relevant to both quantitative and qualitative research. However, the statistics mentioned can be calculated solely using quantitative data (with the exception of interrater reliability).

⁵² A.D. HILL, S.G. JOHNSON, et al., 'Endogeneity: A Review and Agenda for the Methodology-Practice Divide Affecting Micro and Macro Research', *Journal of Management* 1 January 2021, 47, afl. 1, 105-143.

A. Research question formulation and method selection

Research questions (hereinafter ‘RQ’) and their resulting hypotheses need to be linked with the method that will be most likely to provide adequate answers.

Quantitative research, e.g., through online surveys, is appropriate for deductive research, i.e., for testing theories or assumptions, for studying large populations or datasets, and for assessing causal effects (depending on the method). Generally, it is possible to have a larger sample, but the number of measures (questions) is more limited.

Qualitative research, e.g., through (semi-)structured interviews or focus groups, is relevant for more inductive, explorative research, i.e., for answering in-depth ‘how’ questions, and for understanding the perspective of context of the research sample (e.g., a stakeholder group or specific set of legislations). Generally, it is more time consuming, and this restricts the potential sample size.

B. Sample selection

In general, in order to start developing a sample selection strategy, the research question must first be clear. To make this more practical, there are three possible main foci: (1) Does the sample need to focus on *diversity*? Meaning that the RQ necessitates the capturing of many different elements, documents, or experiences from people, e.g., the need to make an inventory of all possible local policies surrounding a particular topic. (2) Does the sample need to focus on *particulars*, i.e., a very focused source, a narrow definition of experiences, people with particular information. For example, because this information is absent in the literature, because policy has neglected to focus on this specific aspect, or because the research wants to capture the experience of people with a specific local policy. (3) Does the sample need to focus on *representativeness*? This is related to the first question, except here the goal specifically is the generalizability, the potential of making inferences for a whole population (of people or policies). As such, the decision of where data will be collected (sample selection of data, e.g., specific pieces of legislation), or which stakeholders will be surveyed or interviewed (sample selection of people, e.g., citizens of a specific European Member State) severely impacts the inferences that can be drawn from the dataset.

The more *representative* that a dataset or sample is for the inference one wants to make, the better conclusion can be drawn. In this sense, a representative sample, is a sample from a larger group (of data or people) that accurately represents characteristics of a larger population about which one wants to make claims. Several elements can be taken into account for this representation, depending on the focus of the research question. Research that focuses on a representative sample of citizens of a particular area should at least take into account age, education,

and gender, but could also extend this to work status, industry, health, family situation, family income, etc. Research that focuses on the effect of a policy on a certain group of citizens, e.g., women with a migration background, should only select them, but also take into account influencing factors, e.g., their education, education of the parents, their (and their parents') proficiency in the language of their current country, employment status, etc.

After determining what the focus of the research should be in practice, the target population must be identified. This refers to 'all subjects, cases, countries, or other units in a specified time frame about which the researcher would collect information if time and resources was unconstrained',⁵³ and as much data as practically possible should be selected, the process through which data is collected should be standardized (to avoid unnecessary measurement error) and reported (for replication purposes). During this process, there need to be measures in place to avoid sample selection bias as much as possible.

Sample selection bias occurs when a subset of the potential dataset or stakeholder pool is systematically excluded. In practice, decisions surrounding sample selection are usually in part informed by convenience and limited by resources, but in theory, this should be solely driven by the research objective. In terms of endogeneity issues, there are two main elements that can invite *sample selection bias* into the research. First, as indicated above, there can be a problem with the selection into the sample where systematic bias is introduced. For example, research on IQ, and only university students have participated in the study. This already artificially increases the average intelligence due to the intellectual capacity of the students who attend to (or get in) university level education in the first place. Another example is the study of trust between taxpayers and tax authorities where only taxpayers are interviewed who have committed tax fraud in the past, etc. In addition, there can be a problem when the exposure to the predictor (or 'treatment') is selected and not random. For example, in a study testing the effectiveness of a new reintegration or resocialization training programme for prisoners, prison officers may decide which inmates are allowed to participate. Because the participants are selected rather than randomly assigned, this selection process may introduce bias into the results. Or when a (quasi-) experiment⁵⁴ is conducted and the predictors are not randomly assigned, as is always the case with natural occurrences. This has been dubbed the 'selection of

⁵³ L. EPSTEIN and G. KING, 'The Rules of Inference', *The University of Chicago Law Review* 2002/1 (vol. 69), 1-131, p. 100.

⁵⁴ A quasi-experiment is a research design in which the researcher does not control or manipulate the independent variables, but instead studies changes that occur naturally in the environment, such as the introduction of new legislation. Because the researcher cannot randomly assign subjects to treatment and control groups, it is often more difficult to control for all relevant factors or to identify an appropriate comparison group.

treatment' problem.⁵⁵ It increases the likelihood of alternative explanations for the effects that are found, and the potential bias indicates that accurate generalization to the larger population is unlikely.

In order to reduce bias and introduce 'randomization' so that the influence of external factors is minimized, there are various methods.

Stratified random sampling: This method splits the population or data goal into different groups of interest ('strata'), and then randomly selects participants or casefiles from each of the 'stratas' (e.g. age groups, gender, nationality, ...). This way, each group is represented appropriately.

Cluster sampling: Clusters are naturally occurring groupings of data or citizens. Cluster sampling randomly selects a few clusters to investigate, instead of randomly selecting data or individuals within those clusters. The importance here is that clusters cannot be systematically different from the population as a whole, and they should equally represent all important group(ing)s in this study. For example, in a study examining citizens' perceptions of a new national environmental regulation, researchers might randomly select a number of municipalities and survey all residents within those municipalities, rather than randomly selecting individuals from the entire country.

Next to potential issues with randomization, there is also the problem with response rate (or hit-rate for document searches), and non-response from participants, that will impact the representativeness. Steps to increase this are to contact legislators, send reminders, or use survey motivation techniques. If the sample does not accurately represent the population of files or participants, then there can be *mis-generalization*, i.e., erroneously generalizing to a population.

Next to randomization techniques, there is also the potential of selecting non-probability samples. This limits generalization but can be perfectly acceptable depending on the hypotheses. External validation (see below) can be increased through replication and meta-analyses.

Convenience sampling uses whatever participants or documents that are available.

Quota sampling is convenience sampling, but the researcher ensured that certain kinds of important (i.e., relevant to the RQ) documents or participant characteristics are present in adequate proportions (e.g., males and females in roughly 50/50 proportion).

Purposive sampling uses the researchers' judgment. For example, in national election forecasting, a purposive sample may focus most on swing states (in the US).

⁵⁵ A.D. HILL, S.G. JOHNSON, et al., 'Endogeneity: A Review and Agenda for the Methodology-Practice Divide Affecting Micro and Macro Research', *Journal of Management* 1 January 2021, 47, afl. 1, 105-143, p. 130.

Snowball sample or snowballing recruits respondents to recruit people they know on the topic or from the population of interest. This is often used when the data-collection focuses on a rare topic or occurrence.

C. Data-collection

For the data-collection phase, key variables for the data-collection need to be selected. This means that the research questions and hypotheses need to be operationalized: indirect constructs need to be measured with clear indicators. In addition, research does not only take into account focal constructs, but also other potentially contributing factors (or confounders). These are usually referred to as ‘control variables’. Every study takes into account general demographics (age, gender, education level, etc.), but there are also other relevant variables that need to be controlled for, depending on the research question. For example with regard to legislation, it might be important to take into account different economic, cultural, and historical factors related to the judicial area. This choice needs to be closely aligned to the research question and is one without clear guidelines. However, in order to choose or evaluate the method of measurement of whatever constructs are chosen, there are two critical dimensions, i.e., reliability and validity. These are in fact ‘the traditional criteria by which scientific research is judged. [...] Validity, for an instrument, is about whether it gives accurate measures of what it purports to be measuring. Reliability is whether the instrument does this consistently; whether it gives the same results in the same circumstances’.⁵⁶

§ 1. Reliability

Reliability refers to ‘the extent to which it is possible to replicate a measurement, reproducing the same value (regardless of whether it is the right one) on the same standard for the same subject at the same time’, regardless of who is doing the measuring.⁵⁷ For example, the likelihood of unreliable measurement increases when questions can be interpreted in multiple ways. When a researcher measures a concept using several indicators, the responses can be combined into a Likert scale. Such a scale generally has higher reliability than any single item on its own. However, higher reliability does not necessarily imply that the measurement is also valid.⁵⁸

As such, reliability is all about accuracy and reducing sources of measurement error. Human judgment should also be removed as much as possible, and if it is indeed necessary, e.g., in coding qualitative research, there should be (1) multiple assessors, who check whether their ratings are in line with another, and (2) a key set of explicit rules that is used to make the judgment (this helps replicability).

⁵⁶ R. GOMM, *Social research methodology a critical introduction*, Palgrave Macmillan, 2008, 33 et seq.

⁵⁷ R. GOMM, *Social research methodology a critical introduction*, Palgrave Macmillan, 2008, p. 83.

⁵⁸ F.L. LEEUW and J.J.G. SCHMEETS, *Empirical legal research: a guidance book for lawyers, legislators and regulators*, Edward Elgar Publishing, 2016, 173.

There are several contextual elements related to measurement that influence reliability. For example, but not limited to:

Transient states of the participant (or coder), such as mood, health, fatigue, or anxiety. The significance of such temporary conditions is illustrated by the so-called ‘hungry judge effect’, which suggests that judges’ decisions tend to be less severe after a meal break;⁵⁹

Stable attributes of the participants (or coder) such as personality, intelligence, general motivation. With regard to personality or general tendencies, there are two sources of particular participant-induced bias. First, there is *social desirability response bias*, indicating that some participants might answer in socially desirable ways, rather than truthfully. This is why anonymizing responses is a very important step. Second, there are *response styles*. For example, the acquiescence response style refers to a tendency to agree, regardless of the context of the question, whereas naysaying is a tendency to express disagreement. This is dependent on the personality of the participant and only has a minor impact on the validity of the measures as long as the scales have an equal number of agree versus disagree options, and the sample is large enough to reasonably include people with both tendencies;

Situational factors in the research setting, such as researcher friendliness, general testing atmosphere (room arrangement, light, temperature, crowding, even ceiling level);

Actual mistakes both from the respondent or the data-collector;

Characteristics of the measurement itself, such as ambiguous or badly worded questions, questionnaire (or dataset) length,... For this particular subset of problems, there are methods to establish reliability statistically. For quantitative research, several statistical checks can be performed, such as factor analyses, but the one statistic that is always mentioned for a multi-item scale (with several statements) is *Cronbach’s alpha*. It is a measure for internal consistency, i.e., whether several items (statements) in a scale actually tap into the same issue, and, as such, covariate in the same way. The usual cut-off for good enough measures is .70, but higher scores indicate a better reliability. In qualitative research, reliability can be assessed by calculating interrater reliability, which involves comparing how consistently different researchers code or interpret the same data. If only one researcher codes the data, reliability can only be assessed more indirectly

⁵⁹ C. BUBLITZ, ‘What Is Wrong with Hungry Judges? A Case Study of Legal Implications of Cognitive Science’, in A.M. WALTERMANN, D. ROEF, J. HAGE et al. (eds.), *Law, Science, and Rationality*, *Maastricht Law Series*, Eleven International Publishing, 2019, 1-30.

— for example by carefully reviewing the dataset and ensuring that the data collection procedures, such as interview questions or coding rules, were applied in a consistent way. As this chapter merely provides an introduction to empirical research methods, these techniques cannot be discussed in greater detail here.

§ 2. Measurement validity

Validity is ‘the extent to which a reliable measure reflects the underlying concept being measured’.⁶⁰ Put simply, validity concerns whether researchers observe what they believe they are observing.⁶¹ More formally, it refers to the extent to which variation in participants’ scores on a measure reflects variation in the characteristic the researcher intends to assess. Therefore, whether a measure is reliable says nothing about the degree to which it is valid. This concept is harder to establish, but there are several ways in which researchers approach this:

Face validity refers to the extent to which a measure appears consistent with prior evidence of various kinds, including quantitative and qualitative findings, or even anecdotes or impressionistic reports.⁶² It assesses the degree to which the measure appears to capture the right thing, and as such, it is based on mere judgment. For example, in legal research, a survey instrument designed to assess perceptions of judicial fairness that includes questions about transparency in court proceedings and impartiality of judges would likely have high face validity, as it intuitively seems to target core aspects of fairness in the legal system. However, measures that lack face validity may actually be valid, whereas face validity in itself is not sufficient to establish general validity. For instance, a predictive model for case outcomes that relies on seemingly unrelated variables like the length of judicial opinions might lack face validity (as it doesn’t intuitively ‘look’ like a direct measure of legal merit), but it could still be empirically valid if it accurately forecasts results based on rigorous testing.

Construct validity refers to the degree to which the measure adequately assesses the construct or latent attribute that it intends to measure. To assess such a hypothetical and generally invisible construct (such as personality or intelligence, or racist intent), it is inferred on the basis of empirical evidence. Usually, a questionnaire is developed, that is then subject to statistical analyses to ascertain that we measure what we intend to measure. For example, when using a scale to ascertain someone’s weight, it is consistent when it yields the same results for the same person, but it is valid when it is the right weight, not 20 kgs off every time. As one way to

⁶⁰ Ibid,[reference complete svp] p. 87.

⁶¹ U. FLICK, *An Introduction to Qualitative Research*, Sage Publishing, 2009, 387.

⁶² L. EPSTEIN and A.D. MARTIN, *An Introduction to Empirical Legal Research*, Oxford University Press, 2014, 50 et seq.

ascertain construct validity, one can look towards other ways of measuring. In this sense, convergent validity refers to a positive relationship with related constructs, and discriminant validity refers to an expected negative correlation with opposite or unrelated constructs. For example, a new IQ measure should correlate positively to old measures and academic outcomes.

Criterion-related validity is the degree to which a measure allows for distinguishing participants on the basis of a particular behavioral criterion.⁶³ As such, the researcher determines the outcome to which the measure should be related if it is valid. For *concurrent validity*, researchers use two measures administered at the same time and calculate whether the new measure can distinguish successfully between low or high scores on the concurrent behavioral criterion. For example, if a researcher develops a new questionnaire to measure legal knowledge among law students, its concurrent validity could be tested by administering the questionnaire at the same time as a standardized legal knowledge test. If students who score high on the standardized test also score high on the new questionnaire, this would indicate good concurrent validity. For *predictive validity*, the time between the administering measure and behavioral criterion is extended. If there is no basis for criterion validity, either the measure lacks validity, or the assumptions underlying the outcome behavior were not correct.

In the social sciences, new questionnaires are subject to stringent tests that focus in-depth on reliability and validity. In order to establish study quality, it is therefore important that validated scales are used, or, if not, that adequate tests are performed to establish both reliability and validity before continuing to research. In addition to using measurement methods that are highly reliable and valid, it is important to standardize the data-collection process.

§ 3. External and internal validity

The previously discussed elements of the validity of a measurement should not be conflated with the difference between internal and external validity of a study as a whole. In this context, *internal validity* refers to the adherence to the scientific method and how well we can draw inferences based on the methodology that was employed. In the past, some scholars described the concept validity as “something like truth”.⁶⁴ Most researchers acknowledge that truth can never be known with certainty. In research, therefore, a claim is considered valid insofar as it has not yet been invalidated despite attempts to challenge it.⁶⁵ In other words, it refers to the extent to which a research design allows

⁶³ M.E. STRAUSS and G.T. SMITH, ‘Construct Validity: Advances in Theory and Methodology’, *Annual Review of Clinical Psychology* 2009/Volume 5, 2009 (vol. 5), 1-25.

⁶⁴ R. GOMM, *Social research methodology a critical introduction*, Palgrave Macmillan, 2008, 12-13.

⁶⁵ R. GOMM, *Social research methodology a critical introduction*, Palgrave Macmillan, 2008, 12-13.

researchers to draw clear and unambiguous conclusions. It refers to “the truth of a claim made about the research itself”.⁶⁶ The way a study is structured — such as by tracking changes over time or making systematic comparisons — can help rule out alternative explanations for the findings. The more effectively a study’s design eliminates such alternative interpretations, the stronger its internal validity.⁶⁷ For a randomized, (placebo-)controlled experiment that was carried out well, there is high internal validity, and — depending on its specifics — there is a high likelihood that causality can be correctly attributed. *External validity*, refers to the degree to which results from a study can be generalized beyond the sample, i.e., to other populations, times, research settings, and procedures.⁶⁸ Usually, experiments are so controlled, they are somewhat removed from a clear real-world application with more influencing factors. Therefore, naturalistic observations with participants that don’t know they are being studied have the highest level of external validity (with lower potential for establishing causation). This trade-off between internal and external validity is known as the experimenter’s dilemma: highly controlled experiments may lack realism, while more naturalistic studies may involve many uncontrolled factors that make causal conclusions less certain.

A subdimension of external validity is *ecological validity*, i.e., the extent to which research findings can be generalized to real-life settings. In order to assess it, the ecology (situational factors, i.e., the environment) of a study needs to be assessed.⁶⁹ Relatedly, the *ecological fallacy* (or population fallacy) is a logical error that arises when the measurement level of a study does not align with its conclusions.⁷⁰ A common error is the translation of group-level data to the individuals: relationships for groups do not necessarily hold for individuals. When the data was measured at an individual level, averages say something about the chance that an individual drawn from same population falls within that range; however, when data is measured at the population level (e.g., the neighborhood or country level), it is incorrect to make inferences about the nature of individuals based on the groups to which they belong. In other words, relationships observed at the aggregate level are incorrectly assumed to apply to individuals within that group. A common example in criminology arises when census data about a neighbourhood are used to make claims about the criminal behavior of individual residents. In such cases, the group-level information does not necessarily reflect individual behaviour.

⁶⁶ R. GOMM, *Social research methodology a critical introduction*, Palgrave Macmillan, 2008, 12-13.

⁶⁷ D. DE VAUS, *Surveys In Social Research*, Routledge, 2001.

⁶⁸ R. GOMM, *Social research methodology a critical introduction*, Palgrave Macmillan, 2008.

⁶⁹ F.L. LEEUW and J.J.G. SCHMEETS, *Empirical legal research: a guidance book for lawyers, legislators and regulators*, Edward Elgar Publishing, 2016, 121.

⁷⁰ J.T. WALKER, ‘Ecological Fallacy’, in *The Encyclopedia of Research Methods in Criminology and Criminal Justice*, John Wiley & Sons, 2021, 478-482.

D. Summarizing data

After data-collection, the data must be presented and summarized. This is different for quantitative and qualitative data. Quantitative data is easily summarized by using statistics, the first step is usually to include measures of central tendency, i.e., measures that inform about the center of the distribution of the value of a certain data collection:

Mean — the arithmetic average;

Median — the middle of the distribution (half of the numbers are above, half below; if there are two numbers, the average is presented);

Mode — the most frequently occurring value;

Then there are two statistics for the measure of variability (or dispersion), i.e., how the data is spread around the central tendency:

Range — the minimum and maximum values

Standard deviation — the average distance of a single value from the mean

The mean and the standard deviation are most commonly reported, as they are also used for inferential statistics. However, importantly, they are greatly influenced by outliers: data that is way higher or lower than most data points. This is where data can easily be misrepresented. For example, imagine a politician making the case that under their visionary leadership, average income increased during their tenure. This may be technically true, yet still deceiving: the effect can be driven by outliers on both sides: income may have gone up at the lower end of the distribution only, e.g., by governmental increases in unemployment or living wages, or — more realistically — income could have gone up at the high end only, e.g., through tax breaks for the wealthy, without impacting the majority of the population.

When the distribution of data is not influenced by outliers, and the data is somewhat normally distributed, the standard deviation also informs us about the range in which we can expect most values to fall (68%), i.e., between one standard deviation below the mean, and one standard deviation above the mean. Interpreting this value can also provide additional insight. Imagine that agreement with a policy is measured with a survey in a sample of citizens on a scale from 1 (not at all in agreement) to 7 (fully in agreement). If the mean is 4 (the neutral option) and the standard deviation is 2, then one can deduce that there is a lot of disagreement within the sample. Conversely, in this example, a standard deviation of 0.2 signifies high homogeneity in the answers, and that most citizens feel ‘neutral’ about the policy (or may not care that much).

Qualitative data, on the other hand, revolves around words (or images, videos, etc.), and this is summarized in a different way, although the systematic methodological rigor is the same. Qualitative data analysis has many sub-techniques, but they most generally revolve around the idea of analyzing text at the words or

sentence level, assigning them codes that relate to a theme, and coming up with a cluster of themes to understand the generated topic more in-depth⁷¹. In the legal context, e.g., codes may also be assigned at a more general level, e.g., to legal rulings and how they were resolved ('affirmed', 'petition denied', 'reversed', 'unclear: certification to lower court', etc.);⁷². In this sense, the 'numbers' to which the cases are translated are *not* numerical, but nomological (they simply represent a 'named' category). After that, different ways of further analyzing and representing the data can ensue, e.g., summarizing tables or visualization of the emerging themes. In qualitative research with interviews or focus groups, quotes are also often used to illustrate central themes that were uncovered. These summaries of the data can then (potentially) be used to make inferences that go beyond the data that was collected.

E. Data-analysis

For quantitative research, data-analysis is based on statistics. In contrast, in qualitative research, data summarization and data-analysis are cyclical processes that influence one another and take place simultaneously. The calculation of statistics is (usually) not possible in qualitative research, but careful analysis still remains immensely important. When working with primary written sources (not transcribed), such as legislation or rulings, qualitative analysis first involves categorizing the dataset, e.g., through assigning relevant codes. Then, there is a cyclical process of developing an understanding of the content, through further assigning themes, which is subsequently updated and changed based on the new information coming in. Usually a rich, content-based understanding is developed through interaction with the dataset. This then has to be presented in an understandable manner in the paper. The same is true for qualitative research through focus groups or (semi-structured) interviews: the data is transcribed, analyzed at the word, (sub)sentence, or paragraph level, and then the emerging themes represent the research results. This is less straight forward than statistical analyses, but can provide a richer understanding.

F. Data reporting

In terms of data reporting, the method will be dependent upon the requirements of the publication outlet. In general, data representations need to adhere to three principles: accuracy, conciseness, and understandability. As a rule of thumb, variable intervals need to be mutually exclusive (so that one data point does not find itself in two categories), capture all possible responses, and must be the same size

⁷¹ P. MAYRING, *Qualitative content analysis: theoretical foundation, basic procedures and software solution*, 2014.

⁷² L. EPSTEIN and A.D. MARTIN, *An introduction to empirical legal research*, Oxford University Press, 2014.

(if not, this is misleading). In addition, good methodological research practices in all the previous steps will help support the formulation of clear conclusions in the research paper. There should also be a link with the hypotheses that were formulated at the beginning of the study.

CONCLUSION AND RECOMMENDATIONS FOR LAW FACULTIES

This chapter has provided an introduction to the basic principles of empirical research and their relevance for legal scholarship. While traditional doctrinal research remains central to the discipline of law, empirical approaches offer additional analytical tools that allow legal scholars to better understand how legal norms operate in practice. By systematically collecting and analysing data, empirical research can shed light on how laws are perceived, interpreted, and implemented in real-world contexts, thereby providing valuable insights that can complement doctrinal reasoning and strengthen normative legal arguments.

At the same time, the chapter has shown that empirical research requires careful methodological reflection. Issues such as sampling, measurement reliability and validity, causal inference, and potential sources of bias all affect the credibility of empirical findings. Awareness of these methodological challenges is therefore essential for legal scholars who wish to conduct empirical research themselves or critically evaluate empirical claims in legal debates and policy discussions.

Given the increasing importance of evidence-based policymaking and the growing use of empirical data in legal and regulatory contexts, law faculties should consider strengthening methodological training in empirical research, perhaps through interdisciplinary collaborations with social science departments.

This does not imply that legal scholars must become social scientists. Rather, developing a basic understanding of empirical methods can help future jurists engage more critically with empirical evidence and incorporate it more effectively into doctrinal analysis. By fostering such methodological literacy, law faculties can equip legal scholars with the tools necessary to bridge the gap between empirical findings and normative legal reasoning, thereby enriching both legal scholarship and legal practice.

Naar een verwetenschappelijking van de rechtsleer: toetsing van geformuleerde rechtsregels aan rechterlijke *dicta*

door prof. dr. Marc KRUIHOF*
en dr. Jochen TANGHE**

ABSTRACT

Deze bijdrage geeft toelichting bij de onderzoeksopzet dat de afgelopen tien jaar is gevolgd bij de studie van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht door onderzoekers verbonden aan het Centrum voor Verbintenissen- en Goederenrecht van de Faculteit Recht en Criminologie van de Universiteit Gent. Deze opzet wordt vervolgens geïllustreerd aan de hand van enkele studies die op deze basis werden gevoerd.

Cette contribution explique la conception de la recherche suivie au cours des dix dernières années dans l'étude du droit de la responsabilité extracontractuelle par les chercheurs rattachés au Centre de Droit des Obligations et des Biens de la Faculté de droit et criminologie de l'Université de Gand. Cette conception est ensuite illustrée par quelques études qui ont été menées sur cette base.

This contribution explains the research design that has been followed over the past ten years in the study of tort law by researchers affiliated with the Centre for the Law of Obligations and Property of the Faculty of Law and Criminology at Ghent University. This design is then illustrated through several studies conducted using this approach.

I. DE ONDERZOEKSOPZET

A. Conceptueel kader

1. Er zijn meerdere nuttige manieren om aan rechtswetenschappelijk onderzoek te doen, maar wie recht bestudeert, moet beslissen wat precies het voorwerp van dit onderzoek uitmaakt. Dit voorwerp bepaalt mee de gepaste onderzoeksmethode. Dat vereist overigens geen ontologisch-dogmatische stellingname over wat recht *is*. Elke benadering steunt noodzakelijk op bepaalde aannames. Opdat de

* Hoofddocent Universiteit Gent.

** Referendaris bij het Hof van Cassatie.

onderzoeksresultaten helder kunnen worden begrepen en naar waarde geschat, volstaat het dat wordt geëxpliciteerd op welke rechtsopvatting het onderzoek steunt. Hieronder worden de aannames geëxpliciteerd waarvan de centrale onderzoekslijn inzake buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht die aan de UGent de voorbije tien jaar werd gevolgd, uitgaat.¹ De bedoeling ervan is niet meer dan een eerlijk verslag uit te brengen van de gevolgde benadering, opdat deze verder zou kunnen worden uitgediept door kritische lezers.

§ 1. Rechtspraak

2. Het onderzoek is gericht op de creatie van zo accuraat mogelijke kennis van de *juridische realiteit*. Deze realiteit bestaat uit de uiteindelijke beslissingen die rechters opleggen in concrete geschillen: de *dicta* in de vonnissen en arresten. Dit is de rechtspraak.²

3. We gaan ervan uit dat rechterlijke beslissingen niet toevallig uit de lucht vallen. Ze zijn het resultaat van verschillende causale factoren. Het ligt voor de hand dat de totstandkoming van die beslissingen wordt beïnvloed door de feiten die aan een rechter worden voorgelegd en de doctrinale overwegingen waarvan de rechter denkt dat deze de inhoud van de toepasselijke voorschriften weergeven, maar niet alle factoren die op de totstandkoming van rechterlijke beslissingen wegen, hebben naar algemeen gangbare opvattingen ook een normatieve draagkracht. Dat komt doordat rechters mensen zijn: hun beoordelingsvermogen is noodzakelijkerwijze beïnvloed door hun persoonlijkheid en de omstandigheden waarin ze zich bevinden. De interpretatie van bronnen kan daardoor verschillen van rechter tot rechter, en ook de beoordeling van de feiten hangt deels af van persoonlijke perceptie. Bovendien wordt de rechterlijke beslissing beïnvloed door de argumenten van de partijen, en ook die verschillen van zaak tot zaak.

§ 2. Recht

4. Wij nemen aan dat deze causale processen herhaalbaar zijn en herhaald worden, waardoor in de rechtspraak een systematiek aanwezig is. Er zijn patronen

¹ Wij claimen hiervoor geen originaliteit. Wij zijn schatplichtig aan rechtstheoretische inzichten door anderen gepubliceerd gedurende de laatste (iets meer dan) honderd jaar, zoals de Amerikaanse realisten ARTHUR CORBIN (1874-1967), KARL LLEWELLYN (1893-1962), JEROME FRANK (1889-1957) en FELIX COHEN (1907-1953), en ook de Scandinavische realisten AXEL HÄGERSTRÖM (1868-1939), ANDERS VILHELM LUNDSTEDT (1882-1955), ALF ROSS (1899-1979) en KARL OLIVECRONA (1897-1980), en daarnaast ook aan SACCO R., 'Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law', *American Journal of Comparative Law* 1991, vol. 39, 1-34 en 343-401.

² Vanuit een breder sociologisch perspectief hoeft een onderzoek niet noodzakelijk beperkt te worden tot wat rechters in *die formele hoedanigheid* doen, maar dat is toch zinvol omdat de rechterlijke macht een *sociaal feit of instituut* is, dat onafhankelijk van het individuele bewustzijn bestaat en op het individu een externe dwang kan uitoefenen (Émile DURKHEIM, 1858-1917). Zie LEEZENBERG M. en DE VRIES G., *Wetenschapsfilosofie voor geesteswetenschappen*, ed. 3, Amsterdam University Press, 2017, 251-256.

in de beslissingen of, met andere woorden, er is een regelmaat in de rechterlijke *dicta*. Het zijn deze wetmatigheden die we beschouwen als het *recht*.

5. Zo begrepen is recht een aspect van de sociale praktijk, geen louter conceptueel fenomeen. Het recht is aanwezig in het gedrag van mensen, met name de personen die geschillen bindend beslechten. Het is geen fenomeen dat alleen tot de ideeënwereld behoort. Het recht is ook geen talig fenomeen: het bestaat niet in woorden en syntax maar in gedragingen van rechtscollages, de rechterlijke *dicta*. Het recht in deze opvatting moet dan ook worden onderscheiden van de motivering (de *rechtsoverwegingen* of gronden) die rechters in hun vonnissen en arresten (moeten³) geven.⁴ Meer zelfs: de beslissingspatronen kunnen bestaan ongeacht of de rechters zich ervan bewust zijn of deze helemaal accuraat inschatten. Deze beslissingspatronen zijn een kenmerk van de *human (in casu judicial) behavior stream*, en kunnen vanuit een *etic approach* worden geïdentificeerd en verklaard (*Erklären*).⁵

6. In bepaald opzicht is dit rechtsbegrip enger dan de invulling die de praktiserend jurist er gewoonlijk aan geeft. In het algemene taalgebruik wordt aan recht namelijk een normatieve draagkracht toegeschreven. Rechters komen volgens de meest gangbare opvatting tot hun beslissing precies omdat deze hen door het recht is ingegeven of opgelegd. Rechterlijke beslissingen vormen in die voorstelling de 'toepassingen' van (prescriptieve) rechtsregels, die zo worden begrepen als normen die zelf, los van die beslissingen, zouden bestaan. Wij gaan er daarentegen van uit dat rechtsregels in de realiteit slechts bestaan voor zover ze ook worden 'toegepast'. We zetten het woord 'toegepast' tussen aanhalingstekens, omdat de propositie niet impliceert dat deze beslissingen het resultaat zijn van een bewuste subsumptie waarbij een op zich 'bestaande' normatieve regel (major) door de rechter wordt toegepast op de feiten (minor). Het betekent alleen dat het geheel van die rechterlijke beslissingen kan worden weergegeven door die regels. Die regels *bestaan* zo beschouwd alleen maar *in hun 'toepassing'* die dus *geen echte toepassing* ervan hoeft te zijn.⁶ Meer dan van andere (in andere contexten

³ Zie art. 149 Gw.

⁴ Er bestaat immers ook recht in samenlevingen waarin rechterlijke beslissingen niet worden gemotiveerd. Die praktijk is overigens ook in onze contreien van relatief recente datum: voor de Franse Revolutie namen rechters individuele beslissingen zonder deze te motiveren of te verwijzen naar rechtsregels. Zie HERBOTS J., 'Cassatie wegens motiveringsgebreken', *TPR* 1971/1, (1-23) 1-2, nr. 1. De invoering van een verplichting voor rechters om oordelen te motiveren was een van de revolutionaire vernieuwingen. Art. 15 van het Décret des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire; zie SAUVEL T., 'Histoire du jugement motivé', *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 1955, vol. 61, 5-53.

⁵ HARRIS M., 'History and Significance of the Emic/Etic Distinction', *Annual Review of Anthropology* 1976, vol. 5, (329-350), 340.

⁶ Met wat grootspraak kan het vergeleken worden met het meningsverschil tussen PLATO en ARISTOTELIS: terwijl veel juristen ervan uitgaan dat het recht als geheel van normen (ideeën) op zich bestaat en de concrete beslissingen van geschillen er de toepassing van zijn (zoals PLATO de dingen die we waarnemen als 'schaduwen' van de metafysische vormen zag), gaat de hier voorgestelde onderzoeksopzet

zinvolle) invullingen van het concept recht — die recht beschouwen als een normatief fenomeen of als talig geformuleerde rechtsregels — kan van recht in deze opvatting worden gepretendeerd dat het *bestaat*.⁷

7. Tegelijk is deze opvatting van recht ruimer dan de gebruikelijke betekenis van het woord. Zoals gezegd, worden rechterlijke beslissingen immers ook mee gedetermineerd door causale factoren waaraan gewoonlijk geen normatieve draagkracht wordt toegeschreven en die men bijgevolg als ‘niet juridisch’ beschouwt, of zelfs door factoren die naar gangbare normatieve overtuigingen niet zouden mogen wegen op die beslissingen. Voor zover dergelijke factoren systematisch een invloed uitoefenen op de totstandkoming van rechterlijke *dicta*, behoort hun werking evenzeer tot het hier voorgestelde rechtsbegrip. Wij kunnen ons vanuit een wetenschappelijke motivatie immers niet permitteren om ongemakkelijke waarheden te negeren. Het moet weliswaar worden toegegeven dat dergelijke factoren moeilijker te ontdekken zijn omdat de nodige informatie vaak niet in vonnissen en arresten te bespeuren valt. Wie zich dus, zoals wij, voornamelijk bezighoudt met uitvoerig onderzoek van de informatie te halen uit rechterlijke uitspraken, is eerder gericht op systematiek met een zekere schijn van normativiteit⁸, al is het ons — voor de duidelijkheid — dus niet om die normativiteit te doen. Wij beschouwen alle bestaande systematiek in het geheel van rechterlijke beslissingen als het recht (ook deze die we om de een of andere reden zouden afkeuren)⁹, ook al betreft onze studie ervan tot nu toe alleen deze die op basis van de gegevens vermeld in de vonnissen en arresten kan worden geïdentificeerd.

§ 3. Doctrine

8. In tegenstelling tot het zo opgevatte recht is rechtsleer wel een talig en conceptueel fenomeen. Het is een geheel van geformuleerde ideeën over recht.

ervan uit dat het recht alleen bestaat in de beslissingen die de wetmatigheid vertonen (zoals ARISTOTELES vormen zag als kenmerken van de waarneembare dingen, die geen ‘bestaan’ kennen los van die dingen).

⁷ Cf. OLIVECRONA K., *Law as Fact*, Einar Munksgaard, Oxford University Press, 1939, Stevens, 1971.

⁸ Het is overigens niet altijd eenvoudig om uit te maken of een factor naar gangbare opvattingen een normatieve draagkracht heeft. Het is dus maar goed ook dat wij die keuze niet op voorhand maken. Zo wordt door verschillende waarnemers geopperd dat de beslissing of er in een concreet geval burgerlijke aansprakelijkheid is, vaak wordt beïnvloed door de aan- of afwezigheid van een verzekering en dus de mogelijkheid, die ermee samenhangt, om de schadelast te spreiden, hoewel dat naar huidige prescriptieve doctrine, in principe, niet het geval zou mogen zijn. Of we hier staan voor rechterlijke uitspraken die in strijd zijn met het geldende recht (dat dan louter op basis van deductie vertrekkend uit algemene normatieve principes wordt ingevuld en dus als een gegeven wordt beschouwd) of voor een gangbare positieve rechtsleer die het bestaande recht (de systematiek in de rechterlijke *dicta*) niet accuraat weergeeft, is afhankelijk van het *a priori* aangenomen rechtstheoretisch uitgangspunt van de waarnemer. Wij nemen het laatste standpunt in, omdat dit het mogelijk maakt om het recht op een meer wetenschappelijke manier te benaderen.

⁹ HOLMES O.W., ‘The Path of the Law’, *Harvard Law Review* 1897, vol. 10, (457-478) 461 (“*The prophecies of what courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*”).

Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen normatieve rechtsleer en positieve rechtsleer¹⁰, die ook doctrine kan worden genoemd.

Tot de normatieve leer behoren de ideeën over de evaluatie van recht en voorstellen over hoe het recht kan worden verbeterd. Dit zijn dus uitspraken *de lege ferenda*. Daarover gaat ons onderzoek niet.

De hier gepresenteerde methode houdt zich bezig met positieve rechtsleer of doctrine. Dit zijn uitspraken *de lege lata*: het zijn ideeën die pretenderen het bestaande recht weer te geven door het voor te stellen als geformuleerde regels.¹¹ Doctrine is dus een theorie — in de eigenlijke betekenis van het woord: een zicht op de werkelijkheid¹² — over het recht, een weergave van de juridische realiteit — dat wat de rechters beslissen — in de vorm van een aantal onderling consistente wetmatigheden. Terwijl het recht *law in action* is, vormt de positieve leer *law in books*.¹³ De *geformuleerde* regel (de leer) is taal, de *operatieve* regel (het recht) een aspect van een sociaal feit. De taal kan het feit weergeven, maar is zelf conceptueel te onderscheiden van het feit.¹⁴

9. Motiveringen die rechters voor hun beslissingen geven, vormen dus ook rechtsleer en geen rechtspraak.¹⁵ De rechtsoverwegingen geven immers weer wat volgens de rechters de inhoud is van het in de kwestie ‘toegepaste’ recht of ‘motiveren de

¹⁰ HAESAERT J., *Théorie générale du droit*, Bruylant, 1948, 20-21 noemt het *la politique juridique* en *la science juridique positive ou dogmatique juridique*.

¹¹ Zie bv. ROSS A., *On Law and Justice*, Stevens & Sons, 1958, 2de druk 1974, 1 (“doctrinal studies [...] aiming at presenting the legal rules in force in a certain society and at a certain time”); DOBINSON I. en JOHNS F., ‘Qualitative Legal Research’ in MCCONVILLE M. en CHUI W.H.E. (ed.), *Research Methods for Law*, Edinburgh University Press, 2007, herdruk 2014, (16-45) 18-19 (“Doctrinal or theoretical legal research can be defined in simple terms as research which asks what the law is in a particular area. [...] The researcher’s principal or even sole aim is to describe a body of law and how it applies”).

¹² Het woord ‘theorie’ heeft dezelfde herkomst als het woord ‘theater’, en komt van het Griekse *theoria*, *theorein*, en *theoros*, alle gebaseerd op *théa* (θέα), zicht of beeld, en *horáo* (ὁράω), kijken. Zie RUSSELL B., *History of Western Philosophy*, oorspronkelijk 1946, Routledge Classics, 2004, 41-42.

¹³ De terminologie is afkomstig van POUND R., ‘Law in Books and Law in Action’, *American Law Review* 1910, vol. 44, 12-36.

¹⁴ Over het *norm-descriptive* karakter van elke doctrinale uiting — i.t.t. het *norm-expressive* karakter van het eigenlijke recht zelf, zie ROSS A., *On Law and Justice*, Stevens & Sons Ltd., 1958, 2de druk 1974, 9, 11 en 19.

¹⁵ Het is een eigenaardige misvatting dat het woord doctrine/rechtsleer wordt begrepen als synoniem voor juridische literatuur. Zie bv. BAECK J., *Juridische vaardigheden*, die Keure, 2024, 194, nr. 276; TILLEMANS B., LIERMAN S. en SAGAERT V. (ed.), *De Valks Juridisch Woordenboek*, ed. 6, Larcier-Intersentia, 2018, 411: “geheel van wetenschappelijke juridische verhandelingen, die een formele rechtsbron uitmaken”. Zo krijgt men allicht niet uitgelegd hoe die leer een bron van recht zou kunnen zijn. Als men beseft dat bepaalde geschriften doctrine zijn niet wegens hun vorm of herkomst maar wel wegens hun inhoud — omdat ze een theoretische weergave van het bestaande recht bevatten, en zo kennis van het recht vormen — wordt evident dat dit de belangrijkste rechtsbron is. Formele rechtsbronnen zijn immers waarneembare zaken waaruit we kunnen afleiden wat het bestaande recht is. Het zijn manifestaties van het bestaande recht. Cf. JESTAZ P., *Les sources du droit*, Dalloz, 2015, 1 (“*A la vérité, il est aisé de voir que les prétendues sources formelles sont des modes d’expression ou, si l’on préfère, des manifestations du droit*”).

beslissing naar recht'. Zo hebben we het over cassatiedoctrine als het Hof in een reeks arresten expliciet systematisch eenzelfde invulling van bepaalde rechtsregels onderschrijft. Terwijl de *dicta* in de concrete geschillen (de rechtspraak) zijn wat de rechters *doen*, zijn de motiveringen wat de rechters *zeggen dat ze doen*.

B. Probleem- en doelstelling

§ 1. Probleemstelling: mogelijke discrepantie tussen recht en gangbare leer

10. In de hier voorgestelde onderzoeksopzet benadert de onderzoeker de juridische realiteit vanuit een *extern perspectief*. De onderzoeker neemt niet deel aan de bestudeerde sociale praktijk, maar kijkt ernaar als een toeschouwer en probeert op onbevengene wijze zo accuraat mogelijk te achterhalen volgens welke wetmatigheden de praktijk verloopt. Vanuit dat standpunt bekeken, is de gangbare doctrine de *communis opinio doctorum*, de onder juristen gedeelde kennis (*episteme*) van het recht. Kennis stemt echter niet noodzakelijk overeen met het te kennen object. Zo kan ook worden vastgesteld dat de geformuleerde rechtsregels die door juristen worden voorgehouden (de rechtsleer) niet altijd en helemaal een op een overeenkomen met de regels die in de rechtspraak operationeel zijn (het recht).¹⁶

11. Ook de rechterlijke motiveringen geven niet noodzakelijk de operationele regels weer. Een afwijking tussen wat de rechter *doet* (*law in action*) en wat deze *zegt te doen* (*law in books*), mag op het eerste gezicht verbazen, maar blijkt bij nader inzien evident. Rechters hebben niet noodzakelijk introspectieve toegang tot de subsumptieve redenering die tot de beslissing heeft geleid: in de realiteit komen rechters — net als alle mensen¹⁷ — vaak tot een normatieve beslissing op basis van niet-geëxpliciteerde principes die onbewust een invloed uitoefenen op hun denken, en wordt de geëxpliciteerde motivatie pas uitgewerkt in het licht van die beslissing.¹⁸ De motivering vormt meestal een *ex post* rationalisering

¹⁶ POUNDS bijdrage in de *supra* in vn. 10 vermelde publicatie is het onder de aandacht brengen dat er (soms) een verschil is tussen wat juristen (en dus ook rechters) *doen* (*law in action*) en wat ze *zeggen te doen* (*law in books*).

¹⁷ Zie voor toegankelijke besprekingen van psychologisch onderzoek hierover HAIDT J., *The Happiness Hypothesis — Finding Modern Truth in Ancient Wisdom*, Basic Books, 2006, 20-22; GLADWELL M., *Blink — The Power of Thinking without Thinking*, Penguin Books, 2006, 61-71; GIGERENZER G., *Gut Feelings — Short Cuts to Better Decision Making*, Penguin Books, 2008, 190-191. Voor wetenschappelijke publicaties hierover zie bv. NISBETT R.E. en WILSON T.D., 'Telling More than We Know: Verbal Reports on Mental Processes', *Psychological Review* 1977, vol. 84, 231-259; HAIDT J., 'The Emotional Dog and its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment', *Psychological Review* 2001, vol. 108, 814-834; TETLOCK P.E., 'Thinking the Unthinkable: Sacred Values and Taboo Cognitions', *Trends in Cognitive Sciences* 2003, vol. 7, 320-324.

¹⁸ Zie WRÓBLEWSKI J. en MACCORMICK N., 'On Justification and Interpretation' in ATRIA LEMAITRE F. en MACCORMICK D.N. (ed.), *Law and Legal Interpretation*, Routledge, 2003, 421-434: "The process of stating reasons for a decision [...] ought to be treated as one aimed at showing how and why the decision is a justified decision in its legal context. [...] Their adequacy or lack of it as statements of justificatory reasons are wholly independent of their accuracy or lack of it as accounts of the way in

van een eerdere intuïtief gekozen oplossing. Dit betekent niet dat de rechters willekeurig of louter op basis van persoonlijke overtuigingen zouden oordelen. Ons onbewuste brein is bijzonder goed in het herkennen van patronen. Het is daardoor een stuk efficiënter dan ons bewust rationaliseringsvermogen. Rechters zijn ‘thuis’ in het rechtspreken, en hierdoor stemt hun professionele intuïtie meestal goed overeen met hoe gelijkaardige geschillen doorgaans door rechters zoals zij worden opgelost. Zij volgen in hun doen dus vaak het bestaande recht, zonder dat de motiveringen die ze hiervoor geven dit recht noodzakelijkerwijze ook accuraat weergeven.

12. Zo kan een rechter in het ene geval een gewenste uitkomst verantwoorden op basis van een rechtsregel die deze legitimeert, en deze regel niet vermelden in een ander geschil waarin deze de uit deze regel volgende beslissing niet wenselijk acht. Die regel komt dan misschien zelfs niet ter sprake, waardoor het niet vermelden ervan niet eens opvalt. Een ander voorbeeld zijn de overwegingen in cassatiearresten die te ruim of te eng zijn geformuleerd. In het eerste geval verantwoorden ze de beslissing in de concrete feitelijke context van het voorgelegde geval, maar zouden ze bij consequente algemene toepassing tevens andere beslissingen in andere zaken vereisen die het Hof, wanneer dergelijke zaken worden voorgelegd, niet blijkt te nemen.¹⁹ In het tweede geval verantwoorden de overwegingen de genomen beslissing in de concrete feitelijke context van het voorgelegde geval, maar blijkt dat het Hof, wanneer andere zaken zouden worden voorgelegd die net niet onder de geformuleerde regel vallen, toch ook tot dezelfde oplossing komt, wat toont dat het operationele beginsel ruimer is dan eerst geformuleerd.²⁰

which the Court came to regard the decision as the one to be given in the case”; zie ook RADIN M., ‘The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think’, *American Bar Association Journal* 1925, vol. 11, 357-362; HUTCHESON J.C., ‘The Judgment Intuitive: The Function of the “Hunch” in Judicial Decisions’, *Cornell Law Quarterly* 1929, vol. 14, 274-288. Dit inzicht is ook in continentale literatuur opgedoken. Zie bv. SALEILLES R., *De la personnalité juridique — Histoire et théories*, Arthur Rousseau, 1922, 45 (“*On veut d’abord le résultat, on trouve le principe après; telle est la genèse de toute construction juridique*”).

¹⁹ Een voorbeeld is de equivalentie, die het Hof lijkt te aanvaarden in motiveringen, maar die het niet in alle gevallen blijkt toe te passen. Zie *infra* randnr. 21.

²⁰ Een voorbeeld is de ook in de cassatiedoctrine te vinden rechtsregel dat “indien de [foutieve] handeling [van een magistraat] het rechtstreeks voorwerp is van de rechtsprekende functie, de vordering tot vergoeding van de [erdoor veroorzaakte] schade [...] slechts ontvankelijk is als de litigieuze akte bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing [is] ingetrokken, gewijzigd, vernietigd of herroepen [...] wegens de schending van een gevestigde rechtsnorm en derhalve geen gezag van gewijsde meer heeft” (Cass. 19 december 1991 (*Anca I*), ECLI:BE:CASS:1991:ARR.19911219.12, *Arr.Cass.* 1991-1992, 364-369, *Pas.* 1992, 316). Ondertussen is uit de cassatierechtspraak en tussenkomsten van het Grondwettelijk Hof immers gebleken dat de bestaande rechtsregel inhoudt dat de beschikbare rechtsmiddelen die de benadeelde tegen de litigieuze akte kan aanwenden, uitgeput moeten zijn, meer niet (zie Cass. 5 juni 2008, C.06.0366.N, ECLI:BE:CASS:2008:ARR.20080605.2, *Arr.Cass.* 2008, nr. 347, 1442, *Pas.* 2008, 1411; Cass. 25 maart 2010, C.09.0403.N, ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100325.4, *Arr.Cass.* 2010, nr. 219, 920, *Pas.* 2010, 1007; GwH 30 juni 2014, 99/2014, ECLI:BE:GHCC:2014:ARR.099; GwH 21 januari 2021, 7/2021, ECLI:BE:GHCC:2021:ARR.007).

13. Dit is geen verwijt aan of kritiek op de rechters of juridische auteurs. Niemand is immers in staat om bij het normatief beoordelen van één of zelfs enkele concrete gevallen de regel te expliciteren die alle gelijkaardig te beoordelen gevallen omschrijft én precies aangeeft vanaf welke afwijkende feiten een geval niet meer gelijkaardig is. Zoiets is pas mogelijk als men alle gevallen samen kan overschouwen, wat in de praktijk nooit haalbaar is.²¹

§ 2. Doelstelling: verwetenschappelijking van de doctrine

14. De betrachting van deze methode is het waarheidsgehalte van positieve rechtsleer op wetenschappelijke wijze te beoordelen²², vertrekkende van het principe van falsificatie op basis van de waarneembare juridische realiteit.²³ Zo kan worden getest of de ‘in de boeken’ of rechterlijke motiveringen aan te treffen ‘geformuleerde rechtsregels’ overeenstemmen met de systematiek in concrete beslissingen in de rechtspraak.

Het is in de praktijk weliswaar onmogelijk om bij deze studie oog te hebben voor het geheel van alle rechtspraak en ook alle mogelijke ‘juridische’ en ‘niet-juridische’ factoren die daarop een invloed uitoefenen bij het onderzoek te betrekken. Daarom kan de onderzoeker zich geen eenvoudige falsificatielogica permitteren. Een of enkele afwijkende gevallen volstaan niet om een doctrine terzijde te schuiven. Immers: “*It takes a theory to beat a theory*”.²⁴ Onze opzet is dus relatief bescheiden: een geformuleerde regel die in staat is *meer* rechtspraak te verklaren en hierdoor rechterlijke oordelen accurater te voorspellen, mag dan geen absolute weergave zijn van elke rechterlijke beslissing en dus evenmin van de volledige realiteit van de geschillenbeslechting door rechters, maar is wetenschappelijk beschouwd wel *betere* kennis van de juridische realiteit dan een alternatief dat daar *minder* in slaagt.

²¹ “*There is the old story of the layman who was appointed to a position in India where he would have to pass in his official capacity on various matters in controversy between natives. Upon consulting a legal friend, he was told to use his common-sense and announce his decisions firmly; in the majority of cases his natural decision as to what was fair and reasonable would suffice. But, his friend added: ‘Never try to give reasons, for they will usually be wrong.’*” (DEWEY J., ‘Logical Method and Law’, *Cornell Law Quarterly* 1924, vol. 10, (17-27) 17).

²² Met wetenschappelijk bedoelen we dat de kennis een betrouwbaarheid heeft wegens de wijze waarop deze tot stand is gekomen, zodat we ervan mogen uitgaan dat deze overeenstemt met de werkelijkheid omdat het onze best mogelijke kennis is. Zie CHALMERS A.F., *What is this Thing Called Science?*, ed. 4, Hackett Publishing Company, 2013, 211.

²³ We nemen aan dat kennis wetenschappelijk is als deze vatbaar is voor toetsing aan de realiteit, zodat de eventuele onwaarheid ervan kan worden vastgesteld (falsificeerbaarheid) maar dat tot nog toe niet is gebeurd. Door de rechterlijke *dicta*, die empirisch waarneembaar zijn, als de te verklaren juridische realiteit te nemen en de doctrine als theoretische weergave ervan, vermijden we dat als bezwaar tegen de wetenschappelijkheid van dit onderzoek zou worden opgeworpen dat “[e]r [...] geen werkelijkheid [is] buiten het recht waaraan de juistheid van juridische uitspraken getoetst kan worden”, zoals opgeworpen in VANGEEBERGEN B. en VAN DAELE D., ‘Is de studie van het recht een wetenschap en wie kan het wat schelen?’, *RW* 2008-2009/24, (986-994) 990.

²⁴ Zie voor het beweerdelijk eerste gepubliceerde gebruik van deze uitdrukking in juridische context: EPSTEIN R.A., ‘Common Law, Labor Law, and Reality: A Rejoinder to Professors Getman and Kohler’, *Yale Law Journal* 1983, vol. 92, (1435-1441) 1435.

En daarin ligt het doel van deze benadering. In de eerste plaats tracht deze methode een empirisch-wetenschappelijke nieuwsgierigheid te bevredigen. Als we willen weten welke beslissingen men precies, onder het mom van een of andere doctrine, in een rechtbank binnen een gegeven rechtstelsel kan verwachten, dan moet deze doctrine kritisch worden getoetst aan wat rechters binnen dat stelsel in feite doen. Daarnaast heeft deze onderzoeksopzet ook een praktisch nut. Wat rechters beslissen is het enige recht waarin rechtsonderhorigen geïnteresseerd zijn. Een accuratere kennis hierover zal voor hen meer rechtszekerheid creëren. Ook voor advocaten is het nuttig om te weten welke systematiek de rechtspraak kenmerkt, zodat zij beter vooraf kunnen inschatten welke vorderingen haalbaar zijn. Voor rechters is het belangrijk te weten hoe gelijkaardige geschillen worden beslecht: de traditie is de belangrijkste leidraad die hen toestaat geschillen te beslechten niet op basis van persoonlijke preferenties of overtuigingen — zij zijn immers niet politiek verantwoordelijk — maar wel op basis van maatschappelijk gedeelde rationalisaties.²⁵ De wetgever, ten slotte, kan best weten wat de precieze inhoud van de operationele regels is, alvorens te beslissen of het nodig is deze via wetgeving bij te sturen en zo ja via welke formulering dit gepast is.

15. Dat we alleen de systematiek in de rechtspraak ‘recht’ noemen, is overigens niet meer dan een keuze in functie van dit doel. Het is, zoals gezegd, geen ontologisch-dogmatische aanname van wat recht *is*. Toch zijn we ons ervan bewust dat deze manier van rapportering, hoewel we uitgaan van een externe positie, niet volstrekt neutraal is ten aanzien van het procedé van rechtsvinding door rechters. De gewoonte zelf heeft immers een grote normatieve draagkracht. Dit effect ligt evenwel buiten onze wetenschappelijke interesse.

C. Methode

16. Dit onderzoek verloopt in twee fasen: deconstructie van de gangbare leer (A) en (re)constructie van een alternatieve leer (B).

A. Deconstructie van de gangbare leer

17. In de eerste fase stelt de onderzoeker de geformuleerde rechtsregels waarvan wordt aangenomen dat ze tot het bestaand recht behoren, in vraag.²⁶ Daartoe toetst deze die regels aan de concrete beslissingen van rechters. Wanneer een

²⁵ Cf. STORME M.E., ‘Bedenkingen bij de door het Hof van Cassatie in het privaatrecht gehanteerde wijze van rechtsvinding en rechtsopvatting. Tegelijk een bijdrage tot de studie van een onderschatte rechtsbron: de traditie’, *TPR* 1995/3, 971-1048; zie ook DE SCHRYVER M., *De balancerende rechter: rechtsvorming in het Belgisch burgerlijk procesrecht*, Larcier Intersentia, 2025, i.h.b. Hoofdstuk 5.

²⁶ Juristen gaan er doorgaans van uit, zonder er expliciet bij stil te staan, dat het bestaande recht *is* zoals het in de gangbare vertelling ervan wordt *weergegeven*. De gangbare leer, die steeds wordt herhaald en ingeroepen door rechters en auteurs, wordt zo aangenomen als *per se* waar. Een kritische wetenschappelijke houding vereist o.i. dat hiervan afstand wordt genomen. Cf. FEYNMAN R., ‘What is

toepassing van de geformuleerde regel op het feitengeheel tot de uitspraak leidt die in de rechtspraak systematisch blijkt te worden gegeven, is de kennis van het bestaan van deze regel wetenschappelijk gefundeerd. De corroboratiegraad van de doctrine is hierdoor versterkt.

18. Daarentegen is een propositie in principe gefalsificeerd zodra blijkt dat deze niet helemaal overeenstemt met de beslissingen die rechters nemen. Het zou echter naïef zijn om een doctrinale stelling reeds terzijde te schuiven zodra één rechterlijke beslissing opduikt die moeilijk met deze doctrinale stelling te verzoenen valt. Het is, zoals gezegd, immers onmogelijk om bij de studie van rechterlijke beslissingen meteen oog te hebben voor alle hypothetische factoren die deze beïnvloeden, waardoor de onderzoeker (en ook de praktiserende jurist) eraan moet wennen dat deze opereert in een onzekere wereld: de theorie is nooit af. Moeilijk verzoenbare rechterlijke beslissingen zijn niet noodzakelijk tegenstrijdig in die zin dat het huis meteen moet worden platgelegd en van de bodem opnieuw opgebouwd: in vele gevallen zal men genoeg moeten nemen met een (voorlopige) aanbouw. Schrappen we alle doctrinale stellingen die te kampen hebben met dergelijke onvolkomenheden, dan blijft er van de doctrine als constructie nog nauwelijks iets over. Van geen enkele wetenschappelijke theorie wordt perfectie verwacht.

19. Een van de beperkingen waarvan de onderzoeker zich weliswaar bewust moet zijn, is dat deze niet in staat is om alle rechterlijke beslissingen te bestuderen en bijgevolg noodzakelijk moet vertrekken van een praktisch haalbare afbakening van zijn onderzoek, die veelal steunt op een op voorhand gegeven, conventionele indeling van het recht. Zo wordt door ons onderzoek gevoerd naar de werkelijke inhoud van het bestaande aansprakelijkheidsrecht, en vestigen wij daardoor onze aandacht op rechterlijke beslissingen waarin de rechter het conflict bij voorbaat zo heeft gekwalificeerd dat dit eronder valt. Mogelijk is een beeld dus op voorhand reeds vertekend, of ten minste niet de meest eenvoudige en in die zin meest accurate weergave die van de juridische realiteit kan worden gegeven. Zoekt een onderzoeker diens weg in een zoveelste aanbouw, dan kan het dus beslist geen kwaad om door een kier in de muur naar het naburige gebouw te kijken, om te zien of die aanbouw niet eigenlijk beter in dit naburige gebouw kan worden ondergebracht (of omgekeerd).

20. In de praktijk blijkt een uitgebreid onderzoek van feitenrechtspraak overigens niet steeds nodig om te kunnen besluiten dat bepaalde rechtsleer geen accurate weergave kan zijn van het bestaande recht. De rechtswetenschappelijke onhoudbaarheid van sommige geformuleerde rechtsregels blijkt reeds uit de — evenzeer

Science?', *The Physics Teacher* 1969, vol. 7, afl. 6, 313-320, *Resonance* 2011, vol. 16, (860-873) 872, ook in ROBBINS J. (ed.), *The Pleasure of Finding Things Out — The Best Short Works of Richard P. Feynman*, Penguin Books, 2001, (171-188) 187: "Science is the belief in the ignorance of experts."

doctrinale — toepassingsvereisten die eraan zijn gekoppeld, of uit de intern tegenstrijdige manier waarop ze worden uitgelegd. Immers, een bepaalde systematiek kan maar in de rechtspraak gedijen voor zover de heersende doctrine in het geheel, en bij uitbreiding het Hof van Cassatie, dat toestaat, en dit ongeacht de vraag of de raadsheren van dat Hof zich van enige tegenstrijdigheid bewust zijn. Dit impliceert dat een systematiek die strijdig is met een geformuleerde rechtsregel, slechts kan overleven voor zover deze steun vindt in *andere* doctrinale formuleringen. Zo ontstaan onderling onverenigbare stellingen, dat wil zeggen inconsistenties in het geheel van de doctrine, die verraden dat wat de rechters in feite doen, niet nauwkeurig overeenstemt met wat erover wordt gezegd. Het bestaande recht is hier immers opgevat als systematiek en die vereist consistentie. Tegenstrijdigheden in de doctrine impliceren dus vanzelf dat (a) er geen systematiek en dus geen recht bestaat of (b) dat minstens een van de strijdige doctrinale stellingen er geen accurate weergave van is.

B. Reconstructie van een alternatieve leer

21. De tweede fase van het onderzoek is de reconstructie van positieve rechtsleer die de rechtspraak beter of in grotere mate weergeeft. In deze fase probeert de onderzoeker een (ander) patroon te herkennen in de onderzochte rechtspraak of gedeconstrueerde doctrine en daarvoor een verklaring te geven.

22. Deze tweede fase omvat twee deelfasen. De eerste deelfase is de zoektocht naar inspiratie voor het formuleren van een verklarend patroon of hypothese (*context of discovery*). De ideeën voor de te testen alternatieve theorie kunnen op allerlei manieren ontstaan en uit allerlei bronnen worden geput. Vanuit wetenschappelijk standpunt is het eigenlijk irrelevant waaruit het idee is voortgekomen. In een tweede deelfase toetst de onderzoeker diens hypothese aan de rechtspraak om te zien of deze beter bestand is tegen de juridische realiteit dan de weergave die eerder werd gefalsificeerd, waardoor het gerechtvaardigd is deze oude theorie terzijde te schuiven en de hypothese als nieuwe theorie in de plaats te stellen (*context of justification*).

23. In werkelijkheid lopen die twee deelfasen door elkaar. Zo kan de alternatieve geformuleerde rechtsregel op inductieve wijze tot stand komen, doordat deze zich als het ware ‘aandient’ als voor de onderzoeker herkenbare systematiek in de data. Dit is onderzoek op basis van de zogenaamde gefundeerde theorie (*grounded theory*), waarbij iteratief gegevensverzameling via theoretische steekproeven wordt afgewisseld met gegevensanalyse en de formulering van hypothesen, die vervolgens weer worden getest aan de hand van nieuw verzamelde gegevens, om zo geleidelijk een theoretische verzadiging te bereiken.²⁷

²⁷ Zie GLASER B.G. en STRAUSS A.L., *The Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research*, Aldine de Gruyter, 1967, versie 2008; CORBIN J.M. en STRAUSS A.L. (ed.), *Grounded Theory in Practice*, Sage, 1997; BIRKS M. en MILLS J., *Grounded Theory: A Practical Guide*, Sage, 2011; CHARMAZ K., *Constructing Grounded Theory*, Sage, 2014.

24. Een alternatieve theorie kan ook voortspruiten uit deductie uit hypothetisch veralgemeende andere kennis: wanneer we weten welke wetmatigheden gelden in deze situatie, kunnen we veronderstellen dat diezelfde wetmatigheden wel eens zouden kunnen gelden in een andere situatie, wat dan kan worden getest. Zo kan de doctrine in een ander rechtstelsel, die anders geformuleerde rechtsregels inhoudt, inspiratie geven voor toetsbare alternatieve hypothesen over het Belgische recht. Dit is vooral zo in materies waarvoor er geen redenen zijn om te veronderstellen dat het bestaande recht in dit andere stelsel — de concrete oplossingen die worden gegeven aan bepaalde categorieën van geschillen — afwijkt van het onze, maar de lokale doctrine deze oplossingen voorstelt als gevolgen van de toepassing van regels waarvan de formulering verschilt.²⁸ Indien het recht in beide stelsels op het onderzochte punt systematisch tot dezelfde oplossingen (rechterlijke *dicta*) komt, dan vormen de verschillende doctrines die in deze stelsels gangbaar zijn alternatieve theorieën voor eenzelfde empirisch waarneembaar fenomeen. In dat geval kan worden getest of de gangbare doctrine van het andere rechtstelsel de systematiek in de rechtspraak in ons land accurater weergeeft.

II. ENKELE ONDERZOEKSRESULTATEN

25. Hierna worden enkele met bovenstaande opzet gevoerde onderzoeken in het domein van de buitencontractuele aansprakelijkheid toegelicht.²⁹

A. De leer van de noodzakelijke causale bijdrage³⁰

26. Op het eerste Interuniversitair Congres over Aansprakelijkheids- en Verzekeringsrecht (ICAV I) heeft Marc KRUIHOF zijn onderzoek van de causaliteit in het Belgische aansprakelijkheidsrecht voorgesteld. De gangbare leer houdt voor dat het Belgische recht overeenstemt met de equivalentieleer. Volgens deze theorie is elk feit dat in de concrete omstandigheden van het geval noodzakelijk was om de schade te doen ontstaan, ook een *condicio sine qua non* (*CSQN*) genoemd, een oorzaak van deze schade. Dit onderzoek heeft aangetoond dat

²⁸ In de meeste vermogensrechtelijke kwesties blijken de oplossingen die aan geschillen worden gegeven in sociaaleconomisch gelijkaardige samenlevingen niet erg te verschillen. Dit heeft geleid tot de *praesumptio similitudinis*, voorgesteld door ZWIEGERT K., ‘Des solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé)’, *Revue internationale de droit comparé* 1966, 5-18.

²⁹ De specifieke bronverwijzingen bij de vermelde proposities vindt de lezer voor elk onderzoek in de publicatie van de onderzoeksresultaten.

³⁰ KRUIHOF M., ‘Oorzaak of aanleiding? Geen causaal verband zonder causale bijdrage’ in VANSWEEVELT T. en WEYTS B. (ed.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht (ICAV I)*, Intersentia, 2015, 139-208; KRUIHOF M., ‘Een kritische analyse van het concept causaliteit in het ontwerp van de Commissie tot Hervorming van het Aansprakelijkheidsrecht’, *TPR* 2021/1, 269-321.

deze leer geen accurate weergave is van het bestaande recht, omdat deze niet in overeenstemming is met de concrete beslissingen die rechters systematisch — en met toelating van en zelfs op voorschrift van het Hof van Cassatie — in bepaalde concrete typegevallen blijken te nemen.

27. Zo is te denken aan het typische geval van de schade die wordt geleden door een passagier ten gevolge van een verkeersongeval waarin het voertuig is betrokken waarin deze foutief meerijdt omdat deze wist dat de bestuurder geïntoxiceerd was of te jong om te rijden (met een passagier). De aansprakelijkheid van de persoon door wiens fout het ongeval is ontstaan, blijkt in de rechtspraak niet altijd te worden verminderd omwille van die eigen fout van de benadeelde, ook al voorspelt de volgens de gangbare doctrine in ons land ‘geldende’ equivalentieleer dat dit wel zal gebeuren. De rechters blijken alleen tot een gedeelde aansprakelijkheid te besluiten in gevallen waarin het ongeval te wijten was aan het gebrek aan rijvaardigheid van de bestuurder ten gevolge van diens intoxicatie of onervarenheid, of de moeilijkere bestuurbaarheid van het voertuig door de aanwezigheid van een verboden passagier, kortom door een omstandigheid die in verband staat met de fout van de passagier. Volgens de operationele regel is voor aansprakelijkheid dus een ander type verband vereist tussen de fout van de passagier en diens schade dan de loutere noodzakelijkheid *in concreto*, wat de gangbare equivalentieleer voorhoudt. Een gelijkaardige systematiek doet zich nog in andere typegevallen voor, bijvoorbeeld bij schade door een foutieve reactie op een voorzienbare onregelmatige toestand, zoals een hindernis op de openbare weg. Volgens de equivalentieleer is het tot aansprakelijkheid leidend feit waardoor deze onregelmatige toestand is ontstaan een medeoorzaak van de schade, maar in realiteit oordelen rechters vaak dat de schade uitsluitend te wijten is aan de foutieve wijze waarop iemand op die situatie heeft gereageerd. Verder is nog te denken aan allerlei feiten die volgens rechters ‘te ver verwijderd’ zijn om als oorzaken te worden aangemerkt, zoals wanneer een bestuurder die vluchtmisdrijf pleegt na een eerste ongeval geruime tijd later betrokken geraakt in een tweede ongeval veroorzaakt door een verkeersfout van een derde, aan de ontstentenis van enige aansprakelijkheid voor de verdere verergering van de schade die volgens rechters te wijten is aan het foutief onvoldoende beperken van de schade door de benadeelde, en nog allerlei andere gevallen waarbij het Hof van Cassatie een merkwaardige tolerantie toont ten aanzien van de beslissingen van feitenrechters die onverzoenbaar zijn met de equivalentieleer.

28. De jurist die, het Belgische *law in books* volgend, aanneemt dat de equivalentieleer in België ‘geldt’ en dus *moet* worden nageleefd, zal dit ‘afwijkende rechtspraak’ noemen, die het bestaande recht niet correct toepast. De hier verdedigde rechtswetenschappelijke benadering doet precies het omgekeerde: deze stelt vast dat de equivalentieleer — niets meer dan een theorie over het recht — niet overeenstemt met het recht waaraan de burgers in feite worden onderworpen,

de regels die operationeel blijken te zijn in rechterlijke *dicta*, en concludeert dat die *theorie* dus niet juist is.

29. Het onderzoek heeft aangetoond dat in alle gevallen waarin rechters beslissen dat er geen aansprakelijkheid is alhoewel het tot aansprakelijkheid leidend feit in het concrete geval noodzakelijk was om de schade te doen ontstaan, dit feit het risico dat in dit geval was gerealiseerd, niet had verhoogd. Omgekeerd blijkt dat in alle gevallen waarin een noodzakelijk feit het gerealiseerde risico niet had verhoogd, de rechters beslissen dat er geen aansprakelijkheid is. Alhoewel de rechters het zelf niet zo formuleren — dat is de door hen als legitimatie ingeroepen doctrine (de *law in books*) — blijkt de operationele regel — en dat is het bestaande recht (de *law in action*) — dus te zijn dat een oorzaak, vereist voor aansprakelijkheid, bestaat in een feit dat het risico waarvan het schadegeval de realisatie vormt, heeft verhoogd in een mate die in de concrete omstandigheden nodig was voor de totstandkoming van de schade zoals die in feite is ontstaan. Dit criterium van de risicoverhoging maakte reeds deel uit van de gangbare doctrine: het geeft weer hoe de schadelast onder medeaansprakelijken wordt verdeeld of in hoeverre de schadeloosstellingsplicht wordt verminderd bij gedeelde aansprakelijkheid. Daar wordt het de causale bijdrage genoemd. Daarom kan deze alternatieve leer, die het oorzaakbegrip zoals het in het bestaande Belgische recht blijkt te worden gehanteerd, accurater weergeeft dan de door dit onderzoek gefalsificeerde equivalentieleer, de leer van de noodzakelijke causale bijdrage worden genoemd.

30. Dit onderzoek toont ook aan dat het nieuwe artikel 6.18, § 2 BW geen wijziging van het (bestaande) recht hoeft in te luiden. De rechters kunnen, net als voorheen, een *CSQN* die het gerealiseerde risico niet had verhoogd, blijven uitsluiten als oorzaak, alleen hoeven ze nu geen kunstgrepen of bochtenwerk meer toe te passen om het verwijt dat ze de equivalentieleer ‘schenden’ te vermijden.³¹

B. De ouderlijke aansprakelijkheid als vrijwaringsplicht³²

31. Vanuit dezelfde onderzoeksopzet heeft Marc KRUIHOF de ouderlijke aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door hun minderjarige kinderen onderzocht. Volgens de gangbare doctrine is dit een foutaansprakelijkheid met een omgekeerde bewijslast: de ouders zouden aan deze aansprakelijkheid kunnen

³¹ Zie hierover KRUIHOF M., ‘Boek 6 BW (deels) toegelicht: de aansprakelijkheid genererende feiten en de causaliteit’ in LECOCQ P. en DAMBRE M. (ed.), *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2024*, Dossiers Tijdschrift van de Vrede- en Politierechters 38, die Keure, 2024, (319-376) 365-366, nrs. 65-66; zie ook KRUIHOF M., ‘Artikel 6.18, § 2, BW ontleed: welke *condiciones sine quibus non* zijn te zeer verwijderd van de schade om aansprakelijkheid te verantwoorden?’ in KRUIHOF M. en VERHEYEN T. (ed.), *Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht in (verdere) ontwikkeling (ICAV V)*, Larcier-Intersentia, 2026, te verschijnen.

³² KRUIHOF M., ‘De aard van de ouderlijke aansprakelijkheid herbekeken’ in *Personen- en familierecht*, Verslagboek permanente vorming Vlaamse Conferentie Gent, Larcier, 2019, 213-245.

ontsnappen als zij aantonen dat de schadeveroorzakende daad van hun kind (en dus ook de schade die er het gevolg van is) niet is veroorzaakt door hun fout in de opvoeding van of het toezicht op het kind. Het hof van beroep te Brussel had een doctrine onderschreven op grond waarvan de ouders alleen aan de aansprakelijkheid konden ontsnappen door aan te tonen dat zij niet bij machte waren om het gebeuren te vermijden (overmacht)³³, en het hof van beroep te Luik was hierin gevolgd.³⁴ Het Hof van Cassatie had die doctrine echter expliciet verworpen.³⁵

32. Deze gangbare doctrine valt vooreerst niet te rijmen met de wettekst van artikel 1384, tweede en vijfde lid oud BW, die expliciet stelt dat de ouders alleen kunnen ontsnappen door te bewijzen “*dat zij de daad welke tot die aansprakelijkheid aanleiding geeft, niet hebben kunnen beletten*”. Daarenboven blijkt de doctrine van de vermoede fout van de ouders — en dat is wat ons hier interesseert — onverenigbaar met de vaste systematiek in de (overgrote meerderheid van de) rechtspraak en met allerlei kenmerken die er door de rechtspraak systematisch aan worden toegekend. Als de ouderlijke aansprakelijkheid werkelijk zou steunen op een vermoede fout in de opvoeding, dan zouden de ouders bijvoorbeeld ook aansprakelijk zijn voor de fouten van hun jong-meerderjarige kinderen. Als de ouders aansprakelijk zouden zijn voor een eigen fout, dan zouden zij geen integraal regres kunnen nemen op het kind voor wie zij instaan. Bovendien leiden rechters de zogenaamde fout van de ouders meestal af uit het loutere feit dat hun kind een onrechtmatige daad beging en zo schade heeft veroorzaakt (*res ipsa loquitur*), zelfs bij lichte fouten die iedereen wel eens kan begaan, zoals eenvoudige verkeersovertredingen.³⁶ Deze en nog andere vaststellingen doen inzien dat de gangbare doctrine, die inhoudt dat de aansprakelijkheid van de ouders steunt op hun persoonlijke fout in de opvoeding of het toezicht, een mythisch narratief is.

33. De ouderlijke aansprakelijkheid zoals deze in België blijkt te bestaan, kan accurater worden weergegeven als een vrijwaringsplicht ten aanzien van derden: de ouders staan in voor de aansprakelijkheid van het kind of die het kind zou hebben gehad indien het schuldbequaam zou zijn geweest. Of de ouders een fout hebben gemaakt, blijkt in de juridische realiteit niet relevant. Alleen in uitzonderlijke situaties kunnen de ouders aan de aansprakelijkheid ontsnappen.

³³ HvB Brussel 23 oktober 2007, *RGAR* 2010/6, nr. 14.652; HvB Brussel 25 oktober 2007, *NJW* 2008/176, 128; HvB Brussel 18 januari 2010, *RAJe* 2010/2, 12; HvB Brussel 3 juni 2009, *RAJe* 2010/2, 8; HvB Brussel 24 juni 2009, *RGAR* 2009/8, nr. 14.554, *JT* 2009/32, 616; HvB Brussel 16 februari 2010, *RAJe* 2010/2, 12; HvB Brussel 4 oktober 2010, *T.Vred.* 2012/11-12, 593, *T.Pol.* 2012/4, 225.

³⁴ HvB Luik 4 juni 2009, *T.Verz.* 2011/1, 95, *RRD* 2009/132, 161, *RAJe* 2010/2, 10; HvB Luik 20 mei 2010, *JT* 2010/35, 616, *JLMB* 2011/17, 827, *RRD* 2009/133, 341.

³⁵ Zie KRUIHOF M., ‘Een kritische analyse van enkele recente cassatiearresten over schadevergoedingsrecht’ in KRUIHOF M. (ed.), *Inzichten in actueel aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht (ICAV II)*, Intersentia, 2018, (1-54) 30-31, nr. 48.

³⁶ Zie KRUIHOF M., ‘*Res ipsa loquitur* of de mythe van de (vermoede) opvoedingsfout als basis van ouderlijke aansprakelijkheid’ (noot onder Antwerpen 10 januari 2018), *NJW* 2018/389, 745-747.

C. De zorgvuldigheidsnorm is niet ‘algemeen’³⁷

34. Thomas VERHEYEN heeft de hier besproken onderzoeksmethode toegepast in zijn doctoraatsonderzoek over de beheersing van het aansprakelijkheidsrisico door middel van informatieverstrekking en eenzijdige wilsuïtingen. Dat onderwerp was voorheen nog niet systematisch onderzocht. Wat men erover schreef, was vaag en voornamelijk overgenomen uit de contractuele leer. Deze doctrinale stellingen waren nog niet getoetst aan de rechtspraak inzake het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht en van die materie bestond op dat ogenblik dan ook nog geen uit die rechtspraak geïnduceerde, descriptieve theorie.

35. Dit onderzoek illustreert heel duidelijk hoe buitenlandse doctrine, in dit geval *common law* doctrine, een inspiratiebron kan vormen voor toetsbare hypothesen voor van de gangbare doctrine afwijkende formuleringen van de rechtsregels. Er werd onderzocht of de Engelse doctrine, die traditioneel het recht niet weergeeft door algemeen geldende abstracte en vage principes maar eerder gedetailleerde regels bevat voor specifieke categorieën gevallen, een weergave kan vormen voor de systematiek in de Belgische rechtspraak, en deze zo kan helpen verklaren.

36. Op die manier kon de ‘algemene zorgvuldigheidsnorm’, zoals deze wordt voorgesteld door onze gangbare doctrine, aan de hand van de Engelse doctrine worden verfijnd en vervangen door een meer gedetailleerde analyse op basis van diverse factoren die de concrete beslissingen van rechters blijken te determineren. Er doet zich in de Belgische juridische realiteit wel degelijk een verbijzondering voor die in de doctrine niet was geëxpliciteerd. Anders dan gewoonlijk wordt aangenomen, blijkt het nalaten van redelijke inspanningen om voorzienbare schade te vermijden bijvoorbeeld niet altijd onrechtmatig: niet alle gedragingen worden immers in het licht van die norm beoordeeld. Dit gebeurt alleen indien de aansprakelijke een zekere ‘verantwoordelijkheid’ draagt. Factoren die dergelijke verantwoordelijkheden doen ontstaan, zijn bijvoorbeeld (1) de aanwezigheid van een bijzondere band (a) tussen de aansprakelijke en het risico (de aansprakelijke heeft het risico verhoogd of heeft de specifieke taak het te beperken), of (b) tussen de aansprakelijke en de benadeelde (de aansprakelijke heeft de benadeelde blootgesteld aan het bestaande risico of heeft de specifieke taak de benadeelde ervoor te behoeden), en (2) het feit dat het aanwezige risico een bijzonder hoog en acuut gevaar oplevert. Zo bestaat er dus geen algemene consideratieplicht die zou inhouden dat men onrechtmatig handelt als men een risico creëert doordat

³⁷ VERHEYEN T., *Eenzijdige beheersing van het aansprakelijkheidsrisico. Over waarschuwingen, instructies, disclaimers en andere technieken tot eenzijdige exoneration*, Intersentia, 2021, 717. De resultaten van dit doctoraatsonderzoek werden ook toegelicht in: VERHEYEN T., ‘De invloed van waarschuwingen op de zorgvuldigheidsnorm’, *TBBR* 2021/8, 440-446; VERHEYEN T., ‘Eenzijdige exoneration: mogelijkheden en grenzen’ in VANSWEEVELT T. en WEYTS B. (ed.), *Recente ontwikkelingen in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht (ICAV IV)*, Intersentia, 2022, 113-140.

men geen rekening houdt met voorzienbaar onredelijk gedrag van anderen: volgens het in België werkelijk bestaande recht mag men er *in principe* van uitgaan dat anderen zich behoorlijk gedragen.

37. Met betrekking tot de beheersing van het aansprakelijkheidsrisico stelt het onderzoek vast dat eenzijdige exoneration niet algemeen onmogelijk is. Eenzijdige wilsuitingen zijn precies van nut omdat men op die manier, ook zonder toestemming van de benadeelde, kan vermijden dat men een verantwoordelijkheid op zich neemt. Eens iemand een bepaalde verantwoordelijkheid draagt, kan deze zich er echter niet eenzijdig van ontdoen.

D. De ‘ontdekking’ van twee zaakaansprakelijkheden³⁸

38. Jochen TANGHE heeft deze onderzoeksmethode in zijn doctoraatsproefschrift toegepast op de gangbare stelling dat wie een schadevergoeding wil verkrijgen op basis van artikel 1384, eerste lid oud BW, moet aantonen dat diens schade is veroorzaakt door een gebrek van de zaak.

39. Hoewel deze vereiste als zodanig niet werd betwist, kampte het begrip ‘gebrek van de zaak’ met schijnbaar ondoorgrondelijke interpretatieproblemen. Zo werd decennialang gediscussieerd over de vraag of een gebrek steeds een intrinsiek kenmerk van de zaak moet zijn, dan wel of dit ook (soms) een extrinsiek kenmerk kon zijn, en in welke zin die concepten dan waren op te vatten. Dat probleem probeerde men traditioneel te verhelpen door een beroep te doen op de idee van de samengestelde zaak, maar dit onderzoek heeft aangetoond dat dit mechanisme in geen enkel van de mogelijke betekenissen ervan houdbaar is als een zinvolle, descriptieve theorie van het bestaande recht. De motiveringen van het Hof van Cassatie hierover waren daardoor vervallen tot nietszeggende, ritueel herhaalde slagzinnen.

40. Uit dit onderzoek is gebleken dat onder het mom van deze ene geformuleerde rechtsregel in werkelijkheid twee aansprakelijkheidsregimes schuilgaan waarvan de toepassingsvoorwaarden verschillen. Dit is de reden waarom het niet mogelijk blijkt om het bestaande recht op een accurate manier te beschrijven aan de hand van één rechtsregel met gebruik van één conceptuele invulling van het begrip ‘het gebrek van de zaak’. In de rechtspraak leiden twee verschillende types van gebreken tot aansprakelijkheid: enerzijds een intrinsiek gebrek, en anderzijds een functioneel gebrek. Terwijl een intrinsiek gebrek tot aansprakelijkheid leidt ongeacht of het wel (een lek in een tank) of geen functioneel gebrek vormt (zoals

³⁸ TANGHE J., *Het gebrek in het leerstuk van de zaakaansprakelijkheid*, Intersentia, 2022, 465. Enkele van de onderzoeksresultaten van dit onderzoek werden ook toegelicht in: TANGHE J., ‘Van samengestelde zaken tot extrinsieke gebreken: een schoolvoorbeeld van contaminatie en gebrekkige stellingbouw’, *RW* 2021-2022/36, 1411-1431; TANGHE J., ‘Het gebrek als abnormaal risico: relevantie van de kenbaarheid van — en de kennis over — een obstakel’, *TBBR* 2022/3, 161-172.

een rotte boom), blijkt een extrinsiek gebrek enkel tot aansprakelijkheid te leiden als het een functioneel gebrek vormt (een steen op de weg). Een objectieve aansprakelijkheid voor een niet-functioneel extrinsiek gebrek blijkt in de juridische realiteit niet te bestaan.

41. Deze bestaande rechtsregels waren tot dan toe nog niet herkend of benoemd, omdat de zaakaansprakelijkheden sinds het einde van de negentiende eeuw werden gekoppeld aan artikel 1384, eerste lid oud BW, dat men als een rechtsregel is gaan lezen. Aldus zocht men de manier om alle bestaande gevallen op basis van die ene regel te motiveren in een wisselende invulling van het begrip gebrek van de zaak, terwijl die zoektocht vanuit rechtswetenschappelijk oogpunt gedoemd was om te falen. Het gaat bij nader inzien om een klassiek geval van doctrinale contaminatie: de aantasting van één conceptueel mechanisme door een ander, wezenlijk verschillend mechanisme, wat alleen kan resulteren in een inconsistente en dus analytisch onhoudbare doctrine. De hier verdedigde rechtswetenschappelijk benadering kan dit probleem verhelpen, aangezien deze afstand doet van de gangbare doctrine op zich en alleen oog heeft voor de reële toepassingen die rechters ervan maken.

E. Leed is geen schade³⁹

42. Recent heeft Marc KRUIHOF het concept morele schade aan een kritische analyse onderworpen. De term morele schade is een etiket dat wordt gekleefd op allerhande fenomenen die wezenlijk van elkaar blijken te verschillen. Schade bestaat in belangenkrenking: dit is de vermindering van de capaciteit van een persoon om diens behoeften te bevredigen. Vaak wordt de term morele schade gebruikt als synoniem voor extra-patrimoniale of non-pecuniaire schade. Dan is dit een van de soorten belangenkrenking. De term morele schade wordt daarentegen ook aangewend om personen een geldsom toe te kennen die tot doel heeft om pijn, smart of enig ander leed te lenigen. Leed als zodanig vormt evenwel geen krenking van een belang. Leed is immers geen capaciteitsvermindering maar wel een vermindering van de behoeftebevrediging zelf. De geldsom die men ervoor ontvangt, compenseert geen waardeverlies, maar dient louter als een symbolische erkenning van het leed. Kortom: leed is geen (echte) schade, en de geldsom die ervoor wordt toegekend is geen (echte) schadevergoeding, maar eerder een *solatium* of smartengeld.

43. Het onderscheid tussen schade en leed wordt door de gangbare doctrine te weinig benadrukt, omdat het begrippenarsenaal voor de indeling van schade niet voldoende verfijnd is of niet nauwkeurig genoeg wordt aangewend, waardoor de verkeerde indruk bestaat dat die twee fenomenen op dezelfde manier behandeld

³⁹ KRUIHOF M., 'Het nodige onderscheid tussen schade en leed', *TPR* 2024/1-2, 495-518.

(moeten) worden. Het is ook niet altijd gemakkelijk om het onderscheid te zien, omdat *geleden* schade ook leed met zich meebrengt, en men daardoor kan denken dat niet de schade maar wel het leed voor vergoeding in aanmerking komt. Dat is evenwel geen accurate weergave van het bestaande recht, dat duidelijk alleen de verloren capaciteit tot het genereren van geluk vergoedt en slechts uitzonderlijk een genoegdoening biedt voor het ongeluk zelf. Wederom blijkt de gangbare doctrine twee wezenlijk verschillende juridische realiteiten met één theorie weer te geven, waardoor het schadebegrip is gecontamineerd en een zuiver conceptuele invulling ervan onmogelijk wordt. Om het recht op een realiteitsgetrouwe manier weer te geven, moet dit leerstuk dus worden getoetst aan de systematiek in de reële toepassing ervan.

44. Dit levert het rechtswetenschappelijke inzicht op dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen schade en leed. Een voorzetting van de gangbare doctrine met een loutere uitsluiting van leed uit het schadebegrip zou te eng zijn, omdat het bestaande recht in sommige gevallen wel degelijk een geldsom toekent voor leed. Een verruiming van het schadebegrip zodat het ook leed omvat, zoals veel juristen vandaag hanteren, valt dan weer te ruim uit, omdat niet *elk* leed aanleiding blijkt te geven tot toekenning van een geldsom. Het enige leed waarvoor rechters een geldsom toekennen, is leed dat verband houdt met de aantasting van de integriteit van de eigen persoon of een ‘familiaal’ naaste, en recent ook een huisdier. Poneren, zoals de gangbare doctrine doet, dat leed morele schade is en dat alle schade integraal wordt vergoed op basis van aansprakelijkheid, is dus manifest geen accurate weergave van het bestaande recht. Beweren dat de vergoedbaarheid van extra-patrimoniale schade beperkt is tot deze geleden bij de aantasting van de fysieke of psychische integriteit van een persoon, zoals nu in artikel 6.26, tweede lid BW is geschreven, verliest uit het oog dat er naast leed ook andere extra-patrimoniale echte schade is, en die is ook te vergoeden wanneer deze wordt geleden bij de aantasting van een zaak.

F. Proportionele aansprakelijkheid bij verlies van een kans⁴⁰

45. Tot slot vermelden we een recent door Jochen TANGHE gevoerd onderzoek over de gangbare doctrinale stelling dat het verlies van een kans schade vormt. Deze leer blijkt de wetenschappelijke toets aan de juridische realiteit niet te kunnen doorstaan.

46. Er wordt niet betwist dat het aansprakelijkheidsrecht soms een vergoeding biedt ten belope van verloren kansen. Wanneer men bijvoorbeeld een been verliest

⁴⁰ TANGHE J., ‘Waarom het verlies van een kans geen schade is en nooit geweest is. Een rechtswetenschappelijke theorie van proportionele aansprakelijkheid’ in KRUIHOF M. en VERHEYEN T. (ed.), *Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht in (verdere) ontwikkeling (ICAV V)*, Larcier-Intersentia, 2026, te verschijnen.

door *gangreen* maar het is niet zeker of dat been zonder de fout van een arts was behouden, dan heeft men geen recht op een vergoeding voor de gehele schade ten gevolge van het verlies van dat been, maar wel voor een deel ten belope van de waarde van de verloren kans dat men het been zou hebben behouden zonder de fout van de arts.⁴¹ Alleen de doctrinale weergave van dit bestaande recht wordt door dit onderzoek in twijfel getrokken. De gangbare leer beschouwt het verlies van een kans op het behoud van een voordeel als een afzonderlijke schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Deze ‘kansschade’ is te onderscheiden van de schade die bestaat als gevolg van het feit dat die kans zich niet realiseerde en zich niet zal realiseren, *i.e.* het ‘reële nadeel’.

47. De kansschade-hypothese is veel ruimer dan de toepassingen die rechters ervan maken en die de cassatietoets doorstaan. Aan de vergoedbaarheid van kansschade worden beperkingen gesteld die niet verklaarbaar zijn door dit uitgangspunt, noch door enig andere doctrinale overweging. Zo komt kansschade slechts voor vergoeding in aanmerking indien de kans op het verwerven van een voordeel of het vermijden van een nadeel *definitief verloren* ging. Dit betekent dat men kansverlies slechts als schade erkent, waardoor het vergoedbaar is, indien het reële nadeel tot stand is gekomen (of met zekerheid tot stand *zal* komen). De loutere verkleining van een kans blijkt dan ook niet voor vergoeding in aanmerking te komen. Niettemin is de negatieve schommeling van een kans in een conceptueel zuivere invulling van het begrip kans net zozeer een verlies ervan. Dit verraadt dat onder het mom van kansschade in werkelijkheid een gedeeltelijke vergoeding wordt toegekend voor het reël geleden nadeel en niet voor de vermindering (= het verlies) van de kans. Bovendien wordt niet toegestaan dat de benadeelde een vergoeding voor de kansschade cumuleert met een vergoeding voor het reële nadeel. Het is immers evident dat de benadeelde daardoor zou worden verrijkt. Die cumulatie zou echter geen verrijking vormen indien de kansschade werkelijk een andere schade was dan het reële nadeel. Ook de manier waarop wordt omgegaan met het verlies van te grote kansen (integrale vergoeding) en te kleine kansen (geen vergoeding), toont aan dat het ons in werkelijkheid niet om die kansen zelf te doen is, maar wel om het bewijs/tegenbewijs van een *CSQN*-verband tussen de schade en het aansprakelijkheid genererend feit. Daarnaast wordt gesteld dat de kansschade *in natura* moet worden hersteld indien de benadeelde het vraagt of de aansprakelijke het aanbiedt, maar dat is bij verloren kansen eigenlijk niet mogelijk: het gaat bij nader inzien om een proportioneel herstel *in natura* van het reël geleden nadeel. Tot slot wordt door recentere cassatierechtspraak toegestaan (eigenlijk zelfs opgelegd) dat rechters de theorie van het verlies van een kans ambtshalve toepassen, dus ook indien de benadeelde het niet vraagt, indien zij onzeker zijn over het *CSQN*-verband tussen het reële nadeel en het feit. Indien

⁴¹ Cass. 19 januari 1984, ECLI:BE:CASS:1984:ARR.19840119.12, *Pas.* 1984, nr. 266, 548, *Arr.Cass.* 1983-1984, 585.

het kansverlies werkelijk behandeld zou worden als een afzonderlijke schade, wat wezenlijk verschilt van die causale onzekerheid, dan zou dat niet worden toegestaan omdat de rechter dan de oorzaak van de vordering wijzigt. Kortom: de doctrine houdt voor dat het verlies van een kans schade vormt, maar uit de manier waarop rechters en het Hof van Cassatie er systematisch mee omgaan, blijkt dat die stelling niet accuraat is.

48. Het probleem met de kans op een voordeel is dat die ‘kans’ een louter epistemologisch concept is, dat wordt gebruikt om een gebrek in kennis over de aanwezigheid van dat voordeel uit te drukken. Het ‘hebben’ van een kans is geen reële situatie in de ontologische orde. Het is dan ook geen mechanisme waarmee men behoeftes kan bevredigen, en dus geen belang. Anders gezegd: kansen ‘bestaan’ niet echt (in de ontologische orde) en gaan dus ook niet echt ‘verloren’. Alleen echte dingen gaan verloren, maar kansen zijn geen echte dingen. De manier waarop men in de juridische doctrine omgaat met ‘het verlies van een kans’, door dat etiket uitsluitend aan te wenden in de gevallen waarin een kans zich niet realiseerde, steunt met andere woorden op een verwarring tussen een epistemologische en ontologische benadering van het concept ‘kans’, en maakt dat concept intrinsiek gebrekkig.

49. De systematiek in de rechtspraak, waarbij gedeeltelijke vergoedingen worden toegekend onder het mom van kansschade, moet dus op een andere manier worden verklaard dan door voor te houden dat het kansverlies schade zou zijn. Vanuit rechtswetenschappelijk oogpunt moet worden erkend dat het bestaande recht in België, minstens sinds de algemene aanvaarding van de kansschade-hypothese, in werkelijkheid een regel van proportionele aansprakelijkheid bevat. Dit is hier bedoeld als een aansprakelijkheid voor een belangenkrenking ten belope van de waarschijnlijkheid van het *CSQN*-verband tussen die schade en het aansprakelijkheid genererend feit. Dit betekent dat aansprakelijkheid, in tegenstelling tot wat algemeen werd aangenomen, geen (want niet steeds) integrale schadeloosstellingsplicht is, en dat het bestaan van die verbintenis niet het bewijs vereist van een *CSQN*-verband. Het *CSQN*-verband blijkt geen bestaansvereiste voor aansprakelijkheid te zijn, maar alleen een criterium dat wordt aangewend om de omvang van de schadeloosstellingsplicht te bepalen. Dat betekent niet dat er niet met zekerheid een verband zou moeten zijn tussen een belangenkrenking en het aansprakelijkheid genererend feit dat als een ‘oorzakelijk verband’ kan worden aangemerkt, maar dat verband bestaat bij nader inzien niet in een *CSQN*-verband. Het verband van oorzakelijkheid waarvan het bestaan met zekerheid moet worden vastgesteld, is daarentegen de risicobijdrage. Dit is een verband van gelijkenis tussen het schadegebeuren en de risicoverhoging die in het aansprakelijkheid genererend feit schuilging. De vanuit rechtswetenschappelijk oogpunt bestaande aansprakelijkheidsregel in België is dus dat men aansprakelijk is voor schade die de realisatie is van een risico dat werd verhoogd door een aansprakelijkheid

genererend feit waarvoor men moet instaan ten belope van de waarschijnlijkheid dat dit feit *in concreto* noodzakelijk was voor de totstandkoming ervan (binnen een geheel van omstandigheden die samen voldoende waren om deze te doen ontstaan).

50. De gangbare doctrine gaat ervan uit dat de omvang van de schade kan worden achterhaald door de actuele belangentoestand te vergelijken met de hypothetische belangentoestand die tot stand zou zijn gekomen indien het aansprakelijkheid genererend feit zich niet had voorgedaan. Deze *Differentzhypothese* integreerde het CSQN-verband, via de ‘omvang van de schade’, in het schadebegrip waardoor aan dat concept, althans naar de structuur, een causaal karakter werd toegedicht. Dat blijkt nu een onnodige vermenging van het CSQN-verband en het concept schade als zodanig. In feite wordt met de vergelijkingsmethode niet zozeer de omvang — en in die zin het bestaan — van de schade gemeten, maar alleen bepaald hoe groot de *vergoeding* moet zijn. Dat verklaart ook waarom de idee van een verloren kans ook vaak aan bod komt bij het procedé van zogenaamde schadebegroting. Telkens wanneer een schadebegroting werd uitgevoerd in termen van verloren kansen, ging het in werkelijkheid om het effect van de proportionele aansprakelijkheid ten belope van het CSQN-verband. Het gaat dan bij nader inzien niet om de begroting of raming van schade maar wel om de bepaling van de omvang van de schadevergoeding. De contaminatie van het schadebegrip door het criterium van het CSQN-verband is overigens de reden waarom de kansschade-hypothese in de Belgische doctrine zo lang overeind kon blijven.

51. Het is vanuit dit inzicht dan ook een goede zaak dat de auteurs van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek hebben gekozen om de kansschade-hypothese op doctrinaal niveau te vervangen door de proportionele aansprakelijkheid (art. 6.22 BW). Dat zij zich daarbij niet genoodzaakt zagen om de definitie van schade substantieel te wijzigen, spreekt boekdelen.

BESLUIT

52. De in deze bijdrage voorgestelde onderzoeksopzet tracht positief juridisch onderzoek, waarin een rechtsleer wordt geconstrueerd die het bestaande recht weergeeft, op een wetenschappelijke leest te schoeien. Kenmerkend is het uitgangspunt dat het recht bestaat uit de regels die in de uiteindelijke beslissingen die rechters nemen in geschillen (*i.e.* de rechtspraak of het geheel van de rechterlijke *dicta*), operationeel zijn. Zo kunnen de geformuleerde regels waarvan juristen aannemen dat ze het recht weergeven (de gangbare doctrine), aan deze rechtspraak worden getoetst en verworpen indien wat de rechters blijken te doen accurater kan worden weergegeven als de toepassing van andere of anders geformuleerde regels.

53. De (rechts)wetenschap is echter nooit af. De hier verdedigde stellingen zijn weergaven van de inhoud van het bestaande recht tijdens de onderzochte periode. Die theorieën moeten worden bijgesteld zodra iemand via toetsing op basis van wat rechters blijken te doen, aantoonst dat de rechtspraak van die periode beter of vollediger kan worden weergegeven door middel van andere regels. Ook als de beslissingspraktijk van rechters systematisch verandert, zal de doctrine via dezelfde methode moeten worden aangepast. Zo kan een dialoog ontstaan waarbij de 'juistheid' van stellingen, dat wil zeggen de waarachtigheid ervan, wordt aanvaard indien ze op een methodologisch correcte wijze tot stand zijn gekomen, en stellingen terzijde kunnen worden geschoven zodra blijkt dat ze de wetenschappelijke toets niet doorstaan. Die stellingen hoeven dan niet langer uitsluitend te worden beoordeeld op hun 'juistheid' en aanvaard of verworpen omdat ze resultaten opleveren die de academische jurist zelf om de een of andere, normatief onderbouwde reden, wenselijk of onwenselijk acht. Want laat ons eerlijk zijn, dat is wat de Belgische privaatrechtelijke literatuur nu te veel doet: (eventueel beargumenteerde) normatieve oordelen voorstellen als vaststellingen van bestaand recht.

Systematic Analysis of Case Law in the Age of Comprehensive Judicial Databases: Method, Sampling, and Research Implications

by Frederik PEERAER*

ABSTRACT

The emergence of comprehensive case law databases creates new opportunities for legal research by expanding both the empirical basis and the methodological possibilities of studying judicial practice. This article examines the systematic analysis of case law (SAC) as an approach designed to exploit these developments. SAC is presented not as a departure from traditional doctrinal analysis, but as its procedural intensification: by making corpus construction, sampling, coding, and interpretation explicit, it enhances transparency and strengthens the credibility of claims about the content of judicial decisions and about judicial behavior.

The article clarifies the research purposes for which SAC is particularly valuable and distinguishes between two main analytical orientations it can support: content analysis, focusing on the substantive meaning attributed to the law, and discourse analysis, examining how judicial reasoning is constructed and communicated. Special attention is devoted to sampling strategies, given their central importance for the validity and feasibility of systematic case law research. While SAC entails significant methodological demands, comprehensive databases such as the Belgian JustJudgment-database offer unprecedented opportunities to deepen our understanding of both the content of the law and the discursive practices of the judiciary.

L'émergence de bases de données jurisprudentielles exhaustives crée de nouvelles opportunités pour la recherche juridique en élargissant à la fois la base empirique et les possibilités méthodologiques de l'étude des pratiques judiciaires. Le présent article examine l'analyse systématique de la jurisprudence comme une approche conçue pour tirer parti de ces évolutions. L'analyse systématique de la jurisprudence n'est pas présentée comme une rupture avec l'analyse doctrinale traditionnelle, mais comme son intensification procédurale : en rendant explicites la constitution du corpus, l'échantillonnage, le codage et l'interprétation, elle accroît la transparence et renforce la crédibilité des affirmations relatives au contenu des décisions judiciaires et au comportement judiciaire.

* Assistant Professor Methods of Academic Legal Research and Legal Theory (Ghent University).

L'article précise les objectifs de recherche pour lesquels l'analyse systématique de la jurisprudence présente une utilité particulière et distingue deux principales orientations analytiques qu'elle peut soutenir : l'analyse de contenu, centrée sur la signification substantielle attribuée au droit, et l'analyse du discours, qui examine la manière dont le raisonnement judiciaire est construit et communiqué. Une attention particulière est accordée aux stratégies d'échantillonnage, compte tenu de leur importance centrale pour la validité et la faisabilité de la recherche systématique en matière de jurisprudence. Bien que l'analyse systématique de la jurisprudence implique des exigences méthodologiques importantes, des bases de données exhaustives telles que la base de données belge JustJudgment offrent des possibilités inédites d'approfondir notre compréhension tant du contenu du droit que des pratiques discursives du pouvoir judiciaire.

De opkomst van uitgebreide databanken met rechtspraak creëert nieuwe mogelijkheden voor juridisch onderzoek door zowel de empirische basis als de methodologische mogelijkheden voor het bestuderen van rechterlijke praktijken te verruimen. Dit artikel onderzoekt systematische rechtspraakanalyse als een benadering om deze ontwikkelingen te benutten. Systematische rechtspraakanalyse wordt niet voorgesteld als een breuk met traditionele rechtsgeleerde analyses, maar als een procedurele intensivering ervan: door de opbouw van het corpus, de steekproef-trekking, de codering en de interpretatie te expliciteren, vergroot zij de transparantie en geloofwaardigheid van uitspraken over de inhoud van rechterlijke uitspraken en over rechterlijk gedrag.

Het artikel verduidelijkt voor welke onderzoeksdoeleinden systematische rechtspraakanalyse in het bijzonder waardevol is en onderscheidt twee belangrijke analytische benaderingen die zij kan ondersteunen: inhoudsanalyse, gericht op de inhoudelijke betekenis die aan het recht wordt toegekend, en discoursanalyse, waarbij wordt onderzocht hoe rechterlijke redeneringen worden geconstrueerd en gecommuniceerd. Bijzondere aandacht gaat uit naar steekproefstrategieën, gelet op hun centrale belang voor de validiteit en haalbaarheid van systematische rechtspraakanalyse. Hoewel systematische rechtspraakanalyse aanzienlijke methodologische inspanningen vergt, bieden uitgebreide databanken zoals de Belgische *JustJudgment*-databank ongekende mogelijkheden om zowel onze kennis van de inhoud van het recht als van de discursieve praktijken van de rechterlijke macht te verdiepen.

INTRODUCTION

1. Traditionally, the case law that legal scholars study is but a small fraction of all judgments delivered. Official publications diffuse only a small selection, and any additional cases published in legal journals are not representative of the total population of judgments. In recent decades, however, much more comprehensive

case law databases have been created in Europe. Spain pioneered by making 1,150,000 judgments publicly available on 26 June 2006.¹ As of 2017, the database curated by the *Centro de Documentación Judicial* contained more than 6,000,000 cases.² In France, all case law of the *Cour de cassation* and the civil chambers of the *cours d'appel* should already be accessible. Other judgments of the judiciary (e.g., decisions of the courts of first instance) are progressively made available to the public. As of 31 March 2025, the *Judilibre* database contained more than 1,200,000 decisions.³ Belgium has the ambition to go even further. It strives to make all (pseudonymized) judgments of the judiciary, delivered after the register containing those judgments becomes operational, available to the general public. This means more than 1,000,000 judicial decisions⁴ will ideally be added and made publicly available each year.

2. Comprehensive case law databases create a wide range of potential benefits for legal research and legal practice. They improve accessibility to judicial decisions, reduce information asymmetries, and may enhance the accuracy of doctrinal analysis by mitigating publication bias and facilitating broader retrieval of relevant case law. They also open new avenues for studying judicial behavior, institutional practices, and the practical effects of legal reforms, thereby contributing to evidence-informed lawmaking and interdisciplinary inquiry.

The principal scientific added value of such databases, however, lies in their capacity to transform the empirical foundations of legal scholarship by enabling systematic and methodologically rigorous analysis of judicial decisions. When researchers can work with clearly defined corpora, transparent selection criteria, and scalable analytical tools, they are no longer confined to convenience samples or impressionistic generalisations about 'case law'. Instead, they can formulate claims about judicial practice that rest on explicit methodological choices and are open to scrutiny and replication. This shift does not replace traditional doctrinal analysis, but it strengthens its epistemic foundations by making visible the processes of corpus construction, sampling, coding, and interpretation that often remain implicit in doctrinal legal scholarship.

¹ Oficina de Comunicación del Consejo General del Poder Judicial, *CENDOJ 20 aniversario*, s.l.n.d., 20, <https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/CENDOJ/FICHEROS/20%20Aniversario%20Esp-Ing%20.pdf> (accessed 12 February 2026).

² See *ibid.*, 23.

³ S. ZIENTARA-LOGEAY and É. ROTTIER, 'La Cour de cassation à l'avant-garde de l'intelligence artificielle en matière de justice', *Les Cahiers de la Justice* 2025, p. 237, fn. 1.

⁴ For an overview of the number of cases dealt with by the judicial order between 2014 and 2023, see College van de hoven en rechtbanken, 'Kerncijfers van de gerechtelijke activiteit. De jaarlijkse statistieken van de hoven en de rechtbanken. Gegevens 2014-2023', <https://www.rechtbanken-tribunaux.be/sites/default/files/media/col/stat/keydata/kerncijfers-2014-23.pdf> (consulted 21 November 2024). For an overview of the number of cases dealt with by the *Cour de cassation* (which is not included in the aforementioned overview), see the *Annual Reports* of the *Cour*, available at <https://hofvancassatie.be/nl/Pub.html#sec-d415> (accessed 21 November 2024).

3. The present article focuses specifically on this methodological dimension. It does not attempt to examine the broader institutional, pedagogical or rule-of-law benefits that comprehensive databases may generate. Rather, its concern is with the opportunities and challenges associated with a systematic analysis of case law analysis (SAC) itself: what it entails, how it can be conducted, for which types of research it is particularly valuable, and which methodological decisions — especially regarding sampling — determine its validity and feasibility. By concentrating on systematic and methodologically rigorous analysis, the discussion aims to clarify how comprehensive databases can contribute to a more transparent and reliable understanding of judicial practice.

4. Although the potential of SAC has already attracted some scholarly attention, important gaps remain. Verbruggen and others (2021)⁵ provide valuable insights into specific applications and methodological approaches, including reflections on the relationship between SAC, doctrinal legal research, and empirical legal methods. Subsequent work has further examined how researchers engaging with SAC account for and justify their methodological choices.⁶ Nevertheless, a broader exploratory account of SAC in the context of comprehensive case law databases that systematically connects methodological foundations, research purposes, and analytical possibilities has not yet been developed. This article seeks to contribute to filling that gap.

Because the contributions in Verbruggen and others (2021) are written in Dutch, and because a clear understanding of the relationship between SAC and traditional doctrinal research is essential for assessing the method's strengths and limitations, this article also explicates that relationship. Its aim is to provide orientation and inspiration for legal scholars interested in formulating new research questions and addressing them through more systematic approaches. To that end, numerous illustrative examples are briefly discussed, without attempting an exhaustive treatment of particular techniques or databases.⁷ Equally outside the scope of this contribution, though highly relevant, is the potential role of generative artificial intelligence in supporting such research.⁸

5. This article consists of three substantive parts. After having introduced SAC as a perspective, I discuss its potential for both content and discourse analysis.

⁵ P. VERBRUGGEN (ed.), *Methoden van systematische rechtspraakanalyse*, The Hague, Boom Juridisch, 2021.

⁶ P. VERBRUGGEN and L. WIJNTJENS, 'Methodological accountability in systematic case law analysis: Empirical insights from the Netherlands', *European Journal of Empirical Legal Studies* 2025. See also the **extensive bibliographical references** at the end of that article.

⁷ For a discussion of the Belgian *JustJudgment* database, see e.g. M. VAN DER HAEGEN and J. VAN DONINCK, 'JustJudgment, het centraal register van beslissingen van de rechterlijke orde: een beknopte bespreking en analyse', *Rechtskundig Weekblad*, 2023-24, pp. 3 ff.

⁸ For the potential of semantic AI-systems for case law analysis, but not in the context of comprehensive databases, see e.g. J.E.C. GULYÁS, 'Rechtspraak semantisch doorzoeken met AI: kansen en beperkingen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2024/30.

As the amount of case law that comprehensive databases contain is too vast for researchers to scrutinize in its entirety, selecting cases is indispensable. Given that sampling methodologies are not required to answer questions addressed by traditional legal analyses of case law, they are little known in that field of enquiry. To fill that gap, the last part of this article offers an introductory overview of sampling, supported by examples drawn from Belgian legal scholarship using one or more of those methodologies in the context of SAC.

I. SYSTEMATIC ANALYSIS OF CASE LAW

A. Description

6. SAC can be described as a method (or rather more generally, a perspective) to analyze systematically and replicably the content or discourse of case law. The defining feature of SAC lies in its systematic character: it differs from more traditional, intuitive approaches to case law analysis by structurally and consistently employing coding techniques and specialised software such as NVivo, MAXQDA, or Atlas.ti. Although the adoption of SAC may instinctively suggest quantitative research designs, the approach is equally compatible with rigorous qualitative methodologies.⁹ Where qualitative applications of SAC focus on better understanding case law in its idiosyncratic complexity, quantitative applications strive to identify quantifiable trends or patterns. Qualitative inquiry may encompass a wide-ranging analysis of judicial discursive practices, including argumentative strategies in decisions concerning restrictive COVID-19 measures; modes of judicial reasoning and justification; the interpretative use of parliamentary materials; the relative prevalence of particular argumentative frameworks in tort and contract adjudication involving medical malpractice; judicial responses to claims of unforeseen circumstances in long-term B2B contracts; and the manner in which courts deciding on the merits engage with answers to preliminary references. Quantitative methodologies may be employed to map citation networks (by examining how judicial actors reference and rely upon prior decisions), to conduct longitudinal trend analyses aimed at diagnosing systemic dysfunctions, refining theoretical models and projecting future developments, and to assess structural differences among courts and tribunals, including regional and linguistic variation.

7. SAC should not be conceived as a methodological rupture with traditional doctrinal analysis, but rather as a procedural intensification of practices that legal scholars already perform. Doctrinal research has long involved selecting decisions,

⁹ See, next to the two examples discussed in the next section, the different examples mentioned in F. PEERAER and R.A.J. VAN GESTEL, 'Systematische jurisprudentieanalyse: een uitdaging voor onderwijs en onderzoek', in P. VERBRUGGEN (ed.), *Methoden van systematische rechtspraakanalyse*, The Hague, Boom Juridisch, 2021, pp. 191 et seq..

interpreting them, and generalising from them to broader claims about the law. SAC differs primarily in that it renders these steps explicit, structured, and open to scrutiny. In particular, SAC requires explicit attention for corpus construction and sampling, i.e., dimensions that have traditionally remained implicit in doctrinal scholarship. Conventional case law analysis often relies on published decisions, which effectively constitute a convenience sample shaped by editorial selection processes that are not always transparent. Although doctrinal scholars are generally aware that publication practices influence what becomes visible, the implications of this selection for the validity of general claims about scrutinized case law are rarely addressed systematically. SAC, by contrast, requires the researcher to define the population of interest, justify the inclusion and exclusion criteria, and adopt academically accepted sampling strategies¹⁰ so that conclusions about judicial practice rest on a clearly articulated empirical basis. The methodological contribution of SAC therefore lies less in its reliance on coding software than in the epistemic discipline it imposes: transparency in selection, consistency in qualification and intersubjectively controllable analytical procedures.

At the same time, SAC remains only one component of a broader methodological repertoire. In itself, it constitutes an abstract analytical approach that still requires specification through particular research strategies, such as content analysis, which focuses on what is communicated in judicial decisions, or discourse analysis, which examines how communication operates within legal reasoning and institutional contexts. These analytical orientations can be informed by diverse theoretical or normative frameworks and can be applied to a wide range of research questions in methodologically distinct ways. Because the distinction between content and discourse analysis has not traditionally occupied a central place in case law scholarship, further clarification is warranted.¹¹ Researchers considering SAC should therefore explicitly articulate the knowledge gap their study addresses and justify why SAC, given its specific analytical focus, is the most appropriate method for answering their research questions.¹² Without such justification, the adoption of SAC risks appearing as a purely technical innovation rather than a methodologically reasoned choice.

Moreover, SAC does not displace traditional interpretative analysis. Identifying patterns across large corpora of decisions is something SAC can facilitate, but interpreting and evaluating those patterns requires doctrinal expertise, familiarity with the literature and the capacity to situate empirical findings within broader legal debates. A profound knowledge of legal doctrine and its conceptual structures is

¹⁰ See *infra*, part III.

¹¹ See *infra*, part II.

¹² See in more detail F. PEERAER and R.A.J. VAN GESTEL, 'Systematische jurisprudentieanalyse: een uitdaging voor onderwijs en onderzoek', in P. VERBRUGGEN (ed.), *Methoden van systematische rechtspraakanalyse*, The Hague, Boom Juridisch, 2021, p. 191.

indispensable if SAC is to transcend the level of descriptive pattern detection and contribute meaningfully to legal scholarship. Depending on the research aims and questions, a traditional interpretative approach may therefore function as a complement to SAC or, in some cases, as a genuine and even preferable alternative. Methodological pluralism remains essential: the choice of method should follow from the research question rather than from the mere availability of analytical tools.

Practical considerations also play an important role. The structured and consistent use of coding techniques and specialized software packages to collect and analyze data requires substantial investments in training, time, and other resources, which are not always available.¹³ These constraints further underscore the importance of aligning methodological choices with research objectives. SAC offers significant opportunities to enhance transparency, rigor, and generalizability in case law research, particularly in the context of increasingly comprehensive judicial databases. Yet its value ultimately depends on its thoughtful integration with established doctrinal methods, rather than its substitution for them.

8. Apart from traditional interpretative analytical methods, numerous others might equally help to triangulate SAC. Suppose a researcher wants to learn more about the application of civil fines by judges, e.g., in the context of reckless and vexatious litigation (Article 780 of the Belgian Code of Civil Procedure). SAC can illuminate the courts' actual practices, but in-depth interviews with judges may substantially enhance understanding of the reasons why judges choose to impose or refrain from imposing such fines. Less commonly used methods can also complement SAC, such as survey experiments. Suppose one wants to know what objects 'vehicle' denotes in a hypothetical prohibition on vehicles in a park. The ordinary meaning of such a concept might not only be elucidated by making use of corpus methods (for this purpose, utilizing non-legal text corpora), but also by addressing surveys (in which different hypothetical scenarios are embedded) to a relevant group of respondents¹⁴, or even by combining those two methods with more traditional tools such as dictionaries, linguistic canons and intuition.¹⁵

B. Novelty

9. For legal scholars and practitioners alike, SAC might seem to open up a completely new avenue for legal research. This needs to be nuanced in two ways. First, text corpora have already been used in other disciplines (and/or other areas of the

¹³ Ibid., p. 199.

¹⁴ To what extent these two approaches yield similar results, is discussed in J. SYTSMAN, 'Ordinary Meaning and Consilience of Evidence', in K. PROCHOWNIK and S. MAGEN (eds.), *Advances in experimental philosophy of law*, s.l., Bloomsbury, 2023, pp. 171 et seq.

¹⁵ For a proposal to combine traditional tools with data from corpus linguistics and survey experiments, see K. TOBIA, J. EGBERT and T. R. LEE, 'Triangulating Ordinary Meaning', *Georgetown Law Journal Online*, 2023, pp. 23 et seq.

law, such as legal history). In linguistics, text corpora are used to analyze words, sentences and linguistic patterns and structures.¹⁶ Numerous text corpora have been built in different languages, sometimes comprising several million or even billion words.¹⁷ The Corpus of Contemporary Dutch (*Corpus Hedendaags Nederlands*) contains modern Dutch text material from the Netherlands, Flanders, Surinam and the Dutch Antilles.¹⁸ Since 2021, Dutch legal statutes dating from 1814 to 1989 have been removed from that corpus and published separately as the Corpus of Legal Dutch (*Corpus Juridisch Nederlands*). The advent of the Belgian *JustJudgment* database is perhaps not innovative in itself, but it can offer a wide array of new comparative linguistic research, e.g., by comparing language usage in Belgian legal opinions with the way Dutch is used in less specific contexts (which might teach us more about the accessibility and idiosyncrasy of legal language).

Second, text corpora are already used in both scholarly and practical legal research, especially in the US. Used to overcome the inherent limitations of dictionaries and personal intuitions in determining the ‘ordinary meaning’ of a word or concept, corpus linguistics is receiving increasing attention from American scholars and practitioners. Its potential has been discussed for statutory,¹⁹ constitutional²⁰ and contractual²¹ interpretation alike.²²

C. Types of research SAC can be used for

10. Given the versatility of SAC, there is no inherent restriction to a certain type of knowledge that it can help obtain: descriptive, explanatory, predictive, evaluative and prescriptive research can all benefit from SAC.

The added value of SAC in descriptive research is obvious. When research wants to chart court practices and the attitude of judges, SAC can be helpful without any doubt, e.g., in the following situations:

- SAC can help assess to what extent and in what circumstances minors older than twelve years or people suffering from mental illness are held liable for the damage they have caused.

¹⁶ See C. LASKE, ‘Corpus Linguistics: The Digital Tool Kit for Analysing Language and the Law’, *Comparative Legal History*, 2022, pp. 1 et seq.

¹⁷ See e.g. the American National Corpus, the French Frantext database, the German Reference Corpus (*Deutsches Referenzkorpus*).

¹⁸ For more details, see <https://chn.ivdnt.org/> (accessed 6 December 2024).

¹⁹ See e.g. T.R. LEE and S.C. MOURITSEN, ‘Judging Ordinary Meaning’, *The Yale Law Journal*, 2018, pp. 788 et seq.

²⁰ See e.g. T.R. LEE and J.C. PHILIPS, ‘Data-Driven Originalism’, *University of Pennsylvania Law Review*, 2019, pp. 261 et seq.

²¹ See e.g. S. C. MOURITSEN, ‘Contract Interpretation with Corpus Linguistics’, *Washington Law Review*, 2019, pp. 1337 et seq.

²² See in general e.g. S. GOŹDŹ-ROSKOWSKI, ‘Corpus Linguistics in Legal Discourse’, *International Journal for the Semiotics of Law*, 2021, pp. 1515 et seq.

- Regarding alimony for children, SAC can canvass which models to calculate the amount of alimony are used and can sketch the (hypothetical) differences between geographic areas.
- SAC can explore how criminal judges react to novel types of deviant behavior, e.g., when they are confronted with deep nudes while the legislature has not enacted specific regulations in this regard.

Other research might also benefit from SAC.²³ Explanatory research can gather the empirical data necessary to ascertain the existence of causal factors, thereby helping to make causal inferences and develop novel theories. It can fuel predictive ambitions since the identified factors might be used to estimate the outcome of specific cases. Evaluative research can equally build on explanatory knowledge gathered by SAC, as it can generate the data required to test hypotheses suggested in the literature. Prescriptive recommendations cannot be directly derived from SAC, but its findings may provide a necessary empirical foundation for advocating particular improvements. At a more practical level, for example, when assessing the impact of Book 5 of the Belgian Civil Code (Obligations) on legal practice, one relevant consideration may be whether judges have become more inclined than before to adapt contracts on the basis of unforeseen circumstances. If SAC reveals that the involvement of pro bono lawyers systematically negatively affects the outcome of cases for their clients, this insight could help to evaluate the system of pro bono lawyering. Going one step further, that information might be a reason to plead for revising that system (prescriptive knowledge). Of course, different types of knowledge can be combined in a single research project.

D. Added value

11. The broad range of research goals for which SAC might be used is closely related to the added value it provides for multiple types of research. For research that strives for academic relevance, SAC might give case law research an unprecedented impetus. Traditional, intuitive case law analysis often relies on published decisions, i.e., a convenience sample generated through editorial selection mechanisms whose criteria and processes often remain opaque. When unpublished case law is used, the author's informal connections or professional practice are often as indispensable as untransparent. When a large collection of relevant case law is available and only a fraction can be discussed, authors remain silent about sampling methods and inclusion or exclusion criteria. Moreover, the analytical process applied to such case law is often insufficiently transparent: case law surveys usually report only the interpretative conclusions drawn from the decisions, without detailing how those conclusions were reached.

²³ For examples, see *infra*, nrs. 15 et seq.

SAC can improve all those questionable practices. Case law research no longer relies on the selection practices of journals and/or professional access to case law: a comprehensive database gives access to all cases, period. Inclusion or exclusion criteria can be made explicit and well-established sampling techniques can be used.²⁴ To enhance the credibility, dependability and confirmability of interpretations, relevant choices can be consistently recorded by coding cases and the data they contain, e.g., by creating codebooks and other analytical materials (ranging from rudimentary Excel sheets to more sophisticated files created within software packages such as NVivo, MAXqda or Atlas.ti).²⁵

12. Independent of the scientific value of the research, both theoretical and practical research can benefit from SAC. Regarding theoretical research, SAC can yield empirical data required to test theories, aid in constructing them or spark normative debates. Based on the existing literature and traditional case law analysis, one might hypothesize that apologies offered by physicians for medical malpractice could be interpreted by judges as an acknowledgment of fault, thereby increasing the likelihood of liability. Lianne Wijntjens has conducted SAC to test that hypothesis and concluded that such an interpretation rarely occurs. Based on that information, she suggested that offering apologies might de-escalate the conflict. Others²⁶ have criticized this suggestion, warning of the risk that apologies may become instrumentalized and emphasizing that there is currently no evidence that offering apologies leads to fewer legal proceedings. In turn, that discussion might spark interest in debating fundamental choices and normative positions in this regard. What is the value of instrumentalization? To what extent could or should it be considered a bad thing? Could and/or should the finality of apologies be limited to reducing the amount of legal proceedings? If not, how could or should those finalities be weighed?

Legal research with a practical focus, i.e., with direct relevance for legal practitioners, might equally use SAC to its advantage. The restricted accessibility of Belgian judicial case law inevitably confronts legal practitioners with uncertainty as to how courts operate in practice. It is often largely unknown to the general public how judges adjudicating on the merits interpret ambiguous statutory provisions, fill gaps in the law or balance competing values and interests. SAC may help clarify the specific meaning that courts attribute to open norms, such as the ‘rules of the art’ in construction disputes or the proportion of damages tortfeasors are required to bear when multiple parties are liable, e.g., in traffic accidents.

²⁴ See *infra*, part III.

²⁵ For a more detailed discussion and a practical example, see Victor Godart’s contribution in the previous issue.

²⁶ See e.g. V. GEERAETS and R. MAAS, ‘Excuses belicht vanuit multidisciplinair perspectief’, *Nederlands Juristenblad*, 2020, pp. 2463 et seq.

II. TWO TYPES OF ANALYSIS

13. As noted before,²⁷ SAC may focus both on the content of communication (content analysis) and on the way communication is used (discourse analysis [DA]). This section provides a brief overview of how SAC can be applied in relation to these two types of analysis.

A. Content analysis

14. Focusing on what someone does (writes, says...) can be done from multiple perspectives, ranging from normative to factual and everything in between. Doctrinal legal scholars and legal practitioners are most acquainted with analyzing texts to ascertain the meaning of the law in a specific case from an internal point of view: is a specific type of behavior allowed or not? If not, what are the legal consequences? As the meaning of the law cannot be objectively described, but only argumentatively advocated, the primordial focus of these types of content analysis can be dubbed normative. From this perspective, case law is considered a source of knowledge about the law, i.e., a body of authoritative statements on the content of the law. Conventional case law overviews aim to identify and summarize the most noteworthy developments in judicial reasoning, thereby enhancing legal certainty, e.g., by clarifying how vague or ambiguous terms are interpreted in practice. Comprehensive databases of judicial opinions present a major advantage. When such overviews are based on a large corpus and conducted systematically, their contribution to legal certainty may increase substantially. Only by analyzing larger groups of similar cases can overall patterns be discerned, and it is the designation of those patterns that can guide those interested in the content of the law.

Even if the ultimate goal of the research is to contribute to legal certainty, SAC will start by describing relevant aspects of the cases under investigation. Researchers pursuing different objectives may describe and analyze the content of such cases with alternative aims, e.g., to help address an identified gap in the existing body of knowledge, so without any specific aim to develop the law further from an internal point of view. Both quantitative and qualitative studies can be used in this regard.

Numerous examples illustrate the wide range of perspectives that can be employed in content analysis. The following paragraphs contain examples of that diversity.

15. In her PhD research, Ann-Sophie Vandaele²⁸ examined the requirement of having a sufficient interest to have standing before the *Conseil d'Etat* to seek annulment. How was that requirement interpreted? Was that interpretation compatible

²⁷ See *supra*, nr. 7.

²⁸ A.-S. VANDAELE, *Procesbelang bij de Raad van State en het recht op toegang tot een rechter*, Bruges, die Keure, 2019.

with the right to a fair trial? First, her systematic analysis of approximately 1,000 cases did not reveal a clear or meaningful interpretative trend. If anything, the facets attributed by legal scholars to the interest requirement — namely that the interest must be direct, certain, personal, legitimate and present — often bear little meaning in practice, which negatively affects the criterion of foreseeability. Second, the *Conseil d'Etat* appears to impose two requirements for an applicant to have an 'interest' in annulment: (1) a causal connection between the contested administrative act and the harm suffered by the applicant should exist, and (2) the applicant has not already obtained satisfaction outside the administrative procedure. According to Vandaele, both requirements are problematic and difficult to reconcile with the interpretation of Article 6 of the European Convention on Human Rights (hereinafter 'ECHR') adopted by the European Court of Human Rights (hereinafter 'ECtHR'). These findings are of immediate relevance to both lawyers and judges, as they can be directly incorporated into their argumentative practices.

16. Another SAC wanted to clarify what *de facto* partners quarrel about in courts.²⁹ The analysis of 778 court decisions revealed that the overwhelming majority of cases had a similar pattern: two *de facto* partners jointly buy a residence, decide to stop the relationship, but do not reach an agreement on the allocation of the residence (and the accompanying compensation). The authors suggest that any future legislation on *de facto* cohabitation contain explicit rules on that topic. Another cause of disputes can be found in investments in the property of the (former) *de facto* partner. Here, the authors plead for legislative intervention, as the outcome of these cases is, in their view, rarely satisfying. Judges and lawyers might not immediately benefit from those insights, but their normative import is perhaps even greater.

17. One example of a quantitative study that has systematically analyzed case law without any specific aim to further develop the law from an internal point of view or to advocate legislative intervention is Josephine De Jaegere's PhD research.³⁰ Constitutional courts can exert a great influence on both current and future legislation. Consequently, it is important to understand how these courts reach their decisions and what factors influence them. Three major models emerge in the literature to explain and predict judicial decisions. One is the so-called 'strategic model,' which posits that judges seek to maximize their influence while remaining aware of the institutional and decisional context in which they operate. Although this model aligns well with the political context of many European civil law countries, relatively few studies by European scholars have tested the strategic

²⁹ E. GOOSSENS *et al.*, 'Waarover maken feitelijke samenwoners ruzie?', *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2023, pp. 405 et seq.

³⁰ J. DE JAEGERE, *Judicial Review and Strategic Behaviour*, Cambridge, Intersentia, 2019.

model. To address this gap, she analyzed 3,145 cases, namely all decisions of the Belgian Constitutional Court (BCC) from 1985 until 2015. One hypothesis being that the BCC behaves differently in salient cases, she analyzed how different indicators of case salience (e.g., being discussed in media before the decision, the involvement of a large and/or diverse group in the procedure, the number of judges adjudicating the case) could be measured and integrated into explanatory statistical models on the strategic behavior of the Court. Subsequently, she investigated to what extent those indicators might explain three aspects of a judgment that the BCC could strategically adapt when it expects resistance, i.e., its *dictum*, citation practices and application of the proportionality test. Without a comprehensive dataset, the explanatory power of the study would have been severely limited.

18. Benjamin Meeusen's PhD research focused on the varying intensity of the judicial review by the BCC.³¹ He conducted a SAC to describe and explain the variations in that intensity. In total, he scrutinized 613³² cases from a primarily qualitative perspective. The underexplored nature of the topic made it necessary to map the identification and interpretation of review techniques, thereby requiring scrutiny of text fragments that leave considerable room for interpretation.³³ The SAC led him to conclude that the BCC's practice concerning the intensity of judicial review lacks conceptual precision, predictability, and theoretical grounding. These findings enabled him to confront the theoretical framework with empirical observations and to explore possible explanations for the divergences between theory and practice. At a later stage, he examined whether the BCC's intensity of judicial review is legitimate and, if not, how its review practice might be adapted in response to that criticism. In his opinion, the BCC does not optimize the rule-of-law principles of accessibility, stability, legal equality and effective legal protection. Further research, including (but not limited to) the progressive elaboration of a comprehensive doctrine in this regard, is a necessary part of the answer.

B. Discourse analysis

19. Certainly in Belgian legal scholarship, legal texts³⁴ (including case law) are primarily studied to identify substantive patterns, themes, assumptions and meanings. In this regard, researchers would like to know what the text tells us, by looking at the manifest or latent content of the text (e.g. explicit words, sentences,

³¹ B. MEEUSEN, *Variërende toetsingsintensiteit in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2024.

³² On the sampling method, see *infra*, part III.

³³ B. MEEUSEN, *Variërende toetsingsintensiteit in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2024, pp. 92-93, nr. 92.

³⁴ As this contribution is about case law, I limit myself to texts. It goes without saying that any type of communication (written, spoken, visual...) can be analyzed.

concepts...), whether it be directly connected to the meaning of prescriptive rules (what is or is not allowed according to the text?) or rather to a more general meaning as studied by social scientists from an external point of view. The advent of comprehensive case law databases paves the way for legal research with a different focal point, shifting attention from the communicative content of judicial texts to the manner in which that content is conveyed. How and why something is written is of pivotal importance. To understand this, attention must be directed to the underlying assumptions, power dynamics, and the broader social, cultural, historical, and institutional contexts that shape both the message and its formulation. This also holds for law in general and case law in particular: law is woefully misunderstood if it is reduced to a collection of artifacts, without having an eye for the performative behavior that applies those artifacts in real-life situations. Law in general and case law in particular can (and should) be equally worthy of DA, 'because language is the essential mechanism through which the power of the law is realized, exercised, reproduced, and occasionally challenged and subverted'.³⁵

20. This section does not aim to provide an in-depth analysis of the differences between content analysis and DA, nor a precise definition of discourse. Many other, much more specialized studies have already done so.³⁶ As the main goal of this contribution is to inspire future research to use comprehensive case law databases creatively, I limit myself to giving some examples of approaches and their constituent building blocks that (Belgian) legal scholars might consider. The implications of large text corpora on DA have already been extensively discussed in the literature and will therefore not be addressed here.³⁷

In the following paragraphs, I briefly discuss one approach with a normative finality (critical discourse analysis [CDA]) and different types of DA (rhetorical, argumentation, narrative, framing, sentiment and attitudinal analysis). Those latter types are best considered flexible building blocks usable for numerous research goals, ranging from purely descriptive purposes to making normative and policy

³⁵ J. CONLEY *et al.*, *Just Words: Law, Language and Power*, Chicago, University of Chicago Press, 2019, p. 190. See, in general, e.g. P. GOODRICH, *Legal Discourse*, London, Palgrave Macmillan, 1987.

³⁶ For 'content analysis', see e.g. K. NEUENDORF, *The Content Analysis Guidebook*, Thousand Oaks, Sage, 2017; K. KRIPPENDORF, *Content Analysis: An Introduction to Its Methodology*, Thousand Oaks, Sage, 2019. For 'discourse analysis', see e.g. N. FAIRCLOUGH, *Language and Power*, London, Routledge, 2015; B. JOHNSTONE, *Discourse Analysis*, Hoboken (NJ), Wiley, 2018; J.P. GEE, *Introducing Discourse Analysis: From Grammar to Society*, London, Routledge, 2017.

³⁷ See e.g. L. FLOWERDEW, 'Corpus-Based Discourse Analysis', in M. HANDFORD and J.P. GEE (eds.), *The Routledge Handbook of Discourse Analysis*, London, Routledge, 2023, pp. 126 et seq.; C. ANCARN, 'Corpus-Assisted Discourse Studies', in A. DE FINA and A. GEORGAKOPOULOU (eds.), *The Cambridge Handbook of Discourse Studies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 165 et seq. For a diverse and broad overview, see e.g. E. FRIGAL and J.A. HARDY (eds.), *The Routledge Handbook of Corpus Approaches to Discourse Analysis*, London, Routledge, 2020. For a contemporary overview in French, see e.g. D. CAILLAT and B. VERINE, *Manuel d'analyse du discours : perspectives contemporaines*, Antwerp, De Boeck, 2024; G.-E. SARFATI, *Éléments d'analyse du discours*, Paris, Armand Colin, 2019.

recommendations. It is therefore possible, though not necessary, to incorporate them into research adopting a critical perspective.

21. Bringing critical social analysis to discourse, CDA investigates the relations between discourse and other social elements, e.g., power relations, ideologies, institutions and social identities.³⁸ Research embracing CDA often has an explicitly normative goal, e.g., to contribute to social change by uncovering injustices and empowering marginalized voices. To uncover those injustices, attention can, e.g., be devoted to how individual and common actions and discursive practices are inspired and (not necessarily consciously) motivated by structural orders, e.g., dominant social norms and/or political ideologies.³⁹ As there are numerous ways to be 'critical', many approaches exist within CDA. Three major ones, tracing back to the early 1990s, are Ruth Wodak's discourse-historical approach, Teun Van Dijk's socio-cognitive approach and Norman Fairclough's dialectical-relational approach.⁴⁰

22. How judges argue and how they instrumentalize rhetorical strategies are obvious candidates for further discursive analysis, as judicial opinions are specific rhetorical and argumentative devices, aimed at convincing an audience that the verdict is justified (or at least acceptable). Scholarship sometimes distinguishes between 'argumentation analysis' and 'rhetorical analysis'. As multiple views exist in the literature on the relationship between 'rhetoric' and 'argumentation'⁴¹, the following rudimentary, overly simplified distinction does not claim to offer a neat criterion to demarcate both concepts.⁴² In this view, 'argumentation analysis' concerns the validity (including soundness) and structure of arguments. Does the author's argument follow logical principles and avoid fallacies? What materials does the author use to corroborate a certain position? What type of argumentation is used? Numerous argumentation schemes are elaborated in scholarship,⁴³ enabling both synchronic and diachronic analyses of case law to assess whether,

³⁸ See e.g. N. FAIRCLOUGH, 'Critical Discourse Analysis', in M. HANDFORD and J.P. GEE (eds.), *The Routledge Handbook of Discourse Analysis*, London, Routledge, 2023, pp. 12 et seq. For a practical approach, see e.g. D. MACHIN and A. MAYR, *How to Do Critical Discourse Analysis*, Los Angeles, Sage, 2023.

³⁹ See e.g. N. FAIRCLOUGH, *Critical Discourse Analysis. The Critical Study of Language*, London, Routledge, 2010.

⁴⁰ For a general overview, see N. MONTESANO MONTESSORI *et al.*, *Kritische discoursanalyse*, Brussels, ASP, 2012. For a succinct overview of those and other approaches, see R. WODAK and M. MEYER (eds.), *Methods of Critical Discourse Studies*, Los Angeles, Sage, 2016.

⁴¹ See J.A. BLAIR, 'Rhetoric and Argumentation', in J.A. BLAIR and C.W. TINDALE (eds.), *Groundwork in the Theory of Argumentation*, Dordrecht, Springer Netherlands, 2012, pp. 309 et seq.

⁴² Compare e.g. the content of the two following contributions, which partially overlaps: C. POSCH, 'Rhetorical Analysis', in R. WODAK and B. FORCHTNER (eds.), *The Routledge Handbook of Language and Politics*, London, Routledge, 2017, pp. 247 et seq.; R. AMOSSY, 'Understanding Political Issues through Argumentation Analysis', in R. WODAK and B. FORCHTNER (eds.), *The Routledge Handbook of Language and Politics*, London, Routledge, 2017, pp. 262 et seq.

⁴³ See e.g. in general D. WALTON *et al.*, *Argumentation Schemes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; in the context of statutory interpretation e.g. D. WALTON *et al.*, *Statutory Interpretation. Pragmatics and Argumentation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

e.g., regional, hierarchical, temporal differences or differences between types of courts (labor courts, business courts, family courts...) do exist concerning the prevalence of certain types of arguments and related schemes. 'Rhetorical analysis' might then rather focus not on the content of the arguments themselves, but on their strategic employment. Whom does the author try to convince? Why that audience? What rhetorical appeals, e.g., *logos* (logical reasoning), *ethos* (credibility) or *pathos* (emotional appeal), are used? How are the message's tone, language and presentation to be evaluated? What figures of speech (on a semantic ⁴⁴ level, e.g., euphemisms, metaphors, metonymy) are used? Do they contribute to producing the intended effect?

In reality, the sketched difference is perhaps best viewed as a crude designation of two extremes on a continuum. More often than not, research in this regard will combine aspects of both types of analysis. The *topos* of human dignity can, for example, be studied from both perspectives, focusing both on its substantive content and on its strategic deployment in case law (e.g., that of the ECtHR or the International Court of Justice). ⁴⁵ Metaphors and metonymies can also be studied in such a bifold way. When viewed as tools for engaging the audience, evoking emotions and/or enhancing the author's *ethos*, their rhetorical function dominates. But they can equally be linked to the actual content of the arguments used, e.g., when a metaphor or metonymy distorts or oversimplifies an argument. In this case, their analysis can contribute to critiquing the validity or soundness of the legal argument. Already used in analyzing legal scholarship ⁴⁶ and legislation, ⁴⁷ this lens might also yield interesting results when applied to a comprehensive collection of case law.

23. When they focus on the persuasive and interpretive strategies used in communication, narrative analysis and framing analysis can be viewed as specific tools of rhetorical analysis. Narrative analysis ⁴⁸ explores the structure, content, function and elaboration of stories within discourse. ⁴⁹ It examines how events are organized

⁴⁴ Figures of speech can also relate to phonology, morphology or syntax. See C. POSCH, 'Rhetorical Analysis', in R. WODAK and B. FORCHTNER (eds.), *The Routledge Handbook of Language and Politics*, London, Routledge, 2017, pp. 255 et seq.

⁴⁵ See e.g. F.O. PINHO, *Menschenwürde als Topos im Völkerrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2023.

⁴⁶ See e.g. F. PEERAER, *Nietigheid en aanverwante rechtsfiguren in het vermogensrecht*, Antwerp, Intersentia, 2019, pp. 65 et seq. and 86 et seq. (analysing and criticizing metonymical associations and metaphors in Belgian doctrines on the invalidity of legal acts).

⁴⁷ See e.g. F. PEERAER, 'Totstandkoming, geldigheid en interpretatie van contracten en eenzijdige rechtshandelingen: inhoudelijke vernieuwingen, herformuleringen en metonymieën', *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2024, pp. 1135 et seq. (analysing metonymical associations in certain parts of Books 1 and 5 of the current Belgian civil Code).

⁴⁸ See in general, A. DE FINA and A. GEORGAKOPOULOU (eds.), *The Handbook of Narrative Analysis*, Chichester, Wiley, 2015; M. LIVHOLTS and M. TAMBOUKOU, *Discourse and Narrative Methods*, Los Angeles, Sage, 2015.

⁴⁹ J. THORNBORROW, 'Narrative Analysis', in M. HANDFORD and J.P. GEE (eds.), *The Routledge Handbook of Discourse Analysis*, London, Routledge, 2023, pp. 263 et seq.

into a coherent sequence, paying attention to, e.g., the overall plot, setting, and characters. How human intentions are investigated (particularly relevant in both criminal and civil law) and how language can be used to shape people's actions (e.g. how case law narratives might influence lawyers to accept a verdict or, in salient cases, how judges might try to steer media perception of a case) are but two examples of narrative questions one can study by using case law.⁵⁰

24. When part of an encompassing narrative, frames are used by storytellers to emphasize certain aspects of events or issues while omitting others, thus introducing axiological and ideological dimensions in those events or issues. Think of describing children as 'illegitimate' when their parents were not married, framing the outcome of (controversial) legal cases as 'class justice' (*klassenjustitie*) or designating judges as 'other-worldly' (*wereldvreemd*). Laura Ervo's research on the hidden meanings in the case law of the ECtHR⁵¹ can illustrate the relevance of studying frames in case law. The language used in three Grand Chamber precedents examined (including references to proper prosecution, the public interest and the need for consistent punishment) suggests that the ECtHR's attitude towards suspects has become more stringent over time. According to Ervo, the ECtHR now places greater emphasis on the public interest in the investigation of crimes than on the right to a fair trial, which had predominated in earlier periods. In her view, the Court has thereby altered the substance of Article 6 ECHR without doing so transparently.

Comprehensive case law databases open up new research avenues in relation to frames and framing in at least three respects. First, they may help to illuminate shifts in the meaning attributed to legal provisions, as in Ervo's research, but on a much larger scale. Second, they can clarify how judges present their understanding of the issues in a case, i.e., how they frame the (legal) facts and why they adopt a particular framing. Different framing techniques have been described and discussed from the perspective of lawyers.⁵² Yet, how judges use those (and other) frames is something we still know very little about, especially in a Belgian context. Third, possibly intertwined with the former ways, the framing power of figures of speech (especially metaphors and metonymies) can be scrutinized on a larger scale.⁵³

⁵⁰ See, for a similar stance in the context of policy research, M. VAN HULST *et al.*, 'Discourse, framing and narrative: three ways of doing critical, interpretive policy analysis', *Critical Policy Studies*, 2024, p. 8.

⁵¹ L. ERVO, 'The Hidden Meanings in the Case Law of the European Court for Human Rights', *Semiotica*, 2016, p. 209.

⁵² See e.g. F. PEERAER and G. ROUVROY, 'De andere kant van de maan: constructivisme, narratieën en (rechts)feitenvorming', in M.E. STORME, *et al.* (eds.), *Vijftig jaar het beleid van de rechter*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2024, p. 423 et seq. with further references.

⁵³ See e.g. Z. DEMJÉN and E. SEMINO, 'Metaphor, Metonymy and Framing in Discourse', in A. DE FINA and A. GEORGAKOPOULOU (eds.), *The Cambridge Handbook of Discourse Studies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, pp. 213 et seq.; Z. KÖVECSES, 'Metaphor and Discourse: A View From Extended Conceptual Metaphor Theory', M. HANDFORD and J.P. GEE (eds.), *The Routledge*

25. Judges may struggle to find an equilibrium between delivering a conclusion that derives with the force of logic from evident assessments of law and fact, and making tough decisions in cases that are far from clear-cut. How judges try to strike such a balance can be observed by paying attention to cues of the sentiments they express or the attitudes they demonstrate in their verdicts.

Sentiment analysis identifies and classifies opinions or feelings expressed to determine if the attitude is negative, neutral or positive. In this type of analysis, the presence and intensity of opinions or feelings take a central position — whether, and if so, why and how voiced sentiments impact the audience is a question for rhetorical analysis.⁵⁴ Adjectives indicating sentiments can be ‘thin’, i.e., merely expressing approval or disapproval (e.g., ‘good’ and ‘bad’), or ‘thick’, i.e., combining a descriptive feature with a positive or negative evaluation (e.g., ‘generous’ combines ‘willingness to share limited resources with others’ with a positive evaluation). Pascale Willemsen and others⁵⁵ have analyzed the prevalence of thick adjectives indicating sentiments in public discourse (a Reddit-based corpus) and judicial opinions (court opinions of the US Courts of Appeals) to assess how strongly evaluative legal scholars use thick terms like ‘illegal’ and ‘dishonest’ and whether there are differences between legal and ordinary discourse in terms of how those terms are used. They conclude that thick terms are used more descriptively in legal discourse compared to ordinary discourse.⁵⁶ *JustJudgment* and the availability of non-legal Dutch or French corpora⁵⁷ enable researchers to conduct similar research in a Belgian context.

Attitudinal analysis zooms in on expressions that showcase non-logical convictions, especially in the use of adverbs to underscore their attitudinal viewpoint. Research in the US has shown that attitudinal and emphatic expressions (e.g., attitudinal expressions as *appropriately*, *correctly*, *importantly* and *properly*, and intensifying expressions as *simply*, *indeed*, *merely* and *plainly*) are much more prevalent in the opinions of appellate judges than other registers of written English.⁵⁸ Especially in dissenting opinions, adverbs are also used to express

Handbook of Discourse Analysis, London, Routledge, 2023, pp. 170 et seq. For practical guidance, see e.g. P. CANNING and B. WALKER, *Discourse Analysis. A Practical Introduction*, London, Routledge, 2024, Chapter 8.

⁵⁴ See *supra*, nr. 21.

⁵⁵ P. WILLEMSSEN *et al.*, ‘Examining Evaluativity in Legal Discourse: A Comparative Corpus-Linguistic Study of Thick Concepts’, in K. PROCHOWNIK and S. MAGEN (eds.), *Advances in experimental philosophy of law*, s.l., Bloomsbury, 2023, pp. 192 et seq.

⁵⁶ For discussion, see P. WILLEMSSEN *et al.*, ‘Examining Evaluativity in Legal Discourse: A Comparative Corpus-Linguistic Study of Thick Concepts’, in K. PROCHOWNIK and S. MAGEN (eds.), *Advances in experimental philosophy of law*, s.l., Bloomsbury, 2023, pp. 206 et seq.

⁵⁷ See *supra*, nr. 9.

⁵⁸ E. FINEGAN and B.T. LEE, ‘Corpus Linguistic Approaches to Legal Language: Adverbial Expression of Attitude and Emphasis in Supreme Court Opinions’, in M. COULTHARD *et al.* (eds.), *The Routledge Handbook of Forensic Linguistics*, London, Routledge, 2021, pp. 48 et seq.

disdain or (not necessarily sincere) disbelief.⁵⁹ In a Belgian context, Dutch or French attitudinal expressions are less likely to occur, given the traditional syllogistic argumentative style. Paradoxically, that could also stress the relevance of attitudinal analyses. As courts increasingly feel the disadvantages of such a syllogistic argumentative style, this can be the occasion *par excellence* to detect regional, linguistic and/or hierarchical differences in the willingness to unveil the person behind the judgment.

III. SELECTING CASES: THE ISSUE OF SAMPLING

26. SAC should not be chosen lightheartedly as an approach. A systematic scrutiny of case law raises the bar for researchers, as it requires strict rigor in selecting and coding cases, and in documenting and analyzing data. Luckily, such rigor is nothing new in social scientific research: numerous handbooks guide researchers in SAC to meet all relevant requirements for sound research.⁶⁰ This part will not give a brief and unnuanced summary of those requirements, but addresses only one of them, namely the issue of sampling: how can researchers interested in SAC select, in a database containing millions of judicial opinions, in a methodologically defensible way, a number of them that is feasible for research?

27. Multiple strategies exist to narrow the amount of relevant case law to be analyzed. Delineating the temporal scope is the first step. Instead of conducting a diachronic analysis over entire decades, it may also be sufficient to focus on one or a few years. Such a temporal delimitation, however, is not sufficient in itself to render the research manageable. Additional strategies are therefore required, e.g., by restricting the study's spatial, linguistic, and/or substantive scope. One might examine the case law of all Belgian courts, or focus exclusively on courts located in Flanders, Brussels or Wallonia. A partially overlapping but distinct option would be to analyze only decisions drafted in Dutch or French. Ultimately, refining the substantive focus of the research may be the most decisive factor in ensuring feasibility. Instead of researching to what extent the guidelines in the so-called 'indicative table' (i.e. a list of fixed damages used as a guide for assessing damages that cannot be calculated in concrete terms) are followed for moral damages, such research can be narrowed down to specific categories of moral damages, e.g. moral damages for the loss of a child as a result of a traffic accident.

⁵⁹ For examples, see E. FINEGAN, 'Discourses in the Language of the Law', in M. HANDFORD and J.P. GEE (eds.), *The Routledge Handbook of Discourse Analysis*, London, Routledge, 2023, pp. 577 et seq.

⁶⁰ See e.g. for content analysis K. NEUENDORF, *The Content Analysis Guidebook*, op. cit., supra note 36; J. SALDAÑA, *The Coding Manual for Qualitative Researchers*, Los Angeles, Sage, 2013; for discourse analysis CANNING and B. WALKER, *Discourse Analysis. A Practical Introduction*, London, Routledge, 2024.

28. Even when taking the aforementioned strategies into account, sampling methods remain crucial, as it cannot be excluded that the relevant population is too large to be studied in its entirety. It is customary to distinguish between two types of processes for selecting a subset of cases from a larger population, namely probability sampling and non-probability sampling.⁶¹

29. Probability sampling aims to select a sample representative of the population, thus allowing researchers to make statements about the sample that are generalizable to that population. This requires that the population is homogenous — all units have comparable characteristics — so there is no risk of missing relevant aspects of the population. Furthermore, the sample must be taken randomly, i.e., all cases in the population must have an equal chance of being selected for the sample.

Several probability sampling techniques exist.⁶² The two basic forms, from which multiple others are but variations, are simple random sampling (SRS) and systematic sampling. SRS can be done in several ways, e.g., if the sampling frame is numbered, by using a random number generator.⁶³ Systematic sampling refers to selecting every *xth* case over time or from the sampling frame. Instead of analyzing thirty years of case law, one could sample, e.g., only every third year. A similar approach could be applied to all cases decided by a court in a given year: rather than analyzing the entire set of relevant cases, one could select every *xth* case.

Primary variations of SRS and systematic sampling include cluster sampling and stratified sampling, which can be performed in multiple stages or combined, either with each other or with other techniques. Cluster sampling involves selecting a random subgroup of a population and then including all units within that subgroup. When researching courts of first instance, one could randomly select a limited number of those courts and then investigate all their cases. In stratified sampling, the population is segmented into distinct subgroups based on characteristics relevant to the research. Suppose the population of interest consists of all judicial decisions adjudicating the merits of a case. In that population, multiple subgroups might be identified, using stratification criteria, e.g., ‘case type’ (including civil, commercial, criminal and labor cases), ‘court type’ (including justices of the peace, courts of first instance — with further subdivisions — courts of appeal...). In the next step, a simple random or systematic sample is drawn from each subgroup. The principal advantage of this approach is that all relevant subgroups are represented in the sample, thereby reducing sampling error. Without stratification, there is a risk of inadvertently obtaining a sample that disproportionately represents one subgroup or fails to include smaller but important groups. Judgments of the *Cour de cassation*

⁶¹ See in general e.g. E.R. BABBIE, *The Practice of Social Research*, s.l., Cengage, 2020, pp. 187-227.

⁶² For an overview in the context of content analysis, see K. NEUENDORF, *The Content Analysis Guidebook*, Thousand Oaks, Sage, 2017, pp. 125 et seq.

⁶³ See e.g. <https://www.random.org/integer-sets/> (accessed 16 December 2024).

concern not only private and public law ('C-cases'), tax law ('F-cases'), criminal law ('P-cases') and social law ('S-cases') but also disciplinary law ('D-cases'), legal aid ('G-cases') and preliminary questions referred to the *Cour* ('H-cases'). Without stratified sampling, D-, G-, and H-cases may be inadequately represented or entirely overlooked, given their relatively low frequency compared with other case types.⁶⁴

30. Non-probability sampling refers to sampling methods where not all cases of the population have an equal chance of being selected. Because the sample is not representative of the population, findings derived from it cannot be generalized. The purpose of non-probability sampling techniques is therefore not to support generalizable claims, but to generate in-depth qualitative insights and a richer understanding of the cases under investigation.

In traditional case law analysis in Belgium, convenience and snowball sampling are often used to select cases. Convenience sampling involves selecting cases on the basis of ease of access, typically by analyzing only published case law. Snowball sampling refers to the identification and accumulation of cases through their connections to other cases. Case law can, e.g., be found by consulting legal scholarship, which can then point toward relevant cases.

SAC requires more transparency regarding the selection of cases. The selection procedure and criteria are of utmost importance, also in this context, as the precision and rigor of qualitative research depend on the ability to represent relevant characteristics.⁶⁵ In criterion sampling (also called judgmental or purposive sampling), cases are selected based on the researcher's judgment about which cases will be the most useful.⁶⁶ The research aims and questions will determine when a case can be considered useful. Suppose you want to conduct qualitative DA on the way judges who decide on the merits of a case use or do not use a specific set of framing techniques. Against that background, it might be understandable to exclude judgments of the *Cour de cassation*, because they do not possess certain characteristics relevant to your research objectives. It might be equally useful to exclude all (other) cases in which almost nothing is said about the facts, so you could also consider excluding cases in which the part on the facts contains fewer than a specified number of words. Numerous approaches to purposive sampling exist, e.g., homogeneous sampling, heterogeneous sampling, deviant (or extreme case) sampling, intensity sampling, typical case sampling, stratified purposive sampling and critical case sampling.⁶⁷

⁶⁴ See the Annual Report of the *Cour de cassation* 2023, nrs. 19 ff., accessible at hofvancassatie.be/2023/Jaarverslag/pdf/Het_Hof_van_Cassatie_in_cijfers.pdf (accessed 16 December 2024).

⁶⁵ J. RITCHIE *et al.*, 'Designing and Selecting Samples', in J. RITCHIE and J. LEWIS (eds.), *Qualitative Research Practice*, Los Angeles, Sage, 2003, pp. 82 et seq.

⁶⁶ E.R. BABBIE, *The Practice of Social Research*, s.l., Cengage, 2020, p. 193.

⁶⁷ For more information, see J. RITCHIE *et al.*, 'Designing and Selecting Samples', in J. RITCHIE and J. LEWIS (eds.), *Qualitative Research Practice*, Los Angeles, Sage, 2003, pp. 79-80; U. FLICK, *An Introduction to Qualitative Research*, Los Angeles, Sage, 2018, p. 181.

Quota sampling seeks to produce a sample that reflects the composition of the population by maintaining proportional representation of cases within specified categories. Those categories can be any relevant element, e.g. case types (civil, criminal, commercial, labor, family...), hierarchical level (*Cour de cassation*, courts of appeal, courts of first instance, justices of peace), subject matter (any possible discussion of positive law), periods (distinguishing between prior and post a specific event), types of parties involved (private vs. public, individual vs. corporate), personal characteristics of parties (gender, age, represented by lawyer or not). Once the relevant categories have been identified, the researcher must determine how many cases should be included within each category.

Benjamin Meeusen's research illustrates how purposive and quota sampling can be combined to reduce the number of cases from 4972 to 613.⁶⁸ He used purposive sampling in the following ways. First, he included only cases in which the BCC used fundamental rights, and thus not rules related to the division of competencies, to assess legislative norms. Second, he categorized the population based on the nature of the fundamental right under review or, in the case of assessments concerning the principle of equality, according to the presence or absence of potentially suspect classification criteria (such as nationality, gender, age, form of cohabitation, place of birth, or sexual orientation). As small categories were considered potentially rich in information about the concept of 'intensity of judicial review', they were proportionally overrepresented; as data saturation would occur from a certain number of cases, larger categories were proportionally underrepresented. This deliberate over- and underrepresentation of categories aligns with purposive sampling, reflecting a targeted selection strategy. Quota sampling can be recognized in the fact that quotas were imposed on the number of cases selected in the categories. Depending on the number of cases a category initially contained, each category ended up comprising 100 (if initially containing more than 1000 cases), 50 (if between 100-1000 cases), 25 (if between 50 and 100 cases) or all cases (if fewer than 25 cases).

CONCLUSION

31. Comprehensive case law databases have the potential to transform legal research by fundamentally altering both its empirical basis and its methodological possibilities. Within this evolving landscape, systematic analysis of case law (SAC) emerges not as a radical departure from established doctrinal practices,

⁶⁸ B. MEEUSEN, *Variërende toetsingsintensiteit in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2024, pp. 96-100.

For another example, related to the case law of the ECtHR, see e.g., C.R. MOL, 'Kwalitatieve inhoudsanalyse voor systematisch jurisprudentieonderzoek: ervaringen uit onderzoek naar het recht op kinderopvang in de rechtspraak van het EHRM', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2024/36, point 3.1.

but as their procedural intensification. By rendering corpus construction, sampling, coding and interpretation explicit and transparent, SAC strengthens the epistemic foundations of claims about judicial practice and facilitates forms of inquiry that were previously difficult or impossible to conduct at scale. Its added value lies less in the novelty of individual techniques than in the cumulative effect of methodological discipline, traceability, and intersubjective controllability.

As this article has shown, SAC can serve a wide range of research purposes. Descriptive, explanatory, predictive, evaluative, and even prescriptive inquiries may all benefit from systematic engagement with large corpora of judicial decisions, regardless of whether their orientation is primarily theoretical or practice-oriented. This applies both to research aimed at clarifying the substantive content of the law, understood as a body of prescriptive norms, and to research examining the discursive practices through which judicial authority is articulated and exercised. In that respect, SAC provides a bridge between content-focused analyses and discourse-oriented approaches, enabling scholars to investigate not only what courts decide, but also how and why judicial reasoning is formulated in particular ways. The availability of comprehensive datasets thus opens important avenues for studying judicial communication, framing, and institutional practice that have remained comparatively underexplored.

At the same time, SAC imposes demanding methodological requirements. Decisions concerning sampling — whether probabilistic or non-probabilistic — are not merely technical choices but determine the inferential reach and credibility of the research. Similarly, rigorous coding protocols, documentation and analytical transparency require significant investments in training, time and resources. SAC should therefore not be adopted lightly or as a matter of methodological fashion. In many contexts, traditional interpretative analysis will remain indispensable, either as a complement to or, in some cases, a preferable alternative to systematic approaches.

Nevertheless, for scholars prepared to meet its methodological demands, SAC offers substantial opportunities to deepen our understanding of judicial behavior and legal development. Databases such as JustJudgment do not merely expand the quantity of accessible material; they enable qualitatively new forms of legal inquiry. In that sense, they mark not simply a technological improvement, but the beginning of a new phase in legal research — one in which doctrinal insight and methodological rigor can increasingly reinforce one another.

ACKNOWLEDGMENTS AND COMPETING INTERESTS

I benefited from the constructive and helpful comments and suggestions from two anonymous referees. The author declares no competing interests.



From Ecology to Law and Back: The Alliance Between Science and Law in Fighting Climate Change.

An Empirical and Comparative Study*

by Dr Maria Francesca CAVALCANTI [ajouter les qualifications]
and Dr Katia LAFFUSA

ABSTRACT

EN: In recent years, many European countries and the European Union have declared a state of climate emergency. The failure to take necessary measures, along with human rights violations, has led to court proceedings and innovative regulations at national and supranational levels, seeking more decisive solutions in the fight against climate change. Despite their diversity, there are some similarities between climate justice proceedings and climate protection laws: i.e. the legal relevance of scientific data. Environmental constitutionalism increasingly demands an interdisciplinary approach, presenting numerous challenges from a methodological standpoint. The relationship between law and ecological sciences has grown closer, even linguistically, with scientific terminology and technical concepts aligning with the legal framework. Additionally, legal scholars must now interpret and use various types of data and scientific sources. Does the ecological paradigm, with its inherent interdisciplinarity, necessitate a rethinking of the legal scholar's role in the contemporary context? This work, taking Rodolfo Sacco's theory of formants as its starting point and applying the comparative method to empirical investigation, aims to analyze the role assumed by technical scientific data in the normative formant at national and supranational levels, and in the jurisprudential formant in Italian, Dutch, and German Legal systems. The analysis will focus on how scientific data are used in constitutional legitimacy judgments and at the legislative level to understand the role attributed to these extra-legal elements in the legal systems under study. The purpose is to establish:

- a) how these extra-legal elements influence the normative and procedural aspects contributing to the definition of the new climate constitutionalism;
- b) whether the alliance between ecologists and jurists can lead to the identification of a new formant and what is its role in the legal system;
- c) how the relevance of interdisciplinary aspects has changed legal research methods in environmental constitutionalism

¹ xxxx

FR: Cette étude analyse les interactions entre l'écologie et le droit, avec une attention particulière pour l'utilisation des données scientifiques dans le cadre du droit constitutionnel comparé.

L'analyse de certains arrêts importants en matière de contentieux climatique et de contentieux de la biodiversité aux Pays-Bas, en Allemagne et en Italie va montrer comment le dialogue entre expertes scientifiques et juristes s'inscrit dans le paradigme méthodologique interdisciplinaire propre au droit constitutionnel comparé.

NL: Deze studie analyseert de interacties tussen ecologie en recht, met speciale aandacht voor het gebruik van wetenschappelijke resultaten in het kader van vergelijkend constitutioneel recht. De analyse van enkele belangrijke uitspraken op het gebied van klimaatgeschillen en biodiversiteitsgeschillen in Nederland, Duitsland en Italië zal laten zien hoe de dialoog tussen wetenschappelijke experts en juristen past binnen het interdisciplinaire methodologische paradigma van het vergelijkend constitutioneel recht.

I. COMPARATIVE METHOD, ECOLOGY AND INTERDISCIPLINARITY

Biodiversity loss and climate change are among the most critical issues of contemporary world.¹ These topics place scholars and civil society within a broader perspective, both geographically and chronologically, due to their global and cross-temporal dimension that defines relationship between law and ecological sciences.

Environmental issues and ecological balance are challenges that surpass national boundaries and, therefore, demand a coordinated approach.²

Thus, the complexity of contemporary world has led scholars to embrace an interdisciplinary methodological approach precisely because of the interconnected nature of the issues that law addresses.³ After all, law is a social phenomenon and as such is naturally dynamic: *its* *proprium* of environmental law lies in the need to operate simultaneously and transversally in the global and local dimensions and to apply an interdisciplinary approach on a permanent basis, since its rules can only

¹ With regard to climate change and biodiversity loss, both crises are described in exhaustive detail by authoritative bodies of leading scientists from across the world: the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) and the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services (IPBES). Both are the subject of international treaties established at the Earth Summit in Rio de Janeiro (Brazil) in 1992, the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and the Convention on Biological Diversity (CBD).

² *Winds and waters do not respect national borders*. See A. PADOA SCHIOPPA, *History of Law in Europe*, Il Mulino, Bologna, 2007, 694.

³ See <https://www.ipbes.net/events/ipbes-ipcc-co-sponsored-workshop-biodiversity-and-climate-change>.

result from a convergence of technical-scientific expertise, political-social choices.⁴ Environmental law and, specifically, climate and biodiversity litigation provide fertile grounds for reflections on the nature of comparative law⁵ and, mainly, on method.⁶ Indeed, Pegoraro and Rinella, while introducing their volume on comparative constitutional systems, define the comparative method as ‘a shortcut to understanding the world’.⁷ This paper adopts the concept of ‘legal formant’ as introduced by Sacco⁸ to explore the current role of comparative constitutional law in the context of environmental law, in its widest meaning, including legal solutions to climate and biodiversity crisis. To understand evolving horizons in the legislative formant as well as in the jurisprudential one, this paper borrows a methodological approach, an ‘ecosystemic paradigm’ from the ecological sciences, namely ‘Ecological Complexity’⁹: ‘as the First Law of Ecology states, everything is connected to everything else’.¹⁰ Ecological sciences teach us to address the complexity and interaction of systems¹¹ between all parts, even those that may seem insignificant. That is, environmental issues structurally have two elements, complexity and interdependence: ‘the Earth is an adaptive and multi-faceted system

⁴ D. AMIRANTE, ‘Comparative Method, environment and constitutional dynamics’, *DPCE Online*, 58(SP2), 2023, p. 22.

⁵ See among others the recent work of D. AMIRANTE and S. BAGNI (eds.), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Routledge, Londra-New York, 2022.

⁶ On the intersections between comparative method and environmental issue, see the recently interesting works of D. AMIRANTE, *Comparative method, environment and constitutional dynamics* (in note 3) as well as S. BAGNI, *Building a new ‘legal eco-system’ through judicial and lawyer’s formants*, *DPCE Online*, 50(SP). It is also worth noting the contribution of L. Moccia, who recalls how ‘together with the dual global/local dimension, the complexity of the environmental issue must be stressed, as well as the need to observe, study and understand it from a point of view capable of considering its most significant aspects as a whole, according to a holistic approach. In accordance with some of its main characteristics that make it an issue (a) multilevel, i.e. pertaining to a plurality of legal systems (regimes) and regulatory spheres (international, supranational regional integration, national and local); (b) multi and transdisciplinary, i.e. transversal to different legal disciplines, as well as to both scientific and humanistic disciplines; c) boundary (or inter-normative), i.e. situated, as it were, at the crossroads of science, economics and politics, as such open on all these fronts, committed to a balance between governance instruments, procedures and practices of participation and consultation; including the d) intercultural front, i.e. constituted by the diversity and consequent need for a dialogue between cultures; e) goal-oriented, i.e. tending towards the search for common principles’. See L. MOCCIA, *The comparison ‘beyond’ systems of law. The example of environmental protection*, in *lceonline* 0/2021 available at www.lceonline.eu.

⁷ L. PEGORARO and A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, p. 1.

⁸ R. SACCO, ‘Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law’ (Installment I of II) 39 *Am. J. Comp. L.* 1 (1991), 1-34, in part. 22.

⁹ One of the earliest formulations can be found in the work of the American ecologist B. COMMONER, *The Closing Circle. Nature, Man, and Technology*, Bantam edition, New York, 1971, p. 24.

¹⁰ C. WARNOCK, *Environmental Courts and Tribunals: Powers, Integrity and the Search for Legitimacy*, Bloomsbury Publishing, 2020, p. 33.

¹¹ *The inherent structural features of environmental problems — interaction and change — begin at the ecological layer. Natural ecosystems have a huge number of interacting parts, starting from the basic building blocks of life (the subatomic particles explored in quantum physics, and atoms and molecules) up to large complicated systems like the atmosphere.* See *Ibid.*, p. 123.

comprising human-social and ecological elements; the maintenance of its integrity would be to the benefit of all Earth system elements [...]. An all-embracing conception of humans as part of the Earth system (and not masters of it), thus offers an opportunity to think how law could be reformed from serving as a powerful tool of exploitation, domination and mastery, to instead serving as an accommodative means of facilitating mutual respect, care and the pursuit of an all-inclusive form of Earth system integrity.¹² These principles, inherent in the natural world, must be present in law.¹³ Interdisciplinarity is a methodological tool that most effectively addresses this complexity, providing comparatist with useful research tools to understand how extra-legal elements influence normative and procedural aspects that define new ecological constitutionalism: 'only an interdisciplinary approach can allow the matter of the comparing self to be addressed at the apposite level of complexity'.¹⁴ In this regard, it is increasingly clear how much the study of law needs to be supported by the study of methodology.¹⁵ Scarciglia¹⁶ argued about a 'methodological pluralism' that means 'tolerance of various research methods used as part of the Research and talked about a 'reorientation of legal comparison in which methods and aims of comparative law are increasingly characterised by a pluralism of approaches and an interdisciplinary view of complex problems'.¹⁷

Nevertheless, interdisciplinarity reveals certain critical aspects including its limits and difficulties. If interdisciplinarity is necessary, since we are dealing with scientific subjects, we need to examine methods and features that direct this interdisciplinary vocation: for the comparatist, therefore, the problem arises in selecting contributions, reports and research most useful for their own purposes. It is a difficult job because legal scholars often have to deal with extremely technical and complex data: it involves assessing which scientific data to refer to, which scholars and why to choose one research over another, which type of data and which type of officialdom to consider, which bodies/authorities, also because each country and each scientific society also has different approaches to research. For example, a valuable tool may be a direct dialogue and interactions with experts in ecological science, through a constructive scientific contact, able to provide useful suggestions in the use of data, tools and notions: collaboration between comparative lawyers

¹² L. J. KOTZÉ, 'Earth System Law for the Anthropocene' *Sustainability*, 11(23), 6796, 2019, p. 6.

¹³ Capra and Mattei put forward the hypothesis of an 'ecology of law', i.e. the need to reformulate human laws in the light of the new scientific revolution, both in terms of institutions and in terms of social structures and networks of life. Ecology is the science that deals with studying the interactions between organisms and between organisms and the abiotic environment. See F. CAPRA and U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca editore, San Sepolcro, 2017, cap. 5.

¹⁴ S. GLANERT, A. MERCESCU and G. SAMUEL, *Rethinking Comparative Law*, Cheltenham and Northampton, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 32.

¹⁵ See R. SCARCIGLIA, *Methods and legal comparison, Challenges for Methodological Pluralism*, Cheltenham and Northampton, Edward Elgar publishing, 2023.

¹⁶ Ibid., p. 189.

¹⁷ Ibid.

and social scientists has high potential. There is merely no one size-fits-all design. All empirical methods have limitations. The researcher must choose carefully, and must explicitly justify why the limitations inherent in the chosen method are less concerning than the limitations arising in alternative approaches. Yet despite all these notes of caution: Not even trying, and just mustering common sense, is not likely to be the best choice.¹⁸ In the first section the relationship between law and science in climate justice is analyzed. The second section explores the relationship between science, biodiversity protection and human rights, analyzing the conditions under which biodiversity litigation might evolve, starting from a case brought before the Italian Court. This evolution could also signal a convergence between biodiversity litigation and climate litigation. The third section focuses on the relationship between the climate crisis and the biodiversity crisis, treating them as interconnected phenomena through a specific methodological approach.

II. ELEMENTS OF CLIMATE JUSTICE: CLIMATE OBLIGATION, SCIENTIFIC RESERVE, AND ATTRIBUTION SCIENCE

Relationship between law and science is very old and deep-rooted: just think of the impact on law, both in its physiological and pathological phases, of topics relating to health, bioethics and technological innovations. On this point, literature is very wide and this is not the place to give an account of it. The alliance between law and science is an increasingly pervasive reality. Questioning thus which is the most dynamic and fruitful relationship between law and science is one of the challenges of our time. In this context, the role of the courts turns out to be a privileged perspective from which to observe the evolution of the nature of the judicial function within contemporary constitutional states. The recent wave of legal proceedings aimed at proving the responsibility of states for human rights violations and environmental damage caused by the failure or insufficient adoption of measures to combat climate change is closely linked to the increasing availability of scientific data. This data demonstrates, with sufficient certainty, the dramatic effects of human activities on ecosystems and the average global surface temperature.¹⁹

There are, in fact, a series of elements on which there is broad consensus within the international scientific community:²⁰ 1) the surpassing of 350ppm of CO₂ in

¹⁸ C. ENGEL, 'Challenges in the Interdisciplinary Use of Comparative Law' *American Journal of Comparative Law* 2022, vol. 69, p. 797.

¹⁹ J. TIMMONS ROBERTS and B.C. PARKS, *A Climate Injustice: Global Inequality, North-South Politics, and Climate Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; J. MOSS, *Climate Change and Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015; B.S. LEVY and J.A. PATZ, 'Climate Change, Human Rights and Social Justice' 81 *Annals of Global Health*, 3, 2015, pp. 310–322.

²⁰ M. CARDUCCI, 'La ricerca dei caratteri differenziali della giustizia climatica' *DPCE on line*, 2, 2020, pp. 1345–1369.

the atmosphere, which constitutes the safety threshold to avoid irreversible risks to humankind; 2) the ecological deficit of the entire planet; 3) the crossing of three of the nine scientifically identified Planetary Boundaries, which are considered necessary conditions for the stability of the Earth system;²¹ 4) Climate Breakdown, referring to the impact of extreme weather events on the stability of economic, social, and political systems; 5) the imminent exhaustion of the available Carbon Budget; 6) the crossing of nine of the eleven Tipping Points identified by the UN, which pose an existential threat to human civilization, for which the only precautionary measure is to limit the temperature rise to 1.5°C above pre-industrial levels, while concurrently reducing fossil fuel emissions; 7) the emergence of incalculable risks in their severity, known as the “Green Swan” hypothesis; 8) the need to stabilize the temperature at 1.5°C by 2030 at the latest in order to achieve Carbon Neutrality by 2050, as outlined in the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) reports.

The general consensus within the international scientific community regarding these elements, along with the scientific evidence linking the negative effects to human activity, has led to the establishment of specific international cooperation programs. Among these, the United Nations Conference on Environment and Development resulted in the adoption of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) in 1992. The preamble of the Convention acknowledges that human activities have significantly increased the concentrations of greenhouse gases in the atmosphere, that this increase intensifies the natural greenhouse effect, and that this phenomenon will, on average, lead to further warming of the Earth’s surface and atmosphere and may have a negative impact on natural ecosystems and humankind. The UNFCCC of 1992 can be considered the first global instrument aimed at stabilizing greenhouse gas concentrations in the atmosphere, based on the premise that human activities are altering the global climate system, negatively affecting both human and natural systems.²²

This gives rise to the obligation for contracting parties to adopt measures aimed at mitigating climate change by limiting emissions of carbon dioxide and other human-produced greenhouse gases, with the goal of achieving climate stabilization. The implementation tools of the 1992 Convention were developed through protocols adopted in subsequent Conferences, particularly those in Kyoto in 1997 and Paris in 2015. With the 2015 Paris Agreement, the signatory states sought to quantitatively define the goal of limiting global warming, committing to “keep the global temperature rise well below 2°C above pre-industrial levels and to pursue efforts to limit the temperature increase to 1.5°C.” These values were

²¹ It specifically refers to anthropogenic climate change, anthropogenic biodiversity loss, and the disruption of the nitrogen cycle.

²² United Nations Framework Convention on Climate Change, 1992, Preamble.

established based on the work of the IPCC, which, over its approximately thirty years of activity, has published numerous reports providing an overview of the international scientific knowledge on climate change.²³ The relevance and legitimacy of the scientific data disseminated by the IPCC through its reports stem from the authority granted to it by the states that have ratified the United Nations Climate Change Agreements, particularly the 2015 Paris Agreement, whose negotiations were based on such scientific evidence.²⁴ This legitimacy has also been recognized by the European Union, which has identified the IPCC as the official scientific body on climate change data, incorporating the content of its reports into the definition of its policies.

Given the international legal framework, it can be stated that, from a legal standpoint, greenhouse gas emissions result in two illicit consequences: a) global warming; b) the alteration of the natural variability of the climate.²⁵ This defines the so-called "climate obligation" imposed on states, characterized by a three-dimensional structure in which the following factors are relevant: the state's climate system, i.e., the area of greenhouse gas emissions; the time factor, i.e., the deadline for fulfilling the obligation, which, in the context of the European Union, involves drastically reducing emissions by 2030 to aim for achieving climate neutrality by 2050; and the parties involved, both of the present and future generations.²⁶

It is clear that in order to establish the responsibility of states regarding the climate obligation, reference must be made to scientific data external to the law.

From a normative perspective, the incorporation of scientific data can be found particularly in the first three articles of the UNFCCC: Article 1 relies on science to define the meaning of relevant concepts for the Convention, such as climate change, climate systems, emissions, and greenhouse gases; Article 2 states that the ultimate goal of the Convention is to stabilize greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent any dangerous interference with the climate system from human activities.

Such a goal is certainly in line with the conclusions of the IPCC, which clarify the extent of the reduction and the timeframe related to the set objectives.

²³ P. VIOLA, 'La contribución científica del Intergovernmental Panel on Climate Change al Pacto Verde Europeo: introducción a la European Climate Law' *A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, 81, 2020, pp. 81–101.

²⁴ D. FRENCH and B. PONTIN, *The science of climate change: a legal perspective on the IPCC*, in D. FARBER and M. PEETERS (eds.), *Climate change law*, Cheltenham, 2016, pp. 9 et seq.; S. BREYER, *The Independence of Science and Law Science*, 280, 1998, pp. 537 et seq.

²⁵ S. BALDIN and P. VIOLA, 'L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica', *DPCE*, 3, 2021, p. 612.

²⁶ Regulation (EU) 2021/1119 of the European Parliament and of the Council of 30 June 2021 establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulations (EC) No 401/2009 and (EU) 2018/1999 ('European Climate Law').

Article 3, in stating the principle of climate precaution, establishes the objectives and the method that states must pursue through a science-based approach, that is, through reference to science. The provision also identifies material causality, relying on scientific evidence, namely, the identification by science of the risks of severe or irreversible damage that must be avoided, alongside the analysis of the global cost-benefit ratio.²⁷

This gives rise to what has been termed the **scientific reserve**,²⁸ aimed at influencing decision-making and interpretative discretion, entrusting to science, through a dynamic reference, the definition of the specific content of the legal provision.²⁸ In this regard, when the legislator or the judge is called upon to exercise their functions in light of specific technical and scientific knowledge, they are required to rely on sources that are qualified in terms of competence and reliability, rather than solely on their own discretion.²⁹

In the specific context of climate change law, where a strong and consolidated scientific consensus has emerged through bodies such as the IPCC, as in the case of the effects of climate change, it is necessary for the legislator's choices to align with this knowledge.³⁰ In this case, science not only constitutes the subject of legal regulation but also forms its factual basis. However, it has been pointed out that care must be taken to ensure that the certainty of science, as well as its uncertainty, does not completely replace political decision-making, nor should it passively rely on scientific data. Instead, it is necessary to weigh and balance different interests and values that are constitutionally relevant.³¹

While the relationship between law and science may vary across legal systems and scientific domains, the climate regime represents a particularly structured form of interaction between scientific assessment and norm-production. When the law, in order to achieve a comprehensive regulation of reality, refers to science, three effects may occur: a) a reliance on science to obtain notions and definitions of facts that serve as the foundation for the law; b) an assumption of a scientifically established reality in its constituent elements; c) the law, through

²⁷ D. BODANSKY, 'The United Nations Framework Convention on Climate Change: a Commentary', 18 *Yale Journal of International Law*, 2, 1993, pp. 453–558.

²⁸ M. CARDUCCI, 'La ricerca dei caratteri differenziali della giustizia climatica', *DPCE on line*, 2/2020, p. 1363.

²⁹ D. SERVETTI, *Riserva di scienza e tutela della salute: l'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sull'attività legislativa e giurisprudenziale*, Pisa, 2019.

³⁰ The notion of **consolidated** scientific knowledge refers to the existence of a robust expert consensus formed through institutionalised assessment processes. On the socio-technical nature of scientific authority in climate governance, see Sheila Jasanoff, *States of Knowledge. The Co-production of Science and the Social Order*, London, 2004.

³¹ L. BUSATTA, 'Tra scienza e norma: il fattore scientifico come oggetto, strumento e soggetto della regolazione', *Costituzionalismo.it*, 1/2021, pp. 144–148.

definitional provisions, incorporates scientific explanations of phenomena that pre-exist it. Consequently, scientifically verified facts become the very premise of the legal norm.

The data used as a reference in this regard are the results published by the aforementioned IPCC, which serve as the scientific foundation for the climate regulatory system outlined by the United Nations. This is known as attribution science, which is the branch of science that links climate change with extreme weather events.

Attribution science has played a significant role not only in the political arena but also within the judicial sphere, particularly in the context of counterfactual investigation aimed at assessing the presence and intensity of anthropogenic influences on extreme climate events. Advances in this field have, in fact, allowed for a clearer understanding of the extent to which human activities impact the global climate system, causing slow-onset changes with irreversible effects, as well as extreme weather events.³² Attribution science has, therefore, contributed to providing solid scientific foundations for climate litigation, enabling not only the establishment of the material causality of the climate obligation but also the determination of the justiciability of the dispute and the standing of the claimants.³³

III. SCIENCE AS A TOOL OF JUDGMENT: THE ROLE OF SCIENTIFIC DATA IN CLIMATE LITIGATION.

As mentioned, scientific data has played a crucial role in determining the causal links between human activities and adverse effects, providing judges with a range of data on which to base their decisions and strike a balance between the interests at stake. As is evident from the international legal framework, the regulation of climate change issues primarily focuses on the goal of limiting the amount of greenhouse gases in the atmosphere. This is a matter that must first and foremost be assessed from a technical and scientific perspective. Consequently, in climate litigation, the outcome of the judgment essentially depends on the evaluation of scientific data. To explore the role of these elements in climate litigation, three landmark rulings were examined: one from the Dutch Supreme Court, one from the Tribunal Administratif de Paris, and one from the German Federal Constitutional Court. These are three particularly notable decisions that have set a precedent for case law aimed at establishing the

³² S. MARJANAC and L. PATTON, 'Extreme weather event attribution science and climate change litigation: an essential step in the causal chain?' *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 3, 2018, 266.

³³ *Massachusetts v EPA* 549 US497 (2007).

responsibility of the respective states for violating the climate obligation, using scientific data as the benchmark.

A. The Urgenda case

In 2007, Urgenda, a foundation focused on developing plans and measures to prevent risks related to climate change, filed a lawsuit against the Dutch government, claiming that it had failed to adopt sufficient measures to address this issue. In the case decided by the Dutch Supreme Court in 2019, Urgenda asked the judges to order the government to implement measures to reduce greenhouse gas emissions by 2020, or by 25% compared to 1990 levels.³⁴

The lawsuit presented by Urgenda was based on the following grounds: a) the greenhouse gas emissions from the Netherlands significantly contribute to climate change; b) the Netherlands' share of global emissions (per capita) is excessive both in absolute and relative terms; c) therefore, these emissions, for which the Dutch state is responsible under Article 21 of the Constitution, are illegal as they violate the state's duty of care towards its citizens, whose fundamental rights under Articles 2 and 8 of the ECHR have been infringed; d) under both national and international law, the Dutch state is therefore obligated to reduce greenhouse gas emissions to prevent the harmful effects of climate change; e) based on this duty of care, the Netherlands should have reduced emissions by 25-40% by 2020 compared to 1990 levels, in accordance with the fourth assessment report of the IPCC (AR4) in 2007.

Based on the scientific data presented in the case, corresponding to those reported by the IPCC and deemed by the judges as established facts (since they were uncontested by the parties), the Dutch Supreme Court upheld Urgenda's lawsuit, marking a significant step towards climate constitutionalism.

The Court's investigation, aimed at resolving the dispute, began with the examination of certain facts: a) the scientific community has long reached broad consensus that the emission of greenhouse gases is leading to an increasing concentration of such gases in the atmosphere. The effect is global warming, with a series of particularly significant negative consequences. There is a high degree of consensus within the international scientific community regarding the need to limit global warming to within 2°C to avoid such dangers.

- b) This scenario has been recognized as certain by the international community, through the IPCC's Fourth Assessment Report (AR4) of 2007;
- c) The IPCC, in its Fifth Assessment Report (AR5) of 2014, stated that due to the increase in atmospheric CO₂ concentration caused by

³⁴ ECLI:NL:HR:2019:2007.

human activity, the level of global warming is also rising. Given these premises, the IPCC concluded that if the concentration of greenhouse gases could be stabilized at around 450 ppm by 2100, the likelihood that global temperature rise would remain below 2°C would be greater than 66%;

- d) The scientific data presented in AR4 and AR5 corresponds to the commitments made by states under the 1992 UNFCCC Convention. Specifically, these elements were also included in the 2015 Paris Agreement, signed by over 190 countries, including the Netherlands.

Based on these uncontested facts, the Court concluded that without adequate reduction of greenhouse gas emissions, there is a concrete threat of climate change, resulting in a violation of citizens' rights who will have to face its negative effects.³⁵

Considering the facts and scientific data, the Court stated that the urgent need to rapidly reduce greenhouse gas emissions by 25% compared to 1990 levels by 2020, in order to achieve long-term results, is supported by consensus within the international scientific community. This makes the goal legally binding, in accordance with the common ground method developed by the European Court of Human Rights.

As for the concrete content of the obligation imposed on the state, the Court holds that the scientific data reported by the IPCC, particularly the 25-40% target indicated in the IPCC's fourth assessment report, is not legally binding. However, what is legally binding are the international obligations assumed by the Netherlands. In defining the concrete content of these obligations, the state must take into account scientific knowledge and internationally accepted standards. Furthermore, the Supreme Court highlighted that the scientific data reported by the IPCC and its assessments are based on the irrefutable evidence of climate change as a real and immediate risk. In this case, attribution science has served as a benchmark to assess the state's objective good faith, providing proof of the negative consequences of climate change, as well as determining the content of the state's obligation to achieve the 2°C target. The data provided by science was also used to calculate the percentage reduction in the Netherlands' carbon budget. In its decision, the Court, therefore, utilized extrajudicial sources, such as scientific data, to define the concrete content of legal sources and the obligations derived from them.³⁶

³⁵ ECLI:NL:HR:2019:2007, § 2.1.

³⁶ A. NOLLKAEMPER and L. BURGERS, 'A New Classic in Climate Change Litigation: The Dutch Supreme Court Decision in the Urgenda Case' *EJIL: Talk!*, 2020, at www.ejiltalk.org/a-new-classic-in-climate-change-litigation-the-dutch-supreme-courtdecision-in-the-urgenda-case/; I. LEIJTEN, 'Human Rights v Insufficient climate action: The Urgenda Case' *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2, 2019, pp. 112–118.

B. Neubauer et al.³⁷

On March 24, 2021, the German Federal Constitutional Court ruled on four consolidated appeals, declaring the partial unconstitutionality of the 2019 Federal Climate Protection Act.³⁸ In this case, the plaintiffs argued that the German government had failed to adopt legislation capable of meeting the climate goals defined by the 2015 Paris Agreement. According to the plaintiffs, the emission reduction target set by the Federal Act — 55% reduction compared to 1990 levels by 2030 — was insufficient to fulfill Germany's international obligations. Additionally, there was a lack of a reduction plan beyond 2030, which resulted in a violation of the rights of future generations. As a consequence, the Federal Act was in conflict with Articles 1, 2, and 20 of the Grundgesetz (Basic Law).

In its ruling on April 29, 2021, the Federal Constitutional Court declared the partial unconstitutionality of the contested Federal Climate Protection Act.³⁹ More specifically, the judges did not find that, with the disputed provision, the legislature had failed in its duty to protect the fundamental rights of citizens, at least with respect to the duty to protect against the dangers associated with climate change, nor did they find that it violated its obligation to protect the climate as enshrined in Article 20a of the Basic Law.⁴⁰

This article was introduced in the 1994 constitution. it imposes a commitment on the state: although it does not confer a subjective right directly actionable by individuals, as it is not a fundamental right placed within the first 19 articles of the German constitution, it may nevertheless be relevant — and so it was in the Neubauner case — in the case of litigation in which the violation of fundamental rights is disputed at the constitutional level.

*The German Constitutional Court does not pronounce on the constitutional basis of an autonomous right to the climate and points out that for the environment to be relevant as a constitutional value it must correspond to the violation of a human right.*⁴¹ As observed in literature, the German ruling is the first to recognize a centrality of the temporal dimension of the climate crisis:⁴² this

³⁷ Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court], 24 March 2021, Case No. BvR 2656/18/1, BvR 78/20/1, BvR 96/20/1, BvR 288/20, http://www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618en.html.

³⁸ Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG), BGBl, 12 December 2019.

³⁹ §§ 182–183.

⁴⁰ Article 20a [Protection of the natural foundations of life and animals] ‘The state protects, thereby assuming its responsibility towards the generations future, the natural foundations of life through the exercise of legislative power, within the framework of the the constitutional order, and the executive and judicial powers, in accordance with the law and the law’.

⁴¹ See: <https://www.lacostituzione.info/index.php/2021/05/03/liberta-climaticamente-condizionate-governo-del-tempo-nella-sentenza-del-bverfg-del-24-marzo-2021/>.

⁴² S. BAGNI, ‘Building a new legal eco-system’ through judicial and lawyer’s formants’, *DPCE Online*, 50(Sp).2021, p. 1052.

relevance of the temporal factor starts from the crisis of the present but evokes a past dimension in which indifference or mismanagement of environmental issues led to the current situation but directs it to the future.

IV. FROM ECOLOGY TO LAW: NORMATIVE AND JURISPRUDENTIAL FORMANT IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM

The recent constitutional reform (Const. law. 1/2022) Art. 9 of the Italian Constitution⁴³ introduced the protection of the environment, biodiversity and ecosystems among the Constitution's fundamental principles. This reform is crucial because it explicitly links environmental protection, biodiversity and ecosystems with the interest of future generations, highlighting intergenerational equity.

Previously, the term 'environment' did not appear in the original text of the Constitution (1948), was first referenced in the substantial reform of 2001 which introduces, in Art. 117 of the Constitution, second paragraph, lett. s), the 'protection of the environment, the ecosystem and the cultural heritage' as a topic of exclusive State legislation and, in the third paragraph, the 'development of cultural and environmental heritage' as a matter of concurrent legislation.

Judgement n°105/2024 of the Italian Constitutional Court, one of the very first applications of the post-reform Art. 9, clarified the purpose of this amendment: 'insofar as it directly enshrines in the text of the Constitution the mandate to protect the environment as a unitary good, including its specific declinations represented by the protection of biodiversity and ecosystems, but recognised autonomously with respect to the landscape and human health, insofar as they are naturally connected; and thus explicitly binds all public authorities to take action for its effective protection'.⁴⁴ In 2022, the year in which Italian Parliament enshrined the protection of the environment and biodiversity into the Constitution, the Court's decisions remarked a vision of environment regarded as an organic entity⁴⁵ linked to constitutional interests and principles. While Italian jurisprudence does not feature a case comparable to the landmark Urgenda ruling, climate litigation is not foreign to its legal system: a particularly relevant case is the so-called Giudizio Universale,⁴⁶ decided in February 2024 by the Court of Rome, marking the first climate case against the

⁴³ *La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni.*

⁴⁴ Judgement n°105/2024.

⁴⁵ See Judgment n° 121/2022 in which the Court confirmed the importance of promoting renewable energy in fighting climate change.

⁴⁶ Full text of the judgment available at: <http://www.ambientediritto.it/wp-content/uploads/2024/03/Sentenza-causa-climatica-giudizio-universale-Tribunale-Ordinario-di-Roma-Seconda-sezione-civile-Causa-n.39415-2021.pdf>.

Italian State. Associations such as *A Sud Ecologia e Cooperazione ODV* sued the Italian Government, specifically the Presidency of the Council of Ministers, seeking recognition of state liability under Article 2043 of the Italian Civil Code. They demanded measures to reduce artificial national CO₂-equivalent emissions by 92% relative to 1990 levels by 2030. The claimants, after describing serious climatic problems of the planet due to global warming, pointed out how serious and worrying planetary condition of climate emergency had been certified by the world scientific community and declared by the EU. They identify legal basis of the claim under Artt. 2043 and 2051 of the Italian Civil Code, which are connected to an obligation of the State towards individuals that would be based on the obligations assumed by the State itself by signing treaties and international agreements (with particular reference to the UNFCCC and the Paris Agreement) and by adhering to the scientific methods used by the IPCC. The judge of the Tribunal of Rome points out that this case is part of a series of disputes brought in various European countries that have as their common core the issue of anthropogenic climate change, and expressly refers to the *Urgenda* case. A crucial aspect is the role of scientific data⁴⁷ supporting the plaintiff's claim because they are challenged by Italian government, which has instead attached Italy's implementation of the commitments undertaken in the European Union context on the basis of data from *Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale* (ISPRA),⁴⁸ which is considered *the only public institution that holds the environmental data*,⁴⁹ i.e. capable of *certifying official environmental data and statistical information*.⁵⁰ The judge considered that it was not his task to verify such data as he did not have the necessary information to assess decisions taken by Italian Parliament and Government.

According to the judge, the plaintiff's claim for damages is linked to the ownership of a subjective right, but it is specifically aimed at asking the judge for a review of the way in which State powers are exercised, which expresses the political function. Tribunal found that it did not have jurisdiction over the claims and did not have the power to grant the remedy requested because *the complaints lodged are directed against the political choices made by the holders of State sovereignty as to the concrete ways in which they combat climate change*.⁵¹ it is not for ordinary courts to order the legislature whether to pass legislation and of what content. Scholars observed that this was a missed chance for Italian jurisdiction to fight climate change.⁵² However, there is no doubt that *with Giudizio Universale*, climate

⁴⁷ See database on <https://climatecasechart.com/about/> and <https://climatecasechart.com/non-us-climate-change-litigation/>.

⁴⁸ *Ispra* is. More information: <https://www.isprambiente.gov.it/it>.

⁴⁹ p. 11 of the judgment.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ p. 12 of the judgment.

⁵² See <https://www.diritticomparati.it/il-giudizio-o-silenzio-universale-una-sentenza-che-non-fara-la-storia/>, and <https://valori.it/giudizio-universale-primo-grado/>

litigation has found its way to Italy. It also highlights the difficulties that legal procedures, especially in tort law, face in living up to the high social expectations of legal and political change connected to this kind of proceedings.⁵³

V. LAW AND ECOLOGY IN BIODIVERSITY LITIGATION

Biodiversity crisis has raised increasing concern amongst civil society and scientist.⁵⁴ This section examines the intersections between ecology and law to understand how biodiversity loss has been integrated into legislative and jurisprudential formants. The methodological approach adopted in this paper is useful to investigate how biodiversity has been considered at international and supranational level. A central focus is the use of biodiversity data in case law. To this end, a judgment by the Italian Council of State and the German *Naturschutz* complaint will be analyzed.

Today, the universally accepted definition of biodiversity originates from the Convention on Biological Diversity (CBD) adopted by the United Nations at the Earth Summit in Rio de Janeiro in 1992.⁵⁵ Article 2 defines biodiversity as 'the variability of living organisms from all sources, including, inter alia, terrestrial, marine and other aquatic ecosystems, and the ecological complexes of which they are part, including diversity within species, between species and of ecosystems'.⁵⁶ The CBD is the first framework convention that aims to preserve biological diversity in its entirety, without focusing on specific ecosystems or species. In this regard, it is quite similar to the UNFCCC, also adopted at the Rio Summit.

A very important decision was the adoption of *Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework* (KMGBF) during the Fifteenth meeting of the Conference of the parties (COP15) to the CBD in 2022. This framework consists of global targets to be achieved by 2030 and beyond to safeguard and sustainably use biodiversity.⁵⁷ The convention recognizes that biodiversity is fundamental to human well-being, a healthy planet, and economic prosperity for all people, including for living well in balance and in harmony with Mother Earth. We depend on it for food, medicine, energy, clean air and water, security from natural disasters as well as recreation and

⁵³ See <https://verfassungsblog.de/climate-litigation-reaches-italian-courts/>

⁵⁴ See <https://www.staff.universiteitleiden.nl/news/2024/11/its-high-time-for-more-interaction-between-law-and-science>

⁵⁵ The treaty entered into force in 1993 and currently has 196 contracting parties (CBD Secretariat, List of Parties to the Convention on Biological Diversity, <https://www.cbd.int/information/parties.shtml>). This means that it has achieved almost universal participation.

⁵⁶ Available on <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>.

⁵⁷ Four overarching goals to be achieved by 2050 focus on ecosystem and species health including to halt human-induced species extinction, the sustainable use of biodiversity, equitable sharing of benefits, and on implementation and finance to include closing the biodiversity finance gap. Among the twenty-three targets to be achieved by 2030 include 30 per cent conservation of land, sea and inland waters, 30 per cent restoration of degraded ecosystems, halving the introduction of invasive species.

cultural inspiration, and it supports all systems of life on Earth.⁵⁸ The conference will mark the adoption of the post-2020 Global Biodiversity Framework, which sets out a strategic vision and a global roadmap for the conservation, protection, restoration, and sustainable management of biodiversity and ecosystems over the next decade.

Scholars highlights that [with the adoption of KMGBF raising new opportunities for legal mobilization, including quantitative benchmarks for biodiversity action. Future *Rights Based Biodiversity litigation* cases will draw on those foundations, apply lessons from *Human Rights Climate Change litigation*, and systematically frame biodiversity loss as a rights issue].⁵⁹ However, one of the main problems raised in biodiversity litigation is the lack of quantitative benchmarks comparable to those used in climate litigation: it points out that jurisdictions don't have an overarching biodiversity framework law comparable to national climate law. Indeed, [there is no Paris Agreement equivalent to the CBD that sets out binding obligations. The Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework (GBF), adopted in December 2022, sets out targets for 2030, but they cannot be equated with a 1.5°C threshold or a clear biodiversity budget].⁶⁰

In EU, a very important tool aimed to protect and restore biodiversity — that links ecology and law — is *Nature Restoration Regulation* (NRR),⁶¹ adopted in 2024. Part of the European Green Deal and the EU Biodiversity Strategy 2030, the NRR requires Member States to implement measures to restore at least 20 % of EU terrestrial and marine areas by 2030 and all ecosystems in need of restoration by 2050. The NRR lays down rules to contribute to the long-term and sustainable recovery of biodiversity and resilience of terrestrial, marine, freshwater and urban ecosystems, with a view to achieving the Union's overall climate change mitigation objectives as well as enhanced food security, with a view to fulfilling the Union's international commitments, particularly the *Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework*. Each State will have to implement measures to improve at least two of the following three indicators in relation to agricultural land, as an indicator of the restoration of ecosystems linked to agricultural activity: population of common butterflies, stock of organic carbon in cultivated mineral soils and percentage of agricultural land with characteristic landscape with high diversity. NRR integrates environmental policies currently in force in EU and is part of a European framework that starts from the so-called European Directives on natural

⁵⁸ <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-15/cop-15-dec-04-en.pdf>.

⁵⁹ C. RODRÍGUEZ-GARAVITO and D. R. BOYD, 'A Rights Turn in Biodiversity Litigation?' *Transnational Environmental Law*, 12:3 (2023), 2023. Cambridge University Press, p. 501.

⁶⁰ L. HILDT, [A Leap Forward for Biodiversity Litigation. The Naturschutz-Klage in the Biodiversity and Climate Litigation Context] in: ...[reference complete svp ?]... See <https://verfassungsblog.de/a-leap-forward-for-biodiversity-litigation/>.

⁶¹ Full text on: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0304>.

capital, i.e. the Directive 1992/43/EEC, the so-called ‘Habitats Directive’, the Directive 2000/60/EC, the so-called ‘Water Framework Directive’, the Directive 2008/50/EC on air quality and the ‘Birds Directive’ of 1979, considered the oldest European environmental legal norm.

A. Italian Council of State decision (Case 3945/2024) — Lipu Odv cv Regione Lazio

A recent Italian Council of State decision (Case 3945/2024) exemplifies the integration of scientific data into biodiversity litigation. Environmental groups, including Lipu, sued the Lazio Region and the Ente Monti Cimini over habitat degradation in a protected area. Drawing on ISPRA’s scientific reports, the court mandated ‘active and anti-cyclical’ measures to reverse habitat deterioration, demonstrating the growing judicial reliance on ecological data. This decision by the highest level of administrative justice in Italy, although not inscribing in a ‘biodiversity litigation’ zone, is a good point of observation to verify how judges use scientific data and scientific knowledge and how they opens up to information that are ‘not law’, precisely in the area of habitat and ecosystem degradation.

The litigation sees *Lipu* and other Italian environmental associations against *Lazio Region* and *Ente Monti Cimini* — *Natural reserve of Vico Lake*, concerning the adoption of appropriate measures to prevent the deterioration of natural habitats present in the No SIC/ZSC n. IT6010024 zone, which had occurred since 2006. The Council of State upheld the appeal and ordered the *Lazio Region* and *Ente Monti Cimini* — *Riserva naturale Lago di Vico* to adopt the ‘appropriate measures’ referred to in paragraph 6.2. of the *Habitats Directive* to prevent the deterioration of the natural habitats present in the SIC/ZSC n. IT6010024.

Reading the judgement, it is clear how important is research and habitat monitoring work carried out by state bodies such as ISPRA and how data and reports provided by ISPRA both to the associations and to the judge are relevant to the case. Law and ecology are strictly connected, also in language and words used in the case: as also noted by the ISPRA 2020 Report, the activities linked to cultivation (in particular, of hazelnuts) have led to a continuous input of nutrients into the waters of Lake Vico, which has altered the state of the body of water by aggravating its eutrophication, resulting in the progressive and constant degradation of protected habitats and, in particular, the contraction or disappearance of many plant communities: ‘in the context described, multiple scientific studies have highlighted at least three different moments in which the degradation of habitat 3140 has worsened since 2006 (years 2009, 2010 and, finally, 2013). Similar and equally serious considerations apply to habitat 3130, with reference to which the ISPRA 2020 Report attests to the contraction to the point of disappearance of the

vegetation of the syntaxonomic class Isoëto-Nanojuncetea, typical of the habitat, on the basis of the data recorded in 2010.⁶²

According to the Italian court, Article 6(2)⁶³ of the Habitats Directive — which is of essential relevance in this case — although starting from a principle of prevention, requires the adoption of ‘appropriate measure’, which go beyond the management measures necessary for conservation purposes, but imposes the need for ‘active’, ‘anti-cyclical’ measures capable of reversing the process which, in the absence of initiatives, would continue irreversibly.

B. Naturschutz complaint

In Germany, the *Naturschutz* constitutional complaint filed by BUND in 2024 represents a pioneering effort to secure comprehensive biodiversity protections. Claimants argue that the state’s failure to legislate robust biodiversity measures infringes on fundamental rights. Relying on IPBES and IPCC reports, they highlight anthropogenic biodiversity loss and its cascading risks for human health and ecosystem stability. While the case is still on decision, it underscores the judiciary’s potential to harmonize ecological science and legal frameworks, advancing the rights-based approach to biodiversity conservation.

On 23 October 2024, BUND (*Friends of the Earth Germany*) and several individuals filed a constitutional complaint, the *Naturschutz*:⁶⁴ the claimants complain that Federal Republic of Germany has failed to adopt adequate legal regulations for conservation of biodiversity and that the German legislative power has not yet taken adequate measures to ensure fundamental rights.

The claimants demand that the Federal Constitutional Court order to the Federal Government to regulate a comprehensive concept of legal protection for the preservation of biodiversity, which is necessary to protect freedom, life, health and to preserve the natural basis of life for future generations.

The subject of the constitutional complaint is the failure of the German legislative power adopting adequate legislative measures to fulfil its fundamental rights obligations to preserve biodiversity, as well as the failure to take sufficient precautions to prevent subsequent serious violations of liberty as a result of intensified biodiversity conservation. Specifically, this is the lack

⁶² Italian Council of State decision (Case 3945/2024), p. 17.

⁶³ ‘Member States shall take appropriate measures to avoid, in special areas of conservation, degradation of natural habitats and species habitats as well as disturbance of the species for which the areas have been designated, to the extent that such disturbance could have significant consequences for the concerns the objectives of this Directive’. Art. Article 6(2) Habitat directive. See full text: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31992L0043>.

⁶⁴ See https://www.bund.net/fileadmin/user_upload_bund/publikationen/lebensraeume/Klageschrift-Naturschutzklage-BUND.pdf and also <https://www.bund.net/lebensraeume/naturschutzklage/>.

of a legally anchored comprehensive protection concept for the preservation of biodiversity.

The claimants provide a series of scientific studies proving the importance of ecosystem services also for human health, food security, citing IPBES (*Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*) reports and statements on habitat degradation and disappearance of terrestrial and marine species, IPCC reports on climate change and desertification, also identifying anthropogenic causes of biodiversity loss. The claimants point out that the maximum extinction rate that can maintain the ecological diversity and biosphere essential for humanity is less than 10 E/MSY (extinctions per million species per year). However, the current extinction rate is conservatively calculated — as explained — to be over 100, perhaps even 1000 E/MSY, i.e. in an extremely dangerous range, and still rising.⁶⁵

The claim is the first step on a legal path that could play a significant role in biodiversity litigation in Europe. The role of the Court will be crucial to verify if indeed an effective common path can be found where scientific data and law come together. Scientists, judges and scholars can ally more than ever to fight climate change and loss of biodiversity. In these examples, Courts increasingly draw from scientific data to inform their decisions, fostering a closer alignment between ecological imperatives and legal systems. These cases highlight the evolving role of law in addressing biodiversity loss and climate change, underscoring the necessity of interdisciplinary collaboration in crafting effective legal responses.

CONCLUSIONS

In light of these considerations, the close proactive connection between science and law, and from a subjective point of view, between scientists and jurists, is clear: yet, despite considerable efforts, the fight against climate change and the work toward protecting ecosystems often appear Sisyphean, evoking the Myth of Sisyphus that Albert Camus masterfully describes.⁶⁶ What scientists and climatologists have termed ‘the tragedy of climate change science’⁶⁷ is unfolding before our eyes: despite precise, unequivocal and consolidated scientific research, political institutions have not provided an effective response. There is a lack of political will to take scientific data on climate change and biodiversity loss into

⁶⁵ See: https://www.bund.net/fileadmin/user_upload_bund/publikationen/lebensraeume/Klageschrift-Naturschutzklage-BUND.pdf.

⁶⁶ A. CAMUS, *Il mito di Sisifo*, Bompiani, 2001

⁶⁷ See B. C. GLAVOVICA, T. F. SMITH and I. WHITE, *The tragedy of climate change science*, *op. cit.* [reference complete svp] in note 1, p. 832.

account, which contributes to the ongoing gap between scientific research and the actions needed to address these critical issues.

This situation reflects a 'disconnect' between the evidence offered by scientific studies and the action required from institutions and the legal domain. There is a kind of 'dumbness' of scientific studies on climate and the environment resulting from the 'deafness' of institutions, social sciences and therefore also of law: 'the tragedy of climate change science is that compelling evidence is gathered, fresh warnings issued, new institutions established and novel methodologies developed to redress the problems. Yet, greenhouse gas emissions and, other indicators of adverse climate change, and global change more broadly, rise year upon year'.⁶⁸

Amid these alarming data, however, it is important to highlight the contribution that has come from the work of judges and legal scholars in recent years. The relationship between law and ecological sciences is getting deeper, with scientific terminology and technical data: they now are legal lexicon.

We must not overlook the pivotal role of constitutional courts and the central importance of constitutions in this battle, where ecology and law converge. European Constitutions have referenced environment since the 1980s, displaying considerable variety of headings and approaches. As has been pointed out, the intertwining of ecology and law is fundamental to making an effective contribution to climate change. Citizens see the Courts as privileged partners to defend the rights of nature. On the other hand, judges feel a responsibility to give consistent answers and, in doing so, open up to other branches of knowledge. From the holistic perspective characteristic of ecology, the role of law is crucial and must adopt a global and interconnected view, where individual contributions can influence broader systems. In this regard, comparative constitutional law plays a pivotal role. As noted, 'Legal comparison is a privileged activity. Like traveling, it allows researchers and students to accompany law as it crosses national borders and cultures, and journeys to near or distant legal regimes—and to look beyond the narrow confines of doctrine, case law, and legal rules'.⁶⁹

Thanks to its inherently interdisciplinary nature, comparative law is uniquely positioned to address the global and intertemporal challenges of climate change and biodiversity loss.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ F. G. NICOLA and G. FRANKENBERG, *Comparative Law. Introduction to a Critical Practice*, Cheltenham and Northampton, Edward Elgar Publishing, 2024, 19.

Studying contemporary legal controversies: An Actor-Network Theory Approach of the European Union legal order

by Julien Bois*

ABSTRACT

EN: Legal orders are subject to controversies, i.e. to situations in which pre-existing interpretative schemes are challenged or even break down. *Actor-Network Theory (ANT)* can provide a fruitful complement to doctrine in cases where black-letter approaches are no longer sufficient to explain legal change. Coming from the field of Science and Technology Studies, ANT provides a moderate conceptual toolbox and an intuitive methodological apparatus for the legal scholar. It proposes to give agency to non-human objects and to simply follow the actors in their quest for legal stability or change. Its aim is to provide an empirical account of legal change, but one that will still take the law seriously. It will not impose broader social considerations behind the law, but study concretely how social controversies pass into the legal realm. This article uses examples from the European Union, where cases of legal controversies have proliferated in the 21st century.

FR: Les ordres juridiques sont sujets à des controverses, c'est-à-dire à des situations dans lesquelles les schémas interprétatifs préexistants sont contestés, voire se désagrègent. La *théorie de l'acteur-réseau (ANT)* peut constituer un complément fécond à la doctrine dans les cas où les approches strictement textuelles (*black-letter*) ne suffisent plus à expliquer les changements juridiques. Issue du champ des *Science and Technology Studies*, l'ANT offre une boîte à outils conceptuelle relativement modeste ainsi qu'un appareil méthodologique intuitif que le juriste peut mobiliser. Elle propose d'accorder une forme d'agentivité aux objets non humains et de simplement suivre les acteurs dans leur quête de stabilité ou de transformation du droit. Son objectif est de fournir une analyse empirique du changement juridique, tout en prenant le droit au sérieux. Elle ne cherche pas à imposer au droit des considérations sociales plus larges, mais à étudier concrètement la manière dont les controverses sociales pénètrent dans la sphère juridique. Cet article utilise des exemples tirés de l'Union européenne, où les cas de controverses juridiques se sont multipliés au XXI^e siècle.

NL: Rechtsordes zijn onderhevig aan controverses, dat wil zeggen aan situaties waarin reeds bestaande interpretatieve schema's worden betwist of zelfs

* Postdoctoral researcher, EU Legal Studies Institute, Université de Liège.

uiteenvallen. De *Actor-Network Theory* (ANT) kan een vruchtbare aanvulling vormen op de rechtsleer in gevallen waarin strikt tekstuele (black-letter) benaderingen niet langer volstaan om juridische veranderingen te verklaren. Afkomstig uit het domein van *Science and Technology Studies*, biedt ANT een relatief bescheiden conceptuele gereedschapskist en een intuïtief methodologisch apparaat dat de rechtsgeleerde kan gebruiken. Zij stelt voor om ook niet-menselijke objecten een vorm van handelingsvermogen (agency) toe te kennen en eenvoudigweg de actoren te volgen in hun zoektocht naar juridische stabiliteit of verandering. Het doel is een empirische beschrijving van juridische verandering te geven, maar wel één die het recht serieus neemt. Zij legt geen bredere sociale overwegingen achter het recht op, maar bestudeert concreet hoe sociale controverses hun weg vinden naar het juridische domein. Dit artikel maakt gebruik van voorbeelden uit de Europese Unie, waar gevallen van juridische controverses zich in de 21e eeuw hebben vermenigvuldigd.

INTRODUCTION

1. The interdisciplinary debate in European Union (EU) law is in full swing. Recent edited volumes display a willingness to understand the effects of EU law by using theories coming from different disciplines in the social sciences.¹ The idea behind this interdisciplinary turn is that a doctrinal approach no longer suffices to explain legislative and judicial developments in the EU. At the same time, several scholars advocate caution when mobilizing contextual factors in order to explain legal interpretation.² If a recourse to alternative paths is welcome, an exclusive focus on actors, ideas, interests and strategies may overlook the ‘inner’ logic of the law. Indeed, if interpreting EU law implies some discretion and can be seen as being a political exercise³, the *acquis* itself bears a weight that cannot be overlooked when studying law in context.⁴

2. Actor-Network Theory (hereafter ANT) is a promising approach to studying law in its social context without underestimating its internal logic as a single social

¹ M. MADSEN et al., *Researching the European Court of Justice. Methodological Shifts and Law's Embeddedness*, Cambridge University Press, 2022; M. BARTL and J. LAWRENCE, *The Politics of European Legal Research. Behind the Method*, Cheltenham, Edward Elgar, 2022; R. DEPLANO and al (eds.), *Interdisciplinary Research Methods in EU Law: A Handbook*, Cheltenham, Edward Elgar, 2024.

² C. JOERGES, ‘Taking the Law Seriously: On Political Science and the Role of Law in the Process of European Integration’, *E.L.J.*, 1996, pp. 105-135.

³ M. DAWSON et al, *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013

⁴ J. BOIS et M. DAWSON, ‘Towards a Plausible Theory of Judicialization in the European Union’, *J.E.I.*, 2023, pp. 823-842.

system⁵ or as a mode of existence.⁶ Also labelled “sociology of translation”,⁷ ANT contains both a general theory of society and a methodological toolbox to assess social action.⁸ Originally forged in the field of Science and Technology Studies (STS),⁹ it has since been applied to a variety of fields across the social sciences.¹⁰ Law and its institutions were also analysed through ANT. Its founding scholar, Bruno Latour, relied on his previous work on scientific laboratories to study the decision-making of the French “Conseil d’État”, the highest administrative court in France.¹¹ His work triggered a wider scholarly engagement with ANT in legal scholarship, allowing colleagues to provide interdisciplinary accounts on several legal objects, e.g. medical patents¹² or the conflict of laws.¹³

3. ANT proved fruitful for the study of law for several reasons. First, this approach aiming at studying science in action found an echo developed in earlier legal sociological accounts. It bears acquaintances with the theory of “law in action” found in Roscoe Pound’s scholarship¹⁴, which aims at unpacking the dynamics brought by law to changes in society. If for Latour the work of lawyers differs from those of scientists¹⁵, their comparison can however be a fruitful exercise to reflect upon contemporary legal practice.¹⁶ Second, its main theoretical innovation was to bring non-human objects — the non-human *actants*¹⁷ — to the fore of the analysis. Indeed, the objects being regulated by legal rules express a form of agency that foster or on the contrary impede compliance with the rules. For example, speed bumps are the materialisation of the legislator’s willingness to reduce the velocity of motorized vehicles in designated areas.¹⁸ Actants, not least

⁵ N. LUHMANN, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

⁶ B. LATOUR, *An Enquiry into Modes of Existence. An Anthropology of the Moderns*, Cambridge, Harvard University Press, 2013.

⁷ M. CALLON, ‘Some Elements of a Sociology of Translation: Domestication of the Scallops and the Fishermen of St Brieuc Bay’, *S.R.*, 1984, pp. 196-233.

⁸ B. LATOUR, *Reassembling the Social — An Introduction to Actor-Network-Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

⁹ B. LATOUR, *Science in Action: How to Follow Scientists and Engineers Through Society*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

¹⁰ A. BLOK and al (eds.), *The Routledge Companion to Actor-Network Theory*, New York, Routledge, 2019.

¹¹ B. LATOUR, *The Making of Law. An Ethnography of the Conseil d’État*, Cambridge, Polity Press, 2010.

¹² E. CLOATRE, ‘Trips and Pharmaceutical Patents in Djibouti: an ANT Analysis of Socio-Legal Objects’, *Social & Legal Studies*, 2005, pp. 263-281.

¹³ A. RILES, ‘A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities’, *Buffalo Law Review*, Paper 782, 2005, pp. 973-1033

¹⁴ R. POUND, ‘Law in Books and Law in Action’, 44 *AM. L. REV.*, 1910, pp. 12-36.

¹⁵ B. LATOUR, *The Making of Law*, Cambridge, Polity Press, 2010, pp. 198-243.

¹⁶ T. SCHEFFER, ‘Law-in-action versus Science-in-action. How they differ and how they can benefit from their differences’, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2006), pp. 67-86.

¹⁷ All the key concepts coming from ANT are in *italics*.

¹⁸ S. RIIS, ‘The symmetry between Bruno Latour and Martin Heidegger: The technique of turning a police officer into a speed bump’, *Social Studies of Science*, 2008, pp. 285-301.

material objects, constitute the “pragmatic sanction of materials”¹⁹ that transform law from abstract principles to concrete realities.

4. However, ANT never became a prominent social theory used in interdisciplinary legal scholarship. It is for instance absent from most handbooks dealing with interdisciplinarity in EU law.²⁰ The early success of the approach was followed by a severe criticism from several scholars,²¹ including in legal scholarship.²² ANT showed several promises to provide a renewed vision of social phenomena, but it also entailed several theoretical and methodological weaknesses that led some of its most influential spokespersons to reconsider its most fundamental tenets.²³ Latour himself decided to abandon ANT in favour of the “modes of existence”, which favours philosophical anthropology over his former background in STS.²⁴ More precisely, in *An Enquiry into Modes of Existence* (AIME), he stated about ANT that:

“this method has retained some of the limitations of critical thought: the vocabulary it offers is liberating, but too limited to distinguish the values to which the informants cling so doggedly. It is thus not entirely without justification that this theory is accused of being Machiavellian: everything can be associated with everything, without any way to know how to define what may succeed and what may fail. A tool in the war against the distinction between force and reason, it risked succumbing in turn to the unification of all associations under the sole reign of the number of links established by those who have, as it were, “succeeded.”²⁵

5. Since then, the legal specialists of the work of Latour have relied extensively on law as a mode of existence (known as [LAW]) in addition to his previous contributions.²⁶ As a self-standing approach to study law, ANT has however generated little interest since then. Some scholars have not abandoned the approach

¹⁹ J. LEZAUN, ‘The Pragmatic Sanction of Materials: Notes for an Ethnography of Legal Substances’, *Journal of Law and Society*, 2012, pp. 20-38.

²⁰ E.g. the handbooks cited supra, note 1. A rare exception of a contribution in a handbook dealing with interdisciplinary legal methods is F. AUDREN and C. MOREAU DE BELLAING, ‘Bruno Latour’s Legal Anthropology’, in R. BANAKAR and M. TRAVERS (eds.), *Law and Social Theory*, Oxford, Bloomsbury Hart Publishing, 2nd ed., 2013, pp. 181-194.

²¹ A powerful critique of ANT remains H. COLLINS and S. YEARLEY, ‘Epistemological Chicken’, in A. PICKERING (ed.), *Science as Practice and Culture*, Chicago, University of Chicago Press, pp. 301-326.

²² A. POTTAGE, ‘The Materiality of What?’, *Journal of Law and Society*, 2012, pp. 167-183.

²³ J. LAW et J. HASSARD (eds.), *Actor Network Theory and After*, Wiley-Blackwell, 1999; J. LAW, *After Method. Mess in Social Science Research*, London, Routledge, 2004.

²⁴ B. LATOUR, *An Enquiry into Modes of Existence. An Anthropology of the Moderns*, Cambridge, Harvard University Press, 2013.

²⁵ *Ibid.*, p. 64

²⁶ K. MCGEE, *Bruno Latour. The Normativity of Networks*, London, Routledge, 2014; K. MCGEE (ed.), *Latour and the Passage of Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015.

altogether, but argue for a reconfiguration of the approach. Indeed, some advance that it is time to think “near ANT”²⁷ or to think about “ways forward” about it.²⁸

6. This contribution will advocate a similar stance to those thinking near ANT, but will also attempt to stick to the classic tenets of the approach. It will argue that the strength of ANT precisely relies on a strong empirical commitment to studying law in context, rather than relying on normative theories that do not suit the sociology of translation originally crafted by Latour, Callon and their colleagues. It will also stress that ANT is rather an approach that comes fixing the shortcomings of other methodologies, rather than being a self-standing paradigm of social action. The shortcomings already alluded to in the previous paragraphs and detailed below revealed the weaknesses of an approach that is perhaps overburdened both by its weak theoretical leverage and its strong methodological requirements. It remains nonetheless suitable to unpack situations for which other paradigms failed to deliver suitable explanations. This article will sketch these potential benefits by focusing on the EU as a relevant case-study. The EU is a supranational organisation that mostly justifies its legitimate power by the “outputs” it produces.²⁹ These sound outputs are the result of a type of policy-making that relies on a high level of expertise.³⁰ The competences of the EU are vast nowadays, but its core remains focused on the Single Market.³¹ It regulates a wide range of entities that all become “European objects”.³² These objects undergo not only a legal but also a scientific assessment of their suitability for European citizens. In other words, they are subject to a dual scientific and legal enterprise of “coproduction”.³³

7. If this piece focuses on the EU, the approach defended here is by no means limited to this specific supranational organisation. The inclusion of the classic tenets of ANT in interdisciplinary legal scholarship can be extended to any legal order that stresses the importance of technology. Such a feature captures the modern transformations of a wide range of contemporary societies, explaining why ANT has fruitfully been applied across several territories in the world.³⁴

²⁷ A. BLOK, *The Routledge Companion to Actor-Network Theory*, New York, Routledge, 2019, pp. 30-32.

²⁸ E. CLOATRE, ‘Law and ANT (and its Kin): Possibilities, Challenges, and Ways Forward’, *J.L.S.*, 2018, pp. 646-663.

²⁹ F. SCHARPF, *Governing in Europe. Effective and Democratic?*, Oxford, OUP, 1999.

³⁰ C. ROBERT, ‘Les groupes d’experts dans le gouvernement de l’Union européenne’, *Politique européenne*, 2011/3, pp. 7-38; D. GEORGAKAKIS and J. ROWELL, *The Field of Eurocracy. Mapping EU Actors and Professionals*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2013.

³¹ E. MONNET and A. VAUCHEZ (eds.), *L’Europe : du marché à la puissance publique?*, PUF, 2024.

³² B. LAURENT, *European Objects: The Troubled Dreams of Harmonization*, MIT Press, 2022.

³³ S. JASANOFF, ‘Ordering Knowledge, Ordering Society’, in S. JASANOFF, *States of Knowledge: The Co-Production of Science and the Social Order*, Routledge, 2004, pp. 13-45.

³⁴ M. AKRICH and al. (eds.), *Sociologie de la traduction. Textes fondateurs*, Paris, Mines Paris — Les Presses, 2006.

It is particularly relevant however for the study of the EU, since the importance of “techno-regulations”³⁵ not only is an essential feature of EU substantive law, but has also justified the appearance of several *macro-actors*³⁶ that shape the Union’s institutional landscape, the best example of which are EU agencies.³⁷

8. This contribution seeks to unpack the benefits of using ANT to ameliorate our understanding of EU law. First, it will highlight the core features of ANT and show how it can successfully be applied in the study of law. Second, it will try to articulate the benefits of adopting an ANT approach without replacing the classic doctrinal method. More specifically, it will argue that ANT is a welcome addition to the study of cases “where we are less certain of what it means to be ‘legal’”.³⁸ These occurrences usually happen in cases where there are *controversies* about the proper interpretation of EU law, which is where ANT can play a decisive role in our understanding of EU rules.

9. Section II will stress the features of ANT as a specific theory of social action, i.e. as a metatheory that aims at capturing behavioural dynamics within a specific societal and institutional setting. It will disentangle the classic tenets of ANT from the scholarship that captures the entirety of Latour’s production on law, and will stress why it is particularly suited to study EU law. Section III will highlight the features of ANT as a method, and will apply it to a range of selected cases, while also acknowledging its limits. These sketches will allow for a general, although necessarily incomplete, depiction of what ANT can say about the EU legal order and EU scholarship, which I will expose in Section IV. Section V concludes.

I. ANT AS AN (A)THEORETICAL PROJECT, AND ITS RELEVANCE FOR THE EU LEGAL ORDER

10. ANT is as much a theory of social action as it is a methodology for studying social-scientific cases. This section will focus on the first aspect, i.e. the part of the approach that provides the substantive and heuristic principles that guide actors in their interactions. A few contributions summarize the theoretical aspects

³⁵ A. MOLITORISOVÁ et al, ‘Techno-regulation: technological collaboration between EU administrations’, *Law, Innovation and Technology*, 2022, pp. 421-446.

³⁶ M. CALLON and B. LATOUR, ‘Unscrewing the Big Leviathan; or How Actors Macrostructure Reality, and How Sociologists Help Them To Do So?’, in K. KNORR and A. CICOUREL (eds.), *Advances in Social Theory and Methodology. Toward an Integration of Micro and Macro Sociologies*, London, Routledge, 1981, pp. 277-303.

³⁷ M. CHAMON, *EU Agencies. Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, Oxford University Press, 2016.

³⁸ E. CLOATRE, ‘Law and ANT (and its Kin): Possibilities, Challenges, and Ways Forward’, *J.L.S.*, 2018, p. 659.

of ANT,³⁹ although some of its pioneers have refrained from defending that ANT bears in itself strong theoretical claims.⁴⁰ The strength of ANT is found at the methodological level: it helps us think what other theories and methods have not thus far been able to elucidate. This section will explain the key concepts of ANT (A), and also to stress the limits of its theoretical ambition (B).

A. The conceptual apparatus of Actor-Network Theory

11. ANT does not bear strong theoretical claims about behaviour or the structure of social action. Its main spokesperson once rejected that it had a theoretical ambition⁴¹ before arguing otherwise.⁴² Indeed, ANT does not possess a clear-cut theory that can be leveraged or tested by empirical experience. The social, i.e. the *assemblages* that bond actors to one another, must be reconstructed rather than assumed by the scientist. This reconstruction is a matter of empirical investigation. However, ANT is traditionally associated to a series of key concepts that shape its content.⁴³ More precisely, these concepts point to the situations where ANT can fruitfully unveil the mystery that surrounds the unfolding of events that could not be explained by other approaches. The latter — labelled by Latour the “sociology of the social”⁴⁴ — would tend to exaggeratedly rely on pre-existing social constructs about institutions, politics or science. The social would in that sense be the explanation of the phenomena under study. For Latour and the other ANT pioneers, the social would on the contrary be what needs explanation. The social cannot be presumed but must rather be *reassembled*⁴⁵.

12. ANT would help the scientist in tracing new ties made in the world. There would be no point in studying actors, institutions or policies that were already stabilized in our society. This process of stabilization of policies into continuous

³⁹ M. CALLON and al. (eds.), *Mapping the Dynamics of Science and Technology. Sociology of Science in the Real World*, London, Palgrave Macmillan, 1986; J. LAW (ed.), *A Sociology of Monsters. Essays on Power, Technology and Domination*, London, Routledge, 1991; B. LATOUR, *Science in Action: How to Follow Scientists and Engineers Through Society*, Cambridge, Harvard University Press, 1987; B. LATOUR, *Reassembling the Social — An Introduction to Actor-Network-Theory*, Oxford University Press, 2005; M. AKRICH and al (eds.), *Sociologie de la traduction. Textes fondateurs*, Paris, Mines Paris — Les Presses, 2006.

⁴⁰ A. MOL, ‘Actor-Network Theory: Sensitive terms and enduring tensions’, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 2010, pp. 253-269.

⁴¹ B. LATOUR, ‘On Recalling ANT’, in J. LAW and J. HASSARD, *Actor Network Theory and After*, Wiley-Blackwell, 1999, pp. 15-25.

⁴² B. LATOUR, *Reassembling the Social — An Introduction to Actor-Network-Theory*, Oxford University Press, 2005, p. 9.

⁴³ A useful and synthetic glossary of the key concepts of ANT can be found in M. CALLON and al. (eds.), *Mapping the Dynamics of Science and Technology. Sociology of Science in the Real World*, London, Palgrave Macmillan, 1986, pp. xvi-xvii.

⁴⁴ B. LATOUR, *Reassembling the Social — An Introduction to Actor-Network-Theory*, Oxford University Press, 2005, p. 9.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 16-17.

governing modes or of institutions into durable and unquestioned leaders is called *black-boxing*. *Black boxes* are a somehow stable set of *actors* that are tied together in a defined set of interrelationships or a *network*, hence the concept of *actor-network* which captures that an actor is at the same time an individual entity essential to the life of a network but whose actions can only be understood if grasp though ties with other actors. The law is in this sense a *black box*: it stabilises a set of interrelationships between several actors into a stable *assemblage* whose features mostly remain unchanged for a given period of time. The actors therein — be they citizens, civil servants or even the regulated objects — have been *enrolled* in this network since the law assigns them to different roles, e.g. recipients of rights or obligations.

13. However, *black boxes* are never immutably sealed. Indeed, *assemblages* sometimes break down over time because interests change, or *artefacts* — the objects created by human technology — break unexpectedly. Indeed, the human-made artefacts express in ANT a form of agency that shape the assemblage.⁴⁶ Non-human artefacts, be they biological beings appraised by humans or non-living entities forged by human technology, may enhance or impede the stability of a network. The agency credited to non-humans was famously developed by Callon in his seminal piece on scallops.⁴⁷ The author studied the precarious deal struck between scientific specialists and fishermen about the need to restrict the massive fishing of scallops in the bay of St Brieuc. Scientists would receive the support of fishermen if the scientists promote a sustainable farming allowing for the reproduction of scallops according to a new technology (e.g. protection from predators). But this assemblage broke down because the scallops themselves did not follow the plan crafted by scientists: they died unexpectedly despite opposite predictions, leading fishermen in turn to disregard scientific advice and to fish massively and unsustainably.⁴⁸ That is why Latour rather speak of *actants* instead of actors, the former category capturing both humans and non-humans.⁴⁹ A rather powerful example of actant that drastically reshaped the agency of other actants was the virus SARS COVID-19: its high contagion and death tolls propelled millions of citizens to lock themselves down not only out of fear for the virus, but because other actants — political and administrative bodies — forced them to do so, redefining the intensity of social ties and the means by which they could be expressed (e.g. the rise of videocalls).

14. When previous assemblages break down or are subject to a redefinition by actants, they are subject to *controversies*. The latter are perhaps the most

⁴⁶ E. SAYES, 'Actor–Network Theory and methodology: Just what does it mean to say that non-humans have agency?', *Social Studies of Science*, 2013, pp. 134-149.

⁴⁷ M. CALLON, 'Some Elements of a Sociology of Translation: Domestication of the Scallops and the Fishermen of St Brieuc Bay', *S.R.*, 1984, pp. 203-221.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 220.

⁴⁹ B. LATOUR, *Reassembling the Social — An Introduction to Actor-Network-Theory*, Oxford University Press, 2005, pp. 54-55.

important component of ANT, because they do not only form an essential part of the conceptual apparatus of the approach, but also determine the conduct of the enquiry.⁵⁰ Conceptually, controversies are essential since they untie previous assemblages and are conducive to new ones. Simply put, they make the social move, which is a necessary condition for ANT scholars to say something meaningful about the *collective*.

B. Sticking to or thinking near Actor-Network Theory, not post Actor-Network Theory

15. Historically, ANT scholars carried out their work in the field of STS, with a focus on scientific discoveries made in laboratories.⁵¹ They tracked how scientific progress was made available to the wider public or if on the contrary the process of black-boxing meant shielding the sciences from external interventions. ANT not only had a scientific aim but also carried a political ambition: that of bringing “the sciences into democracy”.⁵² Its normative appeal, along with the possibilities of applying the approach beyond labs, made ANT an attractive option beyond STS. Its expansion allowed for a rethinking of its core principles, but also blurred its distinctiveness with nearing approaches. The latter had an heritage from ANT, but also pursued a different agenda that is hard to disentangle from the original approach.

16. A main confusion is made between ANT and its main spokesperson, Latour himself. To employ a key concept from ANT, Latour has become an obligatory passage point in the network. In other words, the name ANT may no longer be dissociated from its main spokesperson, whose scientific production is so vast that it is cited in a substantial part of the footnotes of the present article. It is usual for the major social theories to be represented by a leading protagonist. For example, Pierre Bourdieu is the leading intellectual of critical sociology,⁵³ or Niklas Luhmann is the leader of the theory of social systems⁵⁴, just to name a few. That is not in itself an issue, unless the leader changes course and the change is not explicitly acknowledged.

17. As already hinted in the introduction, Latour gave up ANT in favour of the modes of existence. If he clearly stated the matter in AIME, the change was already noticeable in some of his earlier work, not least in his work on law. In *The*

⁵⁰ See II., C.

⁵¹ B. LATOUR and S. WOOLGAR, *Laboratory Life: The Social Construction of Scientific Facts*, Beverly Hills, Sage Publications, 1979; B. LATOUR, *Science in Action: How to Follow Scientists and Engineers Through Society*, Cambridge, Harvard University Press, 1987; B. LATOUR, *The Pasteurization of France*, Cambridge, Harvard University Press, 1988.

⁵² B. LATOUR, *Politics of Nature. How to Bring the Sciences into Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

⁵³ P. BOURDIEU, *La Distinction. Critique sociale du jugement*, Éditions de Minuit, 1979.

⁵⁴ N. LUHMANN, *Social Systems*, Stanford University Press, 1995.

Making of Law,⁵⁵ his major work on the subject, Latour — despite his claim that his enquiry was based on ANT⁵⁶ — already marks a shift from ANT to the study of one of the several modes of enunciation of modernity that he eventually labelled modes of existence, a fact acutely noted by Pottage, who translated the *Making of Law* into English.⁵⁷ Indeed, Audren and Moreau de Bellaing also acknowledge that this book was not an attempt at providing a sociological account of law.⁵⁸

19. The modes of existence are an intellectually rich approach relying on philosophical anthropology rather than sociology. That is why it is clearly at odds with ANT, which is a sociological approach with a strong empirical commitment.⁵⁹ The modes of existence are a jump to metaphysics and a way to rethink modernity.⁶⁰ Its normative appeal has unsurprisingly sparked the interest of the legal specialists willing to draw insights from Latour scholarship,⁶¹ and their work associates within a single theoretical framework the sociological and the philosophical dimensions of *The Making of Law* and AIME. If this combination leads to a fascinating discussion leading to the creation of key concepts such as the “jurimorph” which captures the passage of a socio-technical object into the legal realm,⁶² it creates however an epistemological incompatibility. The classic method of ANT, described in the next section, aims at retracing sociological connections by *following the actants*, wherever they go. The modes of existence are unveiled through an anthropological enquiry allowing for a wider philosophical rethinking of modernity through pre-established modes such as [LAW] or [POL].

20. Latour explored several sciences and had several identities. His work on law already started to make the shift from a sociology of scientists to a more philosophical approach. This means that his different contributions can hardly be read into a coherent whole. This article thus chooses to stick to the classic tenets of ANT, to stay ‘near ANT’ rather than to move to a ‘post-ANT’ approach that wanders in other scientific territories. The reason for this perhaps conservative position mostly results from considerations related to methodology, to which this contribution presently turns.

⁵⁵ B. LATOUR, *The Making of Law. An Ethnography of the Conseil d’État*, Cambridge, Polity Press, 2010.

⁵⁶ *Ibid.*, p. x.

⁵⁷ A. POTTAGE, ‘The Materiality of What?’, *Journal of Law and Society*, 2012, p. 167.

⁵⁸ F. AUDREN and C. MOREAU DE BELLAING, ‘Bruno Latour’s Legal Anthropology’, in R. BANAKAR and M. TRAVERS (eds.), *Law and Social Theory*, Oxford, Bloomsbury Hart Publishing, 2nd ed., 2013, p. 182.

⁵⁹ The title of the French translation of reassembling the Social is unequivocal in that regard: B. LATOUR, *Changer de société. Refaire de la sociologie*, Paris, La Découverte, 2006.

⁶⁰ P. MANIGLIER, ‘A metaphysical turn? Bruno Latour’s *An Inquiry into Modes of Existence*’, *Radical Philosophy*, 2014, pp. 37-44.

⁶¹ K. MCGEE, *Bruno Latour. The Normativity of Networks*, London, Routledge, 2014; K. MCGEE (ed), *Latour and the Passage of Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015.

⁶² K. MCGEE, ‘On Devices and Logics of Legal Science: Toward Socio-Technical Legal Analysis’, in K. MCGEE (ed), *Latour and the Passage of Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, pp. 61-93.

II. ACTOR-NETWORK THEORY AS METHOD: UNVEILING THE UNKNOWN

21. ANT is not really a theory, and more accurately put, it is a theory about “how to study things”.⁶³ Its main strength is methodological. Since very little can be assumed about society (which must be *reassembled*), the researcher must, in the most naïve of fashions, simply *follow the actants* wherever they go. Moreover, it aims at unpacking new social ties through the study of *controversies*. In other words, ANT can come into play when things do not work according to plan, and when the social suddenly moves again without recourse to pre-existing patterns. This occurs when instruments break, when viruses suddenly emerge, or when catastrophes challenge the interpretation of rules as we know them. ANT thus necessarily brings something new: it acts as a complement or a fix in our knowledge, not as a substitute. That is why this approach can be a nice complement to black-letter scholarship. It also traditionally relies on qualitative sources that are easily made available to the scientist, meaning that the lawyer would not need to follow a new training in empirical social sciences.

A. The key methodological aspects of Actor-Network Theory

22. The task of tracing associations was nicely summarised and detailed by Michel Callon. Among all the references present in this contribution, Callon’s piece on scallops is one of the most important depictions of ANT and a must-read for lawyers willing to understand what ANT — or the sociology of translation — is about.⁶⁴ It summarises the key behavioural elements⁶⁵ of the approach, but also the key methodological steps to follow the unfolding of controversies. Callon’s arguments came as a fix for the social sciences. It means that ANT is particularly suited to situations where other approaches — be they sociological, legal or otherwise — failed to provide a convincing explanation about events that did not follow according to plan. If such a situation arises, the researcher should follow three main methodological principles, which I expose below.

23. The first is *agnosticism*.⁶⁶ It means that the researcher, when confronted with a situation in which classic legal or sociological categories of interpretation do not work, must refrain from imposing her⁶⁷ own conceptual apparatus to analyse

⁶³ B. LATOUR, *Reassembling the Social — An Introduction to Actor-Network-Theory*, Oxford University Press, 2005, p. 142.

⁶⁴ M. CALLON, ‘Some Elements of a Sociology of Translation: Domestication of the Scallops and the Fishermen of St Brieuc Bay’, *S.R.*, 1984.

⁶⁵ *Supra* II., A.

⁶⁶ M. CALLON, ‘Some Elements of a Sociology of Translation: Domestication of the Scallops and the Fishermen of St Brieuc Bay’, *S.R.*, 1984, pp. 200-201.

⁶⁷ I deliberately use the feminine as the neutral in this piece, in line with a rising trend in contemporary English-speaking academia.

again the situation. Pre-existing concepts — e.g. the “state” or “legitimacy” in the work of Max Weber⁶⁸ — often carry a set of assumptions about the social that are shaken or even collapse during controversies. More precisely, these categories tend to give a privileged voice to some actors while silencing others, be they non-human actants or actors that seems peripheral to the normal unfolding of events. Agnosticism requires that the researcher analyses the situation again and let the actors speak for themselves.

24. Once the actors “speak” according to their own repertoire, the researcher must apply the principle of *generalized symmetry*. It means that all *actor-networks* form an insuperable part of the *assemblage* that is being depicted, and must not be methodologically treated differently. In situations where legal controversies arise, the social moves outside of the classic loci in which it is passed — e.g. the courtroom — and finds an expression elsewhere made by actors that did not a priori seem central — e.g. an academic article providing an alternative interpretation of statutes. If some actants are eventually more central to the network than others and are called *obligatory passage points*, all that are spotted play a role in the analysis of the controversy and must be given equal conceptual and methodological treatment.

25. The third principle is *free association*, and refers to the idea that the natural and the social cannot be distinguished from one another. In other words, the natural and the objects therein, be they environmental or human-made *artefacts*, play a form of agency in society. Of course, non-biological beings do not act the same ways humans or microbes do. But their creation, which are in themselves a possibility for society to endure⁶⁹, has changed the social in such a way that other actants give them a voice and can no longer behave the same without them.⁷⁰ For example, the disruption of the informatic system that contained the data of several of patients of French hospitals led to the return of paper-based medical prescriptions and to delays in healthcare.⁷¹

26. These principles do not give us however the concrete tools nor the concrete sources to choose. A multiplicity of material “information” can be used, such as:

“a paper slip, a document, a report, an account, a map, whatever succeeds in practicing the incredible feat of transporting a site into another one without deformation through massive transformations.”⁷²

⁶⁸ M. WEBER, *Economy and Society*, Berkeley, University of California Press, 1978.

⁶⁹ B. LATOUR, ‘Technology is Society Made Durable’, in J. LAW (ed.), *A Sociology of Monsters, Essays on Power, Technology and Domination*, London, Routledge, 1991.

⁷⁰ E. SAYES, ‘Actor–Network Theory and methodology: Just what does it mean to say that non-humans have agency?’, *Social Studies of Science*, 2013, p. 137.

⁷¹ *Les Echos*, ‘Les données de 11 à 15 millions de Français dérobées lors d’une cyberattaque’, 27 February 2026: <https://www.lesechos.fr/politique-societe/societe/les-donnees-de-11-a-15-millions-de-francais-derobees-lors-dune-cyberattaque-2218424>.

⁷² B. LATOUR, *Reassembling the Social, — An Introduction to Actor-Network-Theory*, Oxford University Press, 2005, p. 223.

Sources are not hierarchized according to their relevance or reliability. The only part of the sentence that distinguishes reliable from unverified empirical material is that information should be conveyed without recalibration. That is why ethnography, i.e. direct observations by the researcher, has been adopted by many ANT scholars.⁷³ For a legal scholar interested in the ultimate (or at least temporary) judicial settlement of a controversy, going to hearings where arguments are debated by judges with barristers will be a key element for the description of legal stability or change.⁷⁴ That method is not always available however. If the researcher wants to look at past events, direct observation is not a possibility. In his seminal book *Science in Action*, Latour did not use ethnography to study the laboratory scientists, but relied on biographies and notes made available to trace their movement through society. There are no more indications found in ANT scholarship about the concrete methods or the proper sources to choose. This is another element that makes me state that ANT should not be used as a self-standing approach, but as a complement to other approaches when the latter can only provide partial explanations of social events. In any case, ANT scholars have always favoured qualitative methods. Statistics are summarised by categories, and therefore lead to some deformation. And since ANT focuses on controversies, i.e. on things that did not pan out as planned, they can hardly be subject to a methodology that requires large samples of similar data. The use of qualitative social-scientific methods in combination with classic legal scholarship therefore bears a lot of promise.

B. Studying the “penumbra” of the law with Actor-Network Theory

27. Law is a self-standing discipline that has differentiated itself from the other social sciences. It is one of the oldest sciences of government, and the specificity of its object, along with the complexity that it entails, have led to the establishment of canonical approaches — e.g. doctrine — that provide the tools for resolving issues surrounding the interpretation of rules. It has also developed an affinity with empirical approaches, such as law in context,⁷⁵ critical legal studies⁷⁶ or empirical legal studies.⁷⁷ The debate is ongoing, and the articulation of empirical

⁷³ A. MOL, *The Body Multiple. Ontology in Medical Practice*, Duke University Press, 2003; N. WICKRAMASINGHE and K. BALI, ‘Ethical ethnography as an appropriate research methodology for ANT’, *International Journal of Networking and Virtual Organisations*, 2009, pp. 36-46.

⁷⁴ For a recent example of ethnographic work at the Court of Justice of the European Union during a hearing, see N. HAAGENSEN, ‘The multiple meanings of EU law: using sociological interpretivism to make sense of the Eurozone crisis’, *European Law Open*, 2024, pp. 402-417.

⁷⁵ S. TAEKEMA and W. VAN DEN BURG, *Contextualising Legal Research. A Methodological Guide*, Cheltenham, Edward Elgar, 2024.

⁷⁶ M. TUSHNET, ‘Critical Legal Theory’, in M. GOLDING and W. EDMUNDSON (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, 2005, pp. 80-89.

⁷⁷ L. EPSTEIN and A. MARTIN, *Introduction to Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

insights in black-letter scholarship remains at early stages.⁷⁸ The difficulty of interdisciplinarity research persists between law and other sciences of government such political science or economics. Each discipline has canonical epistemologies that often bear strong assumptions about the behaviour of actors or the observance of rules.⁷⁹ Besides, methodologies starkly differ among social sciences, and law has a unique methodological skillset that is not always understood by others.⁸⁰

28. ANT can provide a suitable and easier bridge between legal scholarship and other social sciences. First, ANT resists conceptual rigidity and is agnostic to the activities of actants. The researcher must simply find the suitable language or concepts that apply to all actants without distorting their original meaning. ANT scholars studying law will not (or at least should not) analyse law in action with stereotypes about power, domination or compliance. They must espouse first the language of actants and then unveil the meaning that lays behind for the profane observer. As such, ANT can provide an empirical account of the law while taking the law seriously.⁸¹ Second, the methods traditionally employed by ANT scholars do not require a full training in empirical social science. Following the actants means identifying the traces that they leave, such as press articles, official reports, minutes from meetings, etc. In other words, ANT is about archival work for studying the past. For the present, ANT can lead to semi-structured interviews or direct observation. The researcher may enhance his grasp of these methods with dedicated seminars, but their acquaintance does not require a specific training.

29. Moreover, ANT may help in providing the missing link about the law that the classic doctrinal approaches cannot provide. ANT is an approach that aims at unpacking what needs to be reassembled. It wants to put forward a description of events that could not be grasped by others, be they disciples of the sociology of the social, doctrinal lawyers and otherwise. Put differently, ANT may insert the social component that has been acknowledged by several legal theorists. Indeed, several of them acknowledge that the law cannot be disembedded from society. Kelsen's fundamental norm assumes that fundamental social values shape the rest of the legal order.⁸² Even when the legal order is consolidated and sustains most of its autopoietic existence, some cases evade the "core" of the law to enter its

⁷⁸ See the references *supra*, note 1.

⁷⁹ J. MAYORAL and T. PAVONE, 'Statistics as if legality mattered: the two-front politics of empirical legal studies', in M. BARTL and J. LAWRENCE (eds.), *The Politics of European Legal Research. Behind the Method*, Cheltenham, Edward Elgar, 2022, pp. 78-93.

⁸⁰ J. SMITS, 'What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research', in R. VAN GESTEL and al., *Rethinking Legal Scholarship. A Transatlantic Dialogue*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 262-309.

⁸¹ C. JOERGES, 'Taking the Law Seriously: On Political Science and the Role of Law in the Process of European Integration', *E.L.J.*, 1996.

⁸² H. KELSEN, *Pure Theory of Law*, Clark, The Lawbook Exchange, 2005, pp. 193-220.

“penumbra”,⁸³ leading judges and others to rely on extra-legal considerations. In other words but along the very same lines, easy cases only require a textual of “first-order justification”, hard cases require a “second-order justification” that goes beyond the wording of statutes.⁸⁴ Judges must in these cases rely on “steadying factors”, including of non-legal nature, to provide the necessary oil in the gears of the adjudication process.⁸⁵ All these eminent specialists stress the role of the social in the interpretation of law, but none provided the methodological tools to do so.

C. The limits of Actor-Network Theory

30. The benefits of adopting an ANT approach are outweighed by some shortcomings. One of the most important relates to the beginning of the research, which consists in *assembling* the social ties in a network. But since the researcher should remain agnostic to the agency of actors, and therefore must simply observe what is offered by the actants, a genuine point of departure is missing.⁸⁶ An answer given by Callon and Latour to the problem of the “epistemological chicken” is that actants do indeed use pre-established categories that were previously black-boxed, and that the opening of these black boxes constitutes the point of departure where the social moves.⁸⁷ The problem remains however that a start to the enquiry is needed, and that other approaches — such as doctrinal scholarship — can help us better to spot the *black boxes* that are opened.

31. Another shortcoming of ANT is that its focus on micro-objects and historicised controversies cannot help in thinking greater societal debates about gender, class or power.⁸⁸ The only solution for ANT to solve these problems would be to multiply the case studies about a similar topic and to gather them in edited collections. This raises at least two issues. First, the researcher studying legal controversies may not pragmatically have the time and the means to carry out several in-depth empirical investigations. Second, each controversy may possess a set of specificities that require a further conceptual work that could tie these specific controversies to broader issues. ANT does not

⁸³ H. HART, *The Concept of Law*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁸⁴ N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 100-128.

⁸⁵ G. BECK, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 349-433.

⁸⁶ H. COLLINS and S. YEARLEY, ‘Epistemological Chicken’, in A. PICKERING (ed.), *Science as Practice and Culture*, Chicago, University of Chicago Press, p. 315.

⁸⁷ M. CALLON and B. LATOUR, ‘Don’t Throw the Baby Out with the Bath School! A Reply to Collins and Yearley’, in A. PICKERING (ed.), *Science as Practice and Culture*, Chicago, University of Chicago Press, pp. 343-368.

⁸⁸ J. LAW, *After Method, Mess in Social Science Research*, London, Routledge, 2004, p. 166.

provide the tools to accomplish that task, unlike other research designs such as “process-tracing” that allow for a generalizable pattern coming out of thick empirical descriptions.⁸⁹

32. These shortcomings limit the potential of ANT as an enabling social-scientific approach to study law empirically. That is why I argue that its main strength consists in fixing, i.e. in providing an extra possibility added to another approach to bring new insights into the study of law. Other approaches, such as doctrine or law in context, can lay the solid ground upon which the researcher can build a terrain of investigation. And ANT may be employed as a complementary fix to study the controversial aspects of some unanswered questions. I will turn to the example of the EU to substantiate these claims.

III. STUDYING EUROPEAN UNION OBJECTS WITH ACTOR-NETWORK THEORY

33. ANT could be used to study controversies in every political system. It is particularly suited to arenas where technological artefacts or attempts at regulating nature are prominent. The EU is a crucially relevant example in that regard. Its core activities remain centred on the Single Market and on the full achievement of the Four Freedoms of circulation, i.e. for goods, persons, services and capitals.⁹⁰ The EU indeed has an extensive set of regulations that allow for the circulation of human-made artefacts on the market, and these can be labelled “European objects”.⁹¹ For these, the EU is nowadays an obligatory passage point since the EU is not only legally entitled to regulate their existence, but is also the vehicle through the concrete passage of law from textbooks to social reality takes place, e.g. via technical standards.⁹² As such, the law of the EU moves and finds its common place beyond the traditional arena of government where it is enacted, and undergoes *trials of strength* — a process through which law is shaped and altered — in other loci where EU law finds its “common place”.⁹³ An ANT lens of law would not focus on the validity of norms, but lead us to follow where rules are employed, by whom and which shape it takes.

⁸⁹ D. BEACH and R. PEDERSEN, *Process-Tracing Methods. Foundations and Guidelines*, 2nd ed., University of Michigan Press, 2019, especially pp. 269-280.

⁹⁰ C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 7th ed., Oxford, Oxford University Press, 2022.

⁹¹ B. LAURENT, *European Objects: The Troubled Dreams of Harmonization*, MIT Press, 2022.

⁹² M. ELIANTONIO and M. CAUFFMAN (eds.), *The Legitimacy of Standardisation as a Regulatory Technique*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020.

⁹³ P. EWICK et S. SILBEY, *The Common Place of Law. Stories from Everyday Life*, University of Chicago Press, 1998.

A. Coproduction of the European legal order: the making and undoing of European objects

34. The EU is historically depicted in EU legal scholarship as an “integration-through-law” project.⁹⁴ The major thrust in the accomplishment of the Single Market would have forcefully been the product of negative integration, i.e. the process by which barriers to free movement were erased,⁹⁵ propelling a harmonisation process carried out by the European Commission.⁹⁶ Little space is left however to the discoveries made by historians of technology about the role of technical standards, which were agreed upon by assemblies gathering engineers from several European countries throughout the 19th and 20th centuries.⁹⁷ Not only did these experts shape a common technology in the field of railways, telecommunications, energy and others, but these were invited by the High Authority and after the European Commission to participate in the government of Europe.⁹⁸ This new allocation of powers to actors present because of their scientific credentials gave rise to a new category of powerholder that is still today an obligatory passage point in EU policy-making: the expert.⁹⁹

35. Expertise captures the idea that the social assemblages made by EU rules are a matter of “coproduction”.¹⁰⁰ The expert must find the language to make his knowledge overcome the passage of law through a trial of strength,¹⁰¹ but in turn the legal expert — and by extension the legal scholar — has a need for grasping the technology that is being regulated,¹⁰² be they lawmakers,¹⁰³ bureau-

⁹⁴ M. CAPPELLETTI and al. (eds.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, Berlin, De Gruyter, 1986.

⁹⁵ F. SCHARPF, *Governing in Europe. Effective and Democratic?*, Oxford, OUP, 1999, pp. 43-84.

⁹⁶ The most famous example remains the principle of mutual recognition declared by the European Court of Justice in 1979 (C-120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis)*), 20 February 1979, ECLI:EU:C:1979:42), which led the Commission to launch an important harmonisation of standards towards the achievement of the free circulation of goods: K. ALTER and S. MEUNIER-AITSAHALIA, ‘Judicial Politics in the European Community: European Integration and the Pathbreaking *Cassis de Dijon* Decision’, *Comparative Political Studies*, 1994, pp. 535-561.

⁹⁷ M. KOHLRAUSCH and H. TRICHSLER, *Building Europe on Expertise. Innovator, Organizers, Networkers*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014.

⁹⁸ W. KAISER and J. SCHOT, *Writing the Rules for Europe. Experts, Cartels and International Organizations*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014; J. SCHOT and F. SCHIPPER, ‘Experts and European transport integration, 1945–1958’, *Journal of European Public Policy*, 2011, pp. 274-293.

⁹⁹ C. ROBERT, ‘L’expertise comme mode d’administration communautaire : entre logiques technocratiques et stratégies d’alliance’, *Politique européenne*, 2003, pp. 57-78.

¹⁰⁰ S. JASANOFF, ‘Ordering Knowledge, Ordering Society’, in S. JASANOFF, *States of Knowledge: The Co-Production of Science and the Social Order*, Routledge, 2004.

¹⁰¹ S. JASANOFF, *Science at the Bar. Law, Science, and Technology in America*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

¹⁰² E. KORKEA-AHO and P. LEINO-SANDBERG, *Law, Legal Expertise and EU Policy-Making*, Cambridge, Cambridge University Press, 2025.

¹⁰³ W. BEAUVALLET and S. MICHON, ‘Des eurodéputés “experts” ? Sociologie d’une illusion bien fondée’, *Cultures & Conflits*, 2012, pp. 123-138.

crats or judges in charge of delivering and interpreting “techno-regulations”.¹⁰⁴ This exercise of coproduction means that policy choices that are the result of an expert-based decision are never fully neutral from a scientific point of view.¹⁰⁵

36. Coproduction also implies that objects are co-constituted, and that the symbiosis of the legal and the technical can break down and generate a *controversy*. Such a case currently occurs in the Single European Railway Area (SERA).¹⁰⁶ The directive and the four railway package aim at liberalising the railway sector by fostering the arrival of new (private) entrants in a Europeanised network. If the instrument provides the necessary substantive and institutional safeguards to achieve this purpose, the level of liberalisation of railways remains substantially shallower compared to other EU-liberalised sector economies such as telecoms or aviation.¹⁰⁷ An ANT analysis of the implementation of the SERA directive showed that the low level liberalisation of railways was less due to the lack of compliance by national authorities than it was to the resistance expressed by the infrastructure. The latter is a closed framework which is quickly saturated for the most profitable parts of the network, and the peripheral parts constitute economically unattractive segments of the network, thereby constituting major barriers to entry.¹⁰⁸ This example shows that non-human objects can defy and sometimes undo the spirit of the law.

B. The common place of EU law: following the “Euractants”

37. The example of SERA showed law can travel many ways. Follow EU law through the life its actants — that I call the Euractants — means that it can be reappropriated by many entities and be found in several places. Since every assemblage is historicised and thus unique, finding the common place of EU law is a never ending task. Two generalisable hypotheses can be made in the EU however, if we follow the conceptual toolbox of ANT.

38. The first hypothesis is that the law, when subject to controversies, travels to places that escape the traditional loci in which it is found. Indeed, the complexity that surrounds contemporary European objects leads to the extension of the legal

¹⁰⁴ A. MOLITORISOVÁ et al., ‘Techno-regulation: technological collaboration between EU administrations’, *Law, Innovation and Technology*, 2022.

¹⁰⁵ An example can be found in the regulation of electricity markets: J. TORRITI, ‘Impact Assessment and the Liberalization of the EU Energy Markets: Evidence-Based Policy-Making or Policy-Based Evidence-Making?’, *J.C.M.S.*, 2010, pp. 1065-1081.

¹⁰⁶ Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 establishing a single European railway area (recast).

¹⁰⁷ P. BOUGETTE and al., ‘Which Access to Which Assets for an Effective Liberalization of the Railway Sector?’, *Competition and Regulation in Network Industries*, 2021, pp. 87-110.

¹⁰⁸ J. BOIS, ‘The mismatch between regulatory ideals and practical implementation: the challenges faced by national regulatory bodies in pursuit of the single European railway area’, *Journal of European Integration*, 2025, pp. 1-20.

process to new arenas. Legislative, constitutional and judicial lawmaking is patch-worked with the input of various bodies that bridge the coproduction of law and science through expertise. The first are EU agencies. These bodies are tasked with giving law its pragmatic sanction by substantiating abstract rules with concrete standards and thresholds. Despite the doubts that surround the mandate of these bodies,¹⁰⁹ agencies have become key arenas in the resolution and supervision of many EU policies.¹¹⁰ Another example is the European committees for standardization. They have also become key players in giving shape to EU law. These non-EU bodies are tasked with drafting important standards that operationalize in concrete practice EU rules, not least with the Artificial Intelligence Act.¹¹¹ Even if these institutions are subject to a formal check by the Commission, the task is left to the European and national standardisation bodies to provide a concrete meaning to abstract concepts, such as “acceptable risk” in the management of artificial intelligence.¹¹²

39. The second hypothesis is that the law changes in nature during the socio-technical settlement of a controversy. The agencies and standardisation bodies typically enact guidelines and recommendations that fall in the category of “soft law”.¹¹³ This soft nature is meant to provide a necessary fluidity to the rigid EU,¹¹⁴ but its detailed content, along with the obligation to explain why recommendations are not followed (with the “comply-or-explain procedure”),¹¹⁵ already beg the question of their nature not as soft, but rather as hard law.¹¹⁶ An ANT approach would allow for the verification of the bindingness of such standards from an empirical perspective.

¹⁰⁹ The “Meroni” doctrine of the Court of Justice of the European communities (C 10-56, Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, società in accomandita semplice v High Authority of the European Coal and Steel Community, 13 June 1958, ECLI:EU:C:1958:8) stipulates that EU institutions can delegate limited executive tasks to agencies, without delegation of discretionary powers. But the current state of affairs leads us to rethink whether the Meroni doctrine is still applied, and if EU agencies do actually exercise discretion: P. VAN CLEUNENBREUGEL, ‘Meroni Circumvented? Article 114 TFEU and EU Regulatory Agencies’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2014, pp. 64-88.

¹¹⁰ M. CHAMON, *EU Agencies. Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, Oxford University Press, 2016, pp. 102-133.

¹¹¹ Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence. See J. LAUX and al., ‘Three pathways for standardisation and ethical disclosure by default under the European union artificial intelligence act’, *Computer Law & Security Review*, 2024, pp. 1-13.

¹¹² See the progress made by the standardization bodies on the AI Act: <https://artificialintelligenceact.eu/standard-setting-overview/#:~:text=Quick%20Summary%20%E2%80%93%20Standard%20Setting%20Under,publicly%20available%20work%20programme%20here>.

¹¹³ M. ELIANTONIO and al. (eds), *Research Handbook on Soft Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2023.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 3.

¹¹⁵ P. HUBKOVA, ‘Limiting or Empowering? Soft Rulemaking of the European Supervisory Authorities and Its Impact on National Administrative Authorities’, *R.F.D.de Liège*, 2023, pp. 247-266.

¹¹⁶ A. VOLPATO, ‘The legal effects of harmonised standards in EU law: From hard to soft law, and back?’, in P. LANCOS and al. (eds.), *The Legal Effects of EU Soft Law. Theory, Language and Sectoral Insights*, Cheltenham, Edward Elgar, 2023, pp. 193-212.

CONCLUSION

40. Legal controversies generate frictions that cannot always be accounted for by black-letter approaches. ANT is a social-scientific methodology that is perfectly suited for studying legal controversies. It brings an innovative methodology to study the displacement of the law. Its most unique trait is about giving agency to non-human objects: the nature or human-made artefacts do not always follow the intent made by decisionmakers, and may impede full compliance with the rules.

41. ANT is a particularly useful approach for legal scholars seeking to end a puzzle about the interpretation of law. It requires a modest skillset in order to follow the actants. Indeed, it historically relies on qualitative methods such as legal ethnography or archival work that can shed some light about the uncertainties that could not be lifted by descriptive or normative legal scholarship. However, ANT also possesses strong shortcomings that make it unfit as a self-standing theory and methodology. Thinking “near ANT” suggests that it is better combined with other approaches, and comes as a fix in these cases.

42. This piece has used the EU as a suitable case-study. The European legal order regulates many technologies that caused several controversies over the last decades. Studying EU controversies through ANT allows the researcher to witness how European objects can resist the intentions of the legislator, as was illustrated by the case of railways. It also allows us to follow EU law to new venues and to see how it acquires a new shape, and can therefore substantiate a growing legal scholarship engaging with the role of soft law and harmonisation standards.

Thinking international law's response to the climate crisis otherwise: towards post-human methodologies for reimagining earthly survival?

by Fiona ARGENTA [ajouter les qualifications svp]

INTRODUCTION

Humanity's entanglement with the natural world and its myriad inhabitants has become so profound that it is difficult to sustain any notion of the human as an autonomous, self-standing being. Similarly, our intertwinement with technology is becoming increasingly evident, as well as the latter's role in fueling a Western extractive economy which has driven the biosphere to a profoundly unsustainable state of affairs.¹ The scale and complexity of these interconnections have led some to declare the dawn of a new geological epoch — the Anthropocene — where humans have become a geological force of their own. As Braidotti and Asberg argue, 'people are entangled in co-constitutive relationships with nature and the environment, with other animals and organisms, with medicine and technology, with science and epistemic politics', and while such entanglements have arguably always existed, our epoch urgently requires 'greater scholarly attention to such human and more-than-human worlds [...]'.² It is increasingly apparent that existing legal concepts and methodologies are ill-equipped to address the unprecedented intensity of these socio/techno/cultural assemblages and their environmental toll. In that regard, it has been pointed that international law's responses to the ecological crises the planet experiences are, by and large, ineffective.³ These crises are not only insufficiently addressed by current legal systems, but are also deeply rooted in the very structures of international law, which continues to operate to the detriment of the planet and its most marginalized populations.⁴ In fact, international law is, as many scholars have already exposed, implicated in perpetuating anthropocentric,

¹ L. M. COLLINS, 'Environmental Resistance in the Anthropocene', *Onati Socio-Legal Series*, vol 10(6), 2020, p. 1328.

² C. ASBERG and R. BRAIDOTTI, 'Feminist Posthumanities: An Introduction', in C. ASBERG and R. BRAIDOTTI (eds.), *A Feminist Companion to the Posthumanities*, Cham, Springer, 2018, p. 1.

³ L. M. COLLINS, 'Environmental Resistance in the Anthropocene', *Onati Socio-Legal Series*, vol 10(6), 2020, p. 1320; M. PROST, 'Disaster Passing as Miracle? A Critical Take on the ICJ's Climate Advisory Opinion', 14 August 2025, available at <https://www.ejiltalk.org/disaster-passing-as-miracle-a-critical-take-on-the-icjs-climate-advisory-opinion/>.

⁴ C. C. GONZALEZ, 'Foreword: deconstructing the Legal Architecture of the Anthropocene', in U. NATARAJAN and J. DEHM (eds.), *Locating Nature: Making and Unmaking International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. ix.

capitalistic, colonial and gendered biases.⁵ As Jones and Arvidsson suggest, what might be required is not simply the multiplication or refinement of existing legal norms, but a more profound rethinking of international law's ideological underpinnings.⁶ Putting the matter differently: facing the conditions of the twenty-first century demands the fostering of new juridical imaginaries capable of contending with the limitations of our current international legal order.

This calls for theoretical frameworks capable of grappling with these structural limitations and the challenges they present. Post-humanism holds significant potential in that regard and can help reorient international law towards less harmful ends. Since the 1990s⁷, posthuman theory has evolved into a dynamic field of inquiry, which can be said to function as a loose umbrella term seeking to deconstruct humanism as well as the definition of the human that has accompanied it. Under its scope fall approaches as diverse as 'Critical posthumanism',⁸ 'Actor Network Theory',⁹ 'Object-Oriented Ontology',¹⁰ and even 'Transhumanism'.¹¹

⁵ See, generally: V. CHAUX, F. MÉGRET and U. NATARAJAN (eds.), *The Routledge Handbook of International Law and Anthropocentrism*, Abingdon and New York: Routledge, 2024; A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004; H. CHARLESWORTH and Chr. CHINKIN, *The Boundaries of International Law: a Feminist Analysis*, Manchester: Manchester University Press, 2000.

⁶ E. JONES and M. ARVIDSSON, 'Introduction to International Law and Posthuman Theory', in E. JONES and M. ARVIDSSON, *International Law and Posthuman Theory*, Abingdon and New York: Routledge, 2024, p. 2. For a similar claim, see the Oslo Manifesto which stresses that '[t]o overcome the flaws of environmental law, mere reform is not enough. We do not need more laws, but different laws from which no area of the legal system is exempted.' (para 5) available at <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload691.pdf>>.

⁷ Although the first explicit mention of the term posthumanism comes from Ihab Hassan's 1977 essay 'Prometheus as Performer: Toward a Posthumanist Culture', it has only developed as a more or less established field of inquiry in the 1990s.

See: F. FERRANDO, *Philosophical Post-humanism*, London, New York and Dublin: Bloomsbury Publishing, 2019, p. 25.

⁸ Defined as 'the radical decentering of the traditional sovereign, coherent and autonomous human in order to demonstrate how the human is always already evolving with, constituted by and constitutive of forms of life and machines'.

See: P. K. NAYAR, *Posthumanism*, Cambridge and Malden: Polity, 2014, p. 2.

⁹ Actor Network Theory is most often associated with Bruno Latour, who conceives of agency as always already distributed across networks of 'actants' — humans and nonhumans.

¹⁰ Ferrando has described it as a post-anthropocentric philosophical current which seeks to 'bring back the attention to the object, or, more specifically, to the independency and autonomy of the object—to be considered not in dependence from the subject, nor in relation to other objects'.

See: F. FERRANDO, *Philosophical Post-humanism*, London, New York and Dublin: Bloomsbury Publishing, 2019, p. 163.

¹¹ A current of thought best described as celebrating the human and technological co-evolution and seeking to overcome humanity's biological limits through enhancement technologies. As such, this tradition is perhaps the most contested strand within post-humanist thought, as it continues to rest on deeply humanist assumptions about human's agency and exceptionalism. Indeed, Haraway has quite explicitly distanced herself from the label 'posthumanism', fearing that it might be conflated with transhumanism.

See: E. JONES, 'Posthuman Feminism and Global Constitutionalism: Environmental Reflections', *Global Constitutionalism*, vol 12(3), 2023, p. 498; F. FERRANDO, *Philosophical Post-humanism*, London,

Thus, less than a unified doctrine, posthumanism constitutes a shared terrain of critique and experimentation oriented towards thinking the human anew. The present contribution is most closely aligned with 'philosophical posthumanism' or 'feminist posthumanism', a strand of posthumanist thought which is, broadly speaking, articulated around three main 'posterizing' axes.¹² Firstly, emerging from the postmodern impulse towards deconstruction¹³, posthumanism operates through a mode of reasoning that resists binary thinking. Grounded in a post-dualist ontology that challenges the Western tendency to order the world alongside a set of hierarchical dichotomies,¹⁴ it rests on the premise that theoretical inquiry cannot start from and focus exclusively on well-bounded entities such as the 'human', for the latter emerges through constant — and yet always impermanent and shifting — interconnections with the world. As Donna Haraway puts it, '[e]very species is a multispecies crowd'.¹⁵ If we start at our bodies, it has been established that 'bacteria outnumber by at least a thousand times the number of human cells in the body'.¹⁶ We are rendered capable because fungi, viruses and other micro-organisms proliferate on and under our skin. We are walking ecosystems, not bounded and well-defined individuals.¹⁷ Secondly, inspired by a neo-Spinozist and Deleuzian vitalist philosophy¹⁸ as well as science studies¹⁹, posthumanism encompasses a post-anthropocentric orientation which aims to dislodge the human from the central position it has traditionally occupied. Within this strand, a sub-branch — 'new materialism' — has developed as a reaction to the linguistic turn²⁰

New York and Dublin: Bloomsbury Publishing, 2019, p. 35; N. GANE, 'When We Have Never Been Human, What Is to Be Done?: Interview with Donna Haraway', *Theory, Culture & Society*, vol 23(7-8), 2006, p. 140.

¹² This division is drawn by Francesca Ferrando and is articulated around three 'post': post-humanism, post-dualism and post-anthropocentrism.

See: F. FERRANDO, *Philosophical Post-humanism*, London, New York and Dublin: Bloomsbury Publishing, 2019, p. 54.

¹³ *Ibid.*, p. 21

¹⁴ *Ibid.*, p. 61.

¹⁵ D. J. HARAWAY, *When Species Meet*, Minneapolis and London: University of Minnesota Press, 2008, p. 165.

¹⁶ C. ASBERG, R. KOOLBAK and E. JOHNSON, 'Beyond the Humanist Imagination', *Nordic Journal of Feminist and Gender Research*, vol 19(4), p. 219.

¹⁷ D.J. HARAWAY, *Staying with the Trouble: Making Kin in the Chthulucene*, Durham and London, Durham University Press, 2016, p. 29.

¹⁸ R. BRAIDOTTI, *The Posthuman*, Cambridge and Malden: Polity Press, 2013, pp. 55-56.

¹⁹ Notably, Donna Haraway draws from biology, while Barad uses quantum physics to articulate their post-anthropocentric stance.

²⁰ Illustrative of this 'discourse fatigue' and the neglect of materiality that had traditionally accompanied an emphasis on language is Barad's following excerpt: 'Language has been granted too much power. The linguistic turn, the semiotic turn, the interpretative turn, the cultural turn: it seems that at every turn lately every "thing" — even materiality — is turned into a matter of language or some other form of cultural representation. The ubiquitous puns on "matter" do not, alas, mark a rethinking of the key concepts (materiality and signification) and the relationship between them.'

See: K. BARAD, *Meeting the Universe Halfway: Quantum Physics and the Entanglement of Matter and Meaning*, Durham and London: Duke University Press, 2007, p. 132.

and has sought to bring materiality back into the focus of attention. To do so, new materialism insists on the agentic capacity of the non-human world and opposes any claim that humans can exercise complete mastery over it.²¹ In other words, matter and the nonhuman is no longer seen as passive or inert. As a result, central to the posthuman project is the idea that any conception of justice must look beyond the realm of human relations alone and extend to the more-than-human world.²² Thirdly, drawing from a long lineage of anti-humanist thought²³, it is also a post-humanism, casting doubt on the putative inclusivity of much humanist philosophy. In fact, philosophers such as Rosi Braidotti, Karen Barad or Donna Haraway²⁴ all converge towards a critique of the 'Universal Human' as a marker of differentiation amongst humans. Braidotti writes '[n]ot all of us can say, with any degree of certainty, that we have always been human, or that we are only that. Some of us are not even considered fully human now, let alone at previous moments of Western social, political and scientific history',²⁵ denoting a commitment to deconstruct the human as a figure infused with Eurocentric and phallogocentric ideals that fails to represent humanity at large. This insight is not the exclusive prerogative of posthuman thought²⁶, nor does it necessarily require the abandonment of all humanist premises.²⁷ Rather, this third axiom builds upon existing critiques of

²¹ For example, Haraway writes that '[u]nlike the dominant dramas of Anthropocene [...] discourse, human beings are not the only important actors [...], with all other beings simply able to react. The order is reknitted: human beings are with and of the Earth, and the biotic and abiotic powers of this Earth are the main story'.

See: D.J. HARAWAY, *Staying with the Trouble: Making Kin in the Chthulucene*, Durham and London, Durham University Press, 2016, p. 55.

See also: D. COOLE and S. FROST, 'introducing New Materialism', in D. COOLE and S. FROST (eds.): *New Materialisms: Ontology, Agency and Politics*, Durham and London: Duke University Press, 2010, p. 7.

²² J. B. ULMER, 'Post-humanism as a research methodology: inquiry in the Anthropocene', *International Journal of Qualitative Studies*, vol 30(9), 2017, p. 833.

²³ See, e.g., R. BRAIDOTTI, *The Posthuman*, Cambridge and Malden: Polity Press, 2013, p. 25.

²⁴ It should be noted that Donna Haraway herself resists the term and prefers to be called a compostist. She writes that '[w]e are compost, not posthuman; we inhabit the humusities, not the humanities. Philosophically and materially, I am a compostist, not a posthumanist' (*Staying with the Trouble: Making Kin in the Chthulucene*, Durham and London: Duke University Press, 2016, p. 97). However, Francesca Ferrando notes that from the perspective of philosophical posthumanism, this difference is more semantic than substantial, as we 'can be compost and posthuman, that is, posthuman compost'.

See: F. FERRANDO, *Philosophical Post-humanism*, London, New York and Dublin: Bloomsbury Publishing, 2019, p. 107.

²⁵ R. BRAIDOTTI, *The Posthuman*, Cambridge and Malden: Polity Press, 2013, p. 1.

²⁶ Think, for example, of feminist (amongst many others, Simone De Beauvoir) and decolonial thinkers (such as Sylvia Winter or Edward Said) who had already sought to make visible the exclusions embedded in humanism, without necessarily seeking to displace it altogether.

²⁷ For example, Braidotti stresses how humanist philosophy has many theoretical orientations and resists linear critique, as '[a]cross the political spectrum, Humanism has supported on the liberal side individualism, autonomy, responsibility and self-determination [...]. On the more radical front, it has promoted solidarity, community-bonding, social justice and principles of equality. Profoundly secular in orientation, Humanism promotes respect for science and culture, against the authority of holy texts

exclusionary humanism, while seeking to reorient them within a more affirmative logic of difference — by, for example, valuing modes of being and knowing articulated from the margins, as will be further discussed below.²⁸ It is important to note that some critics have worried that posthumanist or neo-materialist approaches risk erasing ‘relations of domination, power and difference within and among human societies’.²⁹ A focus on nonhuman agency, so the critique goes, has the effect of diverting attention away from the enormous power differentials that exist amongst human beings, and from the fact that the latter continue to structure how human agency is unevenly distributed and exercised.³⁰ Yet, because of this third theoretical commitment, it seems clear that inequalities amongst human beings are not completely unacknowledged within — at least some strands of — posthumanist scholarship.³¹ While it is therefore true that many scholars in the field have emphasized the continuities between human and nonhuman beings more than their divergences, this does not mean that all differences between them are completely elided in the process. For example, Rosi Braidotti insists, when discussing the challenges of the 21st century, that ‘we are in this together’, but “we” are not One or the same. We are differently positioned in terms of the very historical

and religious dogma. It also contains an adventurous element, a curiosity-driven yearning for discovery and a project-oriented approach that is extremely valuable in its pragmatism. These principles are so deeply entrenched in our habits of thought that it is difficult to leave them behind altogether. And why should we?’. This suggests that not all aspects of the humanist philosophical tradition ought to be left behind, and that, at any rate, claiming to ‘leave behind’ humanist thought might not even be as easily said as done, given the extent to which it has shaped the way we perceive and conceptualize the world.

See: R. BRAIDOTTI, *The Posthuman*, Cambridge and Malden: Polity Press, 2013, pp. 29-30.

²⁸ Posthumanism holds that critique, taken on its own, has limits, for it might privilege a ‘hermeneutics of suspicion’ over more creative forms of reconstruction of the human. In this sense, posthumanism seeks to unsettle the tendency within academia to center on deconstruction alone and instead aims to pursue ‘[...] affirmative alternatives to the dominant vision of the of subject’.

See: e.g., F. CORD, ‘Critique, Repair, Escalation: Three Modes of Posthumanist Theorizing’, *Interconnections: Journal of Posthumanism*, vol 1(2), 2022, p. 4; R. BRAIDOTTI, *The Posthuman*, Cambridge and Malden: Polity Press, 2013, p. 164.

See also: section 2.

²⁹ S. LETTOW, ‘Turning the Turn: New Materialism, Historical Materialism, and Critical Theory’, *Thesis, Eleven*, vol 140(1), 2017, p. 107.

³⁰ For example, Andreas Malm, in his critique of the extension of agency to nonhumans as proposed by new materialist thinkers, argues that such an approach has the effect of obscuring the brute fact that not all humans bear the same responsibility for bringing about the climate crisis: ‘[i]n this warming world, that honor [that is, possessing agency] belongs *exclusively* to those humans who extract, buy, sell and combust fossil fuels, and to those who uphold this circuit, and to those who have committed these acts over the past two centuries’.

See: A. MALM, *The Progress of this Storm: Nature and Society in a Warming World*, London and Brooklyn: Verso, 2018, available at: < <https://underworldsfzg.wordpress.com/wp-content/uploads/2018/10/andreas-malm-the-progress-of-this-storm-2018-verso-books.pdf>>, p. 80.

³¹ This is not the case of all philosophers associated with posthumanist philosophy. For example, Timothon Morton contends that the being of a human is no more profound than the being of a paper cup, suggesting that ontological differences between humans and things are irrelevant.

See: T. MORTON, *Hyperobjects: Philosophy and Ecology after the End of World*, Minneapolis and London, University of Minnesota Press, 2013, p. 17.

conditions of power, entitlement and access that define us [...].³² This suggests that, ultimately, a ‘flat or horizontal ontology does not mean that the ontological terrain cannot be rugged’.³³ Similarly, Haraway stresses that ‘actors come in many and wonderful forms’, thereby underscoring that the notion of agency is far from uniform.³⁴ Yet, it remains true that how the concrete implications of such differences are to be worked out in practice is often left unanswered within these theories.

With this cautionary point in mind, we argue that posthumanist theory invites a reorientation of how international law is conceptualized and practiced. More particularly, this article explores how post-humanist methodologies could help reshape international law’s engagement with the climate crisis. Precisely because the latter pertains to the overexploitation of natural resources and the persistence of human hierarchies, but also — and crucially — to questions concerning how we are thinking about the ‘human’ and about inter-species coexistence, posthuman theory offers a framework capable of engaging with its multiple dimensions.³⁵ By challenging anthropocentrism, unsettling any unified definition of the ‘human’, and insisting on the relational constitution of life, it provides conceptual tools to apprehend the climate crisis in its multidimensionality, by refusing to reduce it to either social inequalities or ecological degradation alone. Building on a growing body of work in posthuman legal theory³⁶, the present contribution extends existing literature by exploring how methods developed by post-humanist thinkers can be mobilized to generate new climate legal imaginaries. To be clear from the onset, as Matilda Arvidsson stresses when discussing the application of posthuman methods to international law, post-humanism does not offer ‘one’ singular methodological framework, but rather comprises a range of critical interrogations and particular points of attention.³⁷ Drawing from this diversity, we identify three interrelated methodological pathways common amongst post-humanist thinkers

³² R. BRAIDOTTI, *Posthuman Feminism*, Cambridge and Suite: Polity Press, 2022, p. 7.

³³ M. EJSING, ‘Why the turn to matter matters: a response to post-Marxist critiques of new materialism’, *Thesis Eleven*, vol 181(1), 2024, p. 62.

³⁴ D. J. HARAWAY, ‘Situated knowledges: the Sciences Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective’, *Feminist Studies*, vol 14(3), 1988, p. 593.

³⁵ M. EJSING, ‘Why the turn to matter matters: a response to post-Marxist critiques of new materialism’, *Thesis Eleven*, vol 181(1), 2024, p. 67.

³⁶ See, for example: M. DAVIES, *Law Unlimited: Materialism, Pluralism and Legal Theory*, Abingdon and New York: Routledge, 2017; A. GREAR, ‘Human Rights and New Horizons: Thoughts towards a New Juridical Ontology’, *Science, Technology & Human Values*, vol 43(1), 2018; A. GREAR et al. (eds.), *Posthuman Legalities: New Materialism and Law Beyond the Human*, Cheltenham and Northampton: Edward Elgar, 2021; E. JONES, *Feminist Theory and International Law: Posthuman Perspectives*, Abingdon and New York, Routledge, 2023; E. JONES and M. ARVIDSSON (eds.), *International Law and Posthuman Theory*, Abingdon and New York: Routledge, 2024.

³⁷ M. ARVIDSSON, ‘Posthumanism as a Theoretical and Methodological Approach to International Law’, in E. JONES and M. ARVIDSSON, *International Law and Posthuman Theory*, Abingdon and New York: Routledge, 2024, p. 47.

which can help in formulating legal responses that are more attentive to the complexities of climate change:

- (1) A focus on the world's material entanglements and how international law shapes and is shaped by them. This invites to think international law through material interconnections, raising critical questions about 'what' should be the object of legal research.
- (2) An interrogation of the way knowledge is legitimized or de-legitimized within international climate regulations and which forms of silencing are thereby enacted. This enables to better assess 'who' is the producer of legal knowledge and whose perspectives are, to the contrary, marginalized.
- (3) An insistence on imaginative tools to chart a new path towards more ecologically attuned legalities, addressing the question of 'how' to (re)think the current international legal order.

I. METHOD 1: THINK INTERNATIONAL LAW THROUGH MATERIAL INTERCONNECTIONS TO TRACE THE MULTIFACETED EFFECTS OF CLIMATE CHANGE

One of the methods that stands at the core of posthuman theorizing is its emphasis on a deeply relational ontology. According to such perspective, reality is systematically constructed through a set of material relations. As Karen Barad argues, 'liberal social theories [of which international law is a part] and theories of scientific knowledge alike owe much to the idea that the world is composed of individuals — presumed to exist before the law or the discovery of the law [...]'.³⁸ Post-humanism rejects such premise and seeks to 'resituate the human, including human meaning and subjectivity, in a material world where all matter, living and non-living, is related ...'.³⁹ As mentioned *supra*, it is in fact strongly attached to dismantling dualisms such as mind/body, subject/object, human/animal-alien-robot⁴⁰, ... as neatly separable and autonomous. While posthuman theory does not claim that everything is interconnected⁴¹, it seeks to discern the

³⁸ K. BARAD, 'Posthumanist performativity: Toward an understanding of how matter comes to matter', in S. ALAIMO and S. HEKMAN (eds.), *Material Feminisms*, Bloomington: Indiana University Press, 2008, pp. 122-123.

³⁹ M. DAVIES, *Law Unlimited: Materialism, Pluralism and Legal Theory*, Abington and New York: Routledge, 2017, p. 66.

⁴⁰ F. FERRANDO, 'Towards A Posthumanist Methodology: A Statement', *Frame*, vol 25(1), 2014, available at < <https://www.frameliteraryjournal.com/25-1-narrating-posthumanism/francesca-ferrando-towards-a-posthumanist-methodology-a-statement/>>, last visited on 10 February 2025, p. 11.

⁴¹ For example, Haraway writes that '[n]othing is connected to everything; everything is connected to something'. See: D. HARAWAY, *Staying with the Trouble: Making Kin in the Chthulucene*, Durham and London, Durham University Press, 2016, p. 31.

way in which every ‘entity’ or ‘phenomenon’ inevitably emerges through a set of interconnections. Multiple figures have been developed in posthuman theory to foreground the entanglements of humans with both nonhumans and other humans. Rosi Braidotti describes the ‘posthuman’ as a figure that challenges unitary thinking and emphasizes the importance of ‘transversal connections and a multiplicity of scales, layers, and locations’⁴², conceiving of subjectivity as constituted by ‘open-ended, inter-relational, multi-sexed and trans-species flows of becoming [made] through interactions with multiple others’.⁴³ Donna Haraway uses the cyborg as a metaphor for understanding the human as a techno-natural assemblage⁴⁴, while Stacy Alaimo speaks of the human as a ‘trans-corporeal’ being to highlight how (human and other) bodies are always already traverse by material flows and are ‘never static because of [their] interactions with other bodies that alter [them]’.⁴⁵ Together, these conceptual figures not only provide an analytical grid to rethink the boundaries of our legal categories but might also challenge the way our legal inquiries are framed.

This shift in how we perceive the world and conceptualize contemporary challenges is highly relevant to international law. It encourages us to ‘let go of the categorizations and distinctions through which we, as international lawyers, are taught to navigate the world to identify international legal problems and possibilities’.⁴⁶ In fact, the current architecture of the international legal order works through a hierarchical and abstract logic of separation to organize legal reality, thereby constraining enquiries into certain predetermined directions.⁴⁷ This logic unfolds across multiple layers, shaping both how it is imagined and how it operates.

Firstly, at a conceptual level, international law divides the world into a series of legal subjects on the one hand and of objects on the other, reinforcing a binary framework that fails to discern the relationships that emerge from their interactions.⁴⁸ On the one hand, states, human beings, international organizations, or corporations are erected as subjects of (international) law. From this legal personality flows inclusion as an *actor* — that is, a willing and acting person — within the international legal

⁴² R. BRAIDOTTI, ‘Transversal Posthumanities’, *Philosophy Today*, vol 63(4), 2019, p. 1182.

⁴³ R. BRAIDOTTI, *The Posthuman*, Cambridge and Malden: Polity Press, 2013, p. 89.

⁴⁴ D. HARAWAY, *A cyborg Manifesto: Science, Technology, and Socialist-Feminism in the Late Twentieth Century*, University of Minnesota Press, 2016.

⁴⁵ S. ALAIMO, *Bodily Nature: Science, Environment, and the Material Self*, Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 2010, p. 13.

⁴⁶ M. ARVIDSSON, ‘Posthumanism as a Theoretical and Methodological Approach to International Law’, in E. JONES and M. ARVIDSSON, *International Law and Posthuman Theory*, Abingdon and New York: Routledge, 2024, p. 48.

⁴⁷ D. PETROVA and T. FERRANDO, ‘Three Enclosures of International Law: Commoning Premises, Processes and Aims’, in U. NATARAJAN and J. DEHM (eds.), *Locating Nature: Making and Unmaking International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 257.

⁴⁸ M. DAVIES, *Law Unlimited: Materialism, Pluralism and Legal Theory*, Abingdon and New York: Routledge, 2017, p. 67.

forum, endowed with rights and obligations.⁴⁹ And while achieving such status has been the site of legal battles for inclusion — as illustrated by the decolonial struggles of States from the Global South or by marginalized groups' demands to be granted access to full juridical humanity — what is evident from the current state of international law is that the category remains highly anthropocentric. After all, only human collectives have ever attained international legal subjectivity. Even when entities such as states or corporations (which are not human in any conventional sense of the term) are recognized as subjects of international law, their status implicitly derives from the aggregated wills of human actors and remains modelled around idealized human attributes. As Grear observes, liberal legal personality is in fact framed around notions of possessive individualism, of free will and rationality and such qualities find, quite paradoxically, their fullest expression not in the natural person but in the corporation.⁵⁰ Likewise, it has been argued that the prevailing conception of the state in international law is constructed around 'the "sovereign prince", the idealized projection of a bounded, territory-possessing, masculine subject',⁵¹ suggesting that international legal personality continues to be envisioned in the image of a specific conception of the human. On the other hand, entities located outside the human domain have been relegated to the status of 'objects', i.e. passive entities incapable of agency or independent will. International legal personality has thus worked to separate the social (the realm of the human and its associated constructs) and the natural (the realm of plants, rivers, non-human animals, minerals, land, microorganisms, ...), reinforcing the narrative of modernity according to which these 'objects' are fully amenable to human control and are devoid of any agentic power.⁵²

Secondly, beyond this subject/object dichotomy, international law has become structurally organized in a manner that precludes the possibility for relational thinking.⁵³ This issue is traditionally framed as the 'fragmentation' of international

⁴⁹ C. BRÖLMAN and J. NIJMAN, 'Legal personality as a Fundamental Concept for International Law', in J. D'ASPREMONT and S. SINGH (eds.), *Concepts for International Law — Contributions to Disciplinary Thought*, London, E. Elgar, 2017, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2845222 (last visited on 11 February 2025), pp. 1 and 16.

⁵⁰ A. GREAR, *Redirecting Human Rights: Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity*, Basingstoke and New York, Palgrave MacMillan, 2010, p. 89.

⁵¹ A. GREAR, 'International Law, Legal Anthropocentrism, and Facing the Planetary', in V. CHAPAUX, F. MÉGRET and U. NATARAJAN (eds.), *The Routledge Handbook of International Law and Anthropocentrism*, Abingdon and New York, 2024, pp. 167-68. See also: E. TOURME-JOUANNET, *Un Nouveau droit écologique: Habiter autrement la terre*, Bruxelles: Bruylant, 2024, ch I, p. 58.

⁵² For a discussion of the anthropocentric foundations of international law and its origins, see: E. TOURME-JOUANNET, *Un Nouveau droit écologique : Habiter autrement la terre*, Bruxelles: Bruylant, 2024, ch I, pp. 30-63.

See also: M. PETERSMANN, 'Becoming Common — Ecological Resistance, Refusal, Reparation', in E. JONES and M. ARVIDSSON (eds.), *International Law and Posthuman Theory*, Abingdon and New York: Routledge, 2024, p. 229.

⁵³ E. TOURME-JOUANNET, *Un Nouveau droit écologique : Habiter autrement la terre*, Bruxelles: Bruylant, 2024, p. 269.

law, that is, its division into various distinct specialized sub-disciplines.⁵⁴ For more than two decades, international legal scholars have discussed the implications of this, and most have now come to the conclusion that it constitutes an intrinsic and inevitable characteristic of the international legal order.⁵⁵ While concerns about the coherence of the international legal ‘system’ as a unified field have often been central to these debates⁵⁶, fragmentation also presents deeper epistemological challenges. By narrowing the scope of inquiry within each specialized regime, it confines legal reasoning to questions and solutions aligned with the regime’s predefined logic. As a result, this compartmentalization might not only undermine the systemic unity of international law but might also reinforce a worldview that ‘cuts apart’ what is materially connected. In fact, just as law’s reliance on discrete ‘things’ or ‘subjects’ as the basic unit of analysis inhibits relational thinking, international law’s fragmentation engenders a form of epistemic closure. It forecloses more holistic forms of inquiry because it compels lawyers to reason within the boundaries of specialized subfields. Fragmentation, in other words, does not enable the possibility of making connections between different — and sometimes overlapping or conflicting — sets of rules.

This twofold logic of compartmentalization is particularly problematic when addressing diffuse and global issues which cannot be contained within isolated categories or fields. Nowhere is this more evident than in how international law approaches climate change. To start with, the protection of the environment is divided into distinct sectors.⁵⁷ The protection of the climate, the regulation of the ocean and the preservation of biodiversity are governed and addressed by different regimes and conventions, each operating with its own mandate.⁵⁸ While these regimes converge on some occasions, ecological interdependencies remain obscured within this fragmented approach.⁵⁹ At a more fundamental level, international law tends to treat ‘environmental’ problems as separated from ‘economic’ or ‘human’ problems, each governed by different legal subfields. While legal concepts have

⁵⁴ See, e.g. ILC, ‘Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law commission’, UN Doc A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

⁵⁵ A. SAVARESI, ‘Climate Change and Human Rights: Fragmentation, Interplay, and Institutional Linkages’, in S. DUYCK, S. JODIN and A. JOHL (eds.), *The Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance*, Abingdon and New York, Routledge, 2018, p. 32.

⁵⁶ A.-Ch. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international : une analyse critique*, Bruxelles : Bruylant, 2016, p. 12.

⁵⁷ E. JONES, *Feminist Theory and International Law: Posthuman Perspectives*, Abingdon and New York, Routledge, 2023, p. 52.

⁵⁸ L. J. KOTZE, ‘Fragmentation Revisited in the Context of Global Environmental Law and Governance’, *The South African Law Journal*, vol 131, 2014, p. 558; W. BOYD, ‘Climate Change, Fragmentation, and the Challenges of Global Environmental Law: Elements of a Post-Copenhagen Assemblage’, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol 32(2), p. 515.

⁵⁹ H. VAN ASSELT et al., ‘Global Climate Change and the Fragmentation of International Law’, *Law & Policy*, vol 30(4), 2008, pp. 428-429.

sought to bridge this gap ⁶⁰, it remains that international lawyers are trained by the maxim *lex specialis derogat generali*, which limits their ability to fully embrace the multiple interconnections at stake between different legal regimes.

A posthumanist methodology moves in a different direction, seeking to discern and make more visible the complex relationships that yield from the multiplicity of international legal norms and regulations, as well as their compounded effects on human and nonhuman bodies. It resists the pull towards conceiving law merely as textual abstraction, isolated from 'the materiality of and [interactions] between human and non-human phenomena law is ultimately made of [...]'. ⁶¹ Precisely because post-humanism foregrounds materiality and emphasizes the relational bond that unites the very stuff of the world, it shies away from abstract modes of thinking that are so prevalent in legal reasoning and offers a renewed approach to legal analysis, i.e. one grounded in an attunement to the situated, entangled materiality that results from and inform legal norms. ⁶² Gazing at a photograph — that is, a tangible instantiation of material reality — proves useful in tracing how different norms emerge in concrete, minute ways.



Midway, CF000478; Midway Atoll, 2009.

⁶⁰ While the notion of 'sustainable development' — which first appeared in the Brundtland report and was then imported into the Paris agreement and other treaties — intends to address these concerns, it has largely been condemned for failing to address the inherent tension between the notion of 'economic' development and ecological protection and for having ultimately almost always prioritized the former over the latter.

See e.g., S. ALAIMO, *Exposed: Environmental Politics and Pleasures in Posthuman Times*, Minneapolis: Minnesota University Press, 2016, p. 170; U. NATARAJAN and K. KHODAY, 'Locating nature: making and unmaking international law', *Leiden Journal of International Law*, vol 27(3), 2014, p. 589.

⁶¹ M. TEDESCHI, J. AALTO and A. VERDU SANMARTIN, 'Posthumanism, challenging the legal truth, and spatial (in)justice: pedagogical experiences reconnecting law to matter', *The Law Teacher*, vol 58(3), 2024, p. 295.

⁶² *Ibid.*

This photograph is part of a series called ‘Midway: Message from the Gyre’ by Chris Jordan, whose artwork figures in one of Stacy Alaimo’s books related to the trans-corporeal effects of environmental degradation.⁶³ We are here faced with the decomposing body of a baby albatross, who was fed lethal quantities of plastic by its parents who mistake the floating trash present in the Pacific Oceans for food as they forage over these vast polluted waters.⁶⁴ However macabre this sight might be, it can serve as a starting point to interrogate the isolating tendency underpinning legal reasoning and reflect upon how different international legal norms and their tangible socio-ecological impacts concretely instantiate. In fact, Chris Jordan’s haunting image of this dead chick, its stomach filled with brightly colored plastic debris, serves as a stark reminder of the entanglements between human and non-human actors, materiality, and law. The albatross, a species protected under the Agreement on the Conservation of Albatrosses and Petrels (ACAP), is transformed through the normative power of the law into an object of international regulation — that is, a passive recipient of human legal interventions. Yet, this legal designation oversimplifies reality and does account for the multiple relations that are stake in this image. What the latter might invoke is the inseparability of the albatross from the plastics it ingests; from the trade systems that facilitate their production and distribution and its connection to climate change; from the exploitative or hazardous labor conditions under which these plastics are manufactured; and from the health impact of such plastics on both marine and human life.⁶⁵ The albatross’s death is not an isolated event but rather one of the many concrete manifestations of the entangled nature of the world. Yet, international law fails to see the interconnections that obtain therefrom. Environmental law, although central to the albatross’s protection, operates in isolation here, focusing narrowly on species conservation while ignoring the broader systems that endanger them. Article 3(1) of the ACAP provides that State Parties shall ‘conserve and [...] restore those habitats which are of importance to albatrosses [...]’ and ‘develop [...] measures to prevent, remove, minimize or mitigate the adverse effects of activities that may influence the conservation status of albatrosses [...]’. In the second Annex, these ‘adverse’ activities are understood to include fishing activities, discharge of pollutants or tourism. Yet, daily human overconsumption and its related mass-production of plastics is absent from the list of activities which might threaten the birds. Absent too is any consideration of international trade law, which prioritizes economic growth and global commerce, thereby facilitating the production and circulation of plastics with little regard for their ecological impact. As a matter of example, the free trade

⁶³ S. ALAIMO, *Exposed: Environmental Politics and Pleasures in Posthuman Times*, Minneapolis: Minnesota University Press, 2016, p. 130.

⁶⁴ — —, ‘Chris Jordan Midway: Message from the Gyre’, Available at <<https://prix.pictet.com/cycles/growth/chris-jordan>> (last visited on 11 February 2025).

⁶⁵ Alaimo notes, for example, that plastics are ‘known to absorb toxins, release toxins, and enter the marine food web’, which might ultimately be ingested again by humans, with detrimental health effects.

See: S. ALAIMO, *Exposed: Environmental Politics and Pleasures in Posthuman Times*, Minneapolis: Minnesota University Press, 2016, p. 131.

agreement (FTA) between the EU and Mercosur, for which a recent interim agreement has been reached on January 17th 2026,⁶⁶ could result in an increase of single-plastic use⁶⁷ — which might then travel to unintended places, as the photograph vividly illustrates. However, despite the well-documented environmental hazards associated with plastics, there is still no internationally binding regulation limiting their use at the time of writing.⁶⁸ Not only are they lethal to some marine species, but they also hinder the capacity of the marine environment to fixate carbon⁶⁹ and their production and recycling release a large amount of GHGs.⁷⁰ Still, the climate international legal regime remains relatively indifferent to the environmental toll of plastic manufacturing and disposal. For example, a study found that, in the Nationally Determined Contributions (NDCs) which countries are required to submit under article 4(2) of the Paris Agreement, only 3.7% of them included explicit references to plastics.⁷¹ Simultaneously, the decomposing body of the albatross is also in some way connected to other bodies that exist at the beginning and end of the plastic production chain. It is in fact well-documented that much of the world's plastic waste is exported from countries in the Global North to countries in the Global South, where it is cheaper to process. These exports, although regulated under the Basel Convention on Hazardous Waste, often expose waste workers to toxic substances, posing significant risks to their health.⁷² International human rights bodies have alerted to the impact of these flows, notably in relation to the right to health of these workers.⁷³ Yet, their

⁶⁶ See: European Commission, 'EU and Mercosur sign historic and ambitious partnership', available at <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_26_113> (last visited on 6 February 2026).

⁶⁷ L. CUNHA, M. OLE MENZE and M. NADKARNI, 'The EU's Dirty Plastic Secret: EU-Mercosur Deal Set to Boost Trade in Single-Use Plastics', available at <<https://www.greenpeace.org/static/planet4-eu-unit-stateless/2023/11/5af2b299-report-eu-dirty-plastic-secret.pdf>> (last visited on 6 February 2026).

The President of the Brazilian Plastics Industry Association (Abiplast) also confirmed that the deal had 'the potential to boost export opportunities for Brazil's plastic packaging sector', as the latter would bolster the export of Brazilian meat and grains, which are being packaged in plastic.

See: C. BRIDI, 'EU-Mercosur trade deal can boost Brazil's plastic packaging export despite concerns: Abiplast', January 27th 2026, S&P Global, available at <https://www.spglobal.com/energy/en/news-research/latest-news/chemicals/012726-eu-mercotur-trade-deal-can-boost-brazils-plastic-packaging-exports-despite-concerns-abiplast#:~:text=Getting%20your%20Trinity%20Audio%20player,same%20period%20the%20previous%20year.> (last visited on 6 February 2026).

⁶⁸ An international agreement is however currently being negotiated. See: UN Environment Programme, 'Resolution adopted by the UNEA on 2 March 2022: End plastic pollution: Towards an international legally binding instrument', UNEP/EA.5/Res 14, 7 March 2022.

⁶⁹ L. CORTAT SIMONETTI GONÇALVES, 'The Effects of Plastics on Climate Change: An analysis of the Potential Responses within the Nationally Determined Contributions (NDCs)', *Yearbook of International Environmental Law*, vol 30(1), 2019, p. 167.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 168-169.

⁷¹ *Ibid.*, p. 171.

⁷² See, for example: K. SHENNUM, 'The Human Rights Impacts of Plastic Waste Exports', in S. GÜNDOĞDU (ed.), *Plastic Waste Trade: A New Colonialist Means of Pollution Transfer*, Cham: Springer, 2024, pp. 129-140.

⁷³ See, e.g. Human Rights Council, 'Principles on human rights and the protection of workers from exposure to toxic substance: Report of the Special Rapporteur in the implications for human rights of the environmentally sound management and disposal of hazardous substances and wastes', A/HRC/42/41, 17 July 2019; Human Rights Council, 'Decision adopted by the Human

anthropocentric logic generally fails to fully attend to the broader consequences of plastic pollution on nonhumans.

These disconnected legal approaches contribute to a systemic failure to address the interwoven forces that culminate in the image of the albatross's decomposing body. From a posthumanist perspective, the albatross is not a separate entity but an assemblage of relationships — between humans who produce, trade, discard and consume plastics; non-human actors like the plastic debris drifting across oceans or the albatrosses picking up such waste; and the legal, economic and technological frameworks that regulate these flows. A relational methodology can help international lawyers understand what is at stake when we seek to chart the material interconnections that proceed from this photograph; to trace the gaps and/or contradictions embedded in the international legal framework; to direct research in different, and sometimes unexpected, directions. In fact, when I first began to engage with this image and asked which legal norms converged therein, I did not necessarily expect to be directed to matters of free trade agreements enabling plastic circulation or hazardous waste regulation. Yet, this is precisely what an approach emphasizing interconnections reveals: that environmental/climate, trade, and human rights law cannot be treated as separated spheres but ought to be considered as overlapping regimes that share responsibility for producing specific material outcomes. Tracing these legal entanglements can serve to imagine an international legal system that no longer solely addresses crises through a siloed approach, but instead engages with the broader systems and interdependencies that sustain them. From this angle, the image of the albatross, beyond a mere representation of environmental harm, stands as a call for international lawyers to restructure their reasoning in a way that can be made responsive to the 'lively relationalities of becoming of which we are a part'.⁷⁴

What this example demonstrates is that posthuman legal theory need not remain confined to a conceptual level — which has largely characterized the field so far. Instead, it can also serve as a *mode of inquiry* that foregrounds situated and materially grounded analyses able to map and address the multifaceted aspects of the climate crisis. Taking a specific material occurrence (such as a physical object, a photograph or a particular event) as the starting point of analysis can be used as a heuristic device for tracing the entanglements between different legal regimes and for examining their compounded effects across sites and scales. In this sense, posthumanism offers an empirical orientation for thinking about international law, departing from an abstract critique of legal concepts or institutions to engage more directly with the concrete ways in which it is enacted and experienced.

Rights Council on 11 July 2024: Plastic Pollution for the full enjoyment of human rights', A/HRC/DEC/56/117, 16 July 2024.

⁷⁴ K. BARAD, *Meeting the Universe Halfway: Quantum Physics and the Entanglement of Matter and Meaning*, Durham and London: Duke University Press, 2007, p. 393.

II. METHOD 2: INTERROGATE 'WHO' IS THE PRODUCER OF LEGAL KNOWLEDGE IN THE FACE OF THE CLIMATE CRISIS THROUGH THE NOTION 'SITUATED KNOWLEDGES'

The strand of post-humanism endorsed in this article, drawing from feminist epistemology and from the post-modern critique of objective knowledge, takes a critical stance against dominant modes of knowledge production.⁷⁵ At its core, posthumanism argues that what is traditionally considered as 'credible' or 'objective' knowledge has been shaped by a male, Eurocentric, liberal perspective — one that ultimately happens to be very partial. Yet, for posthuman thinkers, the idea there exists a 'pure' scientific objectivity is nothing more than a rhetorical illusion, a construct falsely assuming that knowledge can be detached from social and material conditions and where the knower is fully exterior to the object of their study. Donna Haraway refers to this as the 'god trick of seeing everywhere from nowhere' that culminates in the elevation of disembodied rationality as the ultimate measurement of reality.⁷⁶ As an alternative, she proposes the concept of 'situated knowledges', emphasizing instead that the way we come to know what we know is always partial and incomplete. Briefly put, this position sustains that:

'[e]ach human being views the world from a specific standpoint, which is informed by their embodiments, individual experiences, social and cultural structures, religious beliefs and political choices, amongst other factors. Within this frame, the pursuit of disembodied neutral objectivity, traditionally claimed by scientific practice, is seen as rhetorical move which has historically benefited those who claimed it — more specifically, the same subjectivities who had explicit access to position of power [...]'.⁷⁷

It follows that multiplicity — as opposed to universality — is central to post-human scholarship.⁷⁸ Rather than replacing one hegemonic system of knowledge with another, post-humanism advocates for a polyphony of voices. The purpose of this is not to 'to seek partiality for its own sake'⁷⁹, but rather to create space for the deployment of multiple perspectives capable of challenging dominant hierarchies and enriching our understanding through more accountable and situated ways of knowing. As the excerpt above suggests, this methodological approach is rooted

⁷⁵ F. FERRANDO, 'Towards A Posthumanist Methodology: A Statement', *Frame*, vol 25(1), 2014, available at < <https://www.frameliteraryjournal.com/25-1-narrating-posthumanism/francesca-ferrando-towards-a-posthumanist-methodology-a-statement/>>, last visited on 10 February 2025, p. 11.

⁷⁶ D. J. HARAWAY, 'Situated knowledges: the Sciences Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective', *Feminist Studies*, vol 14(3), 1988, p. 581.

⁷⁷ F. FERRANDO, *Philosophical Post-humanism*, London, New York and Dublin: Bloomsbury Publishing, 2019, p. 151.

⁷⁸ R. BRAIDOTTI, *Posthuman Knowledge*, Cambridge: Polity Press, 2019, p. 16.

⁷⁹ D. J. HARAWAY, 'Situated knowledges: the Sciences Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective', *Feminist Studies*, vol 14(3), 1988, p. 590.

in the acknowledgment that humanism — and its generalized and universalized approach of the Human — has largely disregarded the plurality of human experience.⁸⁰ As a result, a posthuman approach to knowledge-production seeks to recover and value the perspectives of those who have been branded as ‘others’ and dismissed as irrational, that is the ‘sexualized, racialized and naturalized others’.⁸¹ Crucially, the search for ‘situated knowledges’ also extends beyond human forms of cognition, as will be further discussed below. As a post-anthropocentrism from which flows the commitment to de-centre the human, this approach also includes nonhuman entities as legitimate knowledge-producers. This requires attentiveness to nonhuman forms of communication, recognizing that meaning is not confined to human language or intellect. Instead, it demands an openness to:

‘the existence of other species, their needs, their habits, and their co-evolution, in relation to our species and all the other species. It means hearing their messages, which may not be verbal or intellective, but are still very clear’.⁸²

While much posthuman legal scholarship has concentrated on deconstructing (inter)national law’s ontological foundations, the present section explores their epistemic consequences. In other words, it asks how these ontological commitments have curtailed the possibility for epistemic plurality. Embracing such plurality in international law will, undoubtedly, take some doing — and certainly more than what this article can achieve. Yet, posthumanism — although not the sole critical framework through which such interrogations can be articulated — can help international lawyers to cultivate the ability to ask questions such as: ‘Who can — and does — produce (international) legal knowledge and norms?’; ‘What forms of knowledge does international law value and which silences are created or maintained in the process?’; ‘How is one’s own knowledge as a (legal) researcher situated and which biases might it inadvertently reproduce?’. These questions serve to better make sense of the underlying power dynamics at stake in the production of (international) legal knowledge. International law is, after all, a body of knowledge shaped by a community of international lawyers, many of whom are educated at a select group of institutions located in particular legal traditions.⁸³ The conventional legal methodologies they employ — such as legal positivism and its commitment to objectivity — frequently obscure these dynamics and overlook the forms of epistemic silencing embedded within the international

⁸⁰ F. FERRANDO, *Philosophical Post-humanism*, London, New York and Dublin: Bloomsbury Publishing, 2019, p. 54.

⁸¹ R. BRAIDOTTI, *The Posthuman*, Cambridge and Malden: Polity Press, 2013, p. 15.

⁸² F. FERRANDO, *Philosophical Post-humanism*, London, New York and Dublin: Bloomsbury Publishing, 2019, p. 152.

⁸³ E. JONES, C. VAN ELJK and G. HEATHCOTE, ‘The Common Heritage of Kin-Kind’, in E. JONES and M. ARVIDSSON (eds.), *International Law and Posthuman Theory*, Abingdon and New York: Routledge, 2024, p. 114.

legal regime.⁸⁴ This is so because they tend to present legal norms as neutral and universal without necessarily engaging with the historical and cultural contexts that have informed them. However, despite its universalist aspirations, international law as a discipline is far from being an impartial knowledge system and rather rests on a 'relatively monocultural episteme'.⁸⁵ Profoundly European and capital-friendly in its ideological orientation, the international legal framework has worked through a Cartesian 'epistemology of mastery', which has subordinated both 'Nature' and non-European peoples.⁸⁶ This has shaped how international norms emerged and who could be perceived as the producers of such norms. As many TWAIL scholars have already demonstrated, international law has in fact enforced hierarchical divisions, splitting the world into 'civilized' and 'uncivilized' peoples to determine 'who' could be(come) an international legal subject.⁸⁷ The level of progress needed to be admitted as part of the 'civilized nations' was heavily tied to a society's ability to shape and control 'its' environment.⁸⁸ As a consequence, the acquisition of international subjectivity — that is, the ability to participate in the production of international legal norms — was contingent on demonstrating the capacity to exploit the environment, which in turn legitimated the subordination of non-dominant ways of knowing and being in the world⁸⁹, such as Indigenous knowledge systems, which do not revolve around this standpoint.⁹⁰ These epistemological foundations continue to permeate the production and reception of international legal knowledge.

In this respect, the international legal regime governing climate change exemplifies how legal norms continue to reflect the epistemology of mastery that suppresses or marginalizes certain knowledges and actors. Treaties such as the Kyoto Protocol, the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and the Paris Agreement construct the 'climate' through legal structures that privilege

⁸⁴ H. CHARLESWORTH, 'Feminist Methods in International Law', *The American Journal of International Law*, vol 93(2), 1999, p. 392.

⁸⁵ A. GREAR, 'Towards a New Horizon: In Search of a Renewing Socio-Juridical Imaginary', *Onati Socio-Legal Series*, vol 3(5), 2013, p. 977.

⁸⁶ See, e.g. S. ADELMAN, 'Epistemologies of mastery', in A. GREAR and L. J. KOTZÉ (eds.), *Research Handbook on Human Rights and the Environment*, Cheltenham and Northampton: Edward Elgar, 2015.

⁸⁷ For a general overview, see: A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

See also: U. NATARAJAN and K. KHODAY, 'Locating Nature: Making and Unmaking International Law', in U. NATARAJAN and J. DEHM (eds.), *Locating Nature: Making and Unmaking International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, pp. 37-39.

⁸⁸ U. NATARAJAN and K. KHODAY, 'Locating nature: making and unmaking international law', *Leiden Journal of International Law*, vol 27(3), 2014, p. 586.

⁸⁹ A. GREAR, 'International Law, Legal Anthropocentrism, and Facing the Planetary', in V. CHAPAUX, F. MÉGRET and U. NATARAJAN, *The Routledge Handbook of International Law and Anthropocentrism*, Abingdon and New York, 2024, p. 167.

⁹⁰ L. M. COLLINS, 'Environmental Resistance in the Anthropocene', *Onati Socio-Legal Series*, vol 10(6), 2020, p. 1323.

scientific, economic and policy-driven epistemologies.⁹¹ For instance, article 4(1) of the Paris Agreement stipulates that greenhouse gas emissions must be reduced according to the ‘best available science’, feeding into a Euro-modern vision that elevates scientific expertise as the ultimate benchmark for shaping legal and policy responses to climate change. Similarly, article 10 insists on the importance of technology to cope with climate change and seeks to promote cooperation in matters of technological transfer. The argument should not be mistaken for a ‘post-truth’ rejection of climate science. Indeed, scientific understandings of the climate have been immensely helpful in tracing the scale and extent of ecological destruction and techno-scientific solutions can meaningfully tackle climate deregulation.⁹² We do need climate science and, indeed, the best of it. However, as Bruno Latour warned, it needs to come ‘without the ideology of nature that has been attached’⁹³ to it, for climate science has tended to promote a vision of the climate as a distant and depersonalized phenomenon, reproducing the ‘God-trick of absolute knowledge and control of the global climate system’⁹⁴. Under such framing, localized experiences and voices are forced to fit under the “panoptic gaze” of global climate models’, with their specificities and own worldviews being erased when incorporated within these totalizing narratives.⁹⁵ For example, article 7 of the Paris Agreement acknowledges the importance of integrating local and indigenous knowledge systems. Yet, this inclusion remains largely symbolic and subject to co-option. Indigenous knowledge holders and local people are classified as ‘stakeholders’ rather than decision-makers or experts capable of meaningfully shaping international legal responses.⁹⁶ Mechanisms such as the Local Communities and Indigenous Peoples Platform (LCIPP) have been established to facilitate Indigenous participation, but they are never placed on an equal footing with the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) experts and state representatives. At best, Indigenous

⁹¹ D. PETROVA and T. FERRANDO, ‘Three Enclosures of International Law: Commoning Premises, Processes and Aims’, in U. NATARAJAN and J. DEHM (eds.), *Locating Nature: Making and Unmaking International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 269.

⁹² K. BIRRELL, ‘Narrating Nature: Climate Imaginaries in International Law’, in U. NATARAJAN and J. DEHM (eds.), *Locating Nature: Making and Unmaking International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 337.

⁹³ Bruno Latour argues, ‘we need to be able to count on *the full power of the sciences*, but *without the ideology of “nature”* that has been attached to that power’, i.e. a conception of nature that is external to us and profoundly objectified (*Down to Earth: Politics in the New Climatic Regime*, Cambridge: Polity Press, 2018, p. 65).

⁹⁴ A. L. ISRAEL and C. SACHS, ‘A Climate For Feminist Intervention: Feminist Science Studies and Climate Change’, in M. ALSTON and K. WHITTENBURY (eds.), *Research, Action and Policy: Addressing the Gendered Impacts of Climate Change*, Dordrecht, Springer, 2013, p. 33.

⁹⁵ K. BIRRELL, ‘Narrating Nature: Climate Imaginaries in International Law’, in U. NATARAJAN and J. DEHM (eds.), *Locating Nature: Making and Unmaking International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 337.

⁹⁶ D. PETROVA and T. FERRANDO, ‘Three Enclosures of International Law: Commoning Premises, Processes and Aims’, in U. NATARAJAN and J. DEHM (eds.), *Locating Nature: Making and Unmaking International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 269.

knowledge is treated as a resource to be 'harnessed', which demonstrates how it is ultimately assimilated into the dominant epistemic framework of climate governance — one wherein scientific expertise, then turned into legal standards, largely continues to be upheld as the highest and most authoritative form of knowledge for climate law-making.⁹⁷ The recent ICJ's advisory opinion on the Obligations of States in respect of Climate Change largely confirms this. While Vanuatu — the state that initiated the request for an ICJ ruling⁹⁸ — has a population of over 95% of Indigenous people⁹⁹, the Court grounded its analysis primarily in the assessments made by the IPPC, thereby privileging climate science over alternative epistemologies.¹⁰⁰ A post-humanist, situated methodology would seek to challenge this implicit hierarchy and imagine what forms international climate law might take if it were not exclusively resting on Western technocratic epistemologies but were instead co-produced with many other alternative governance models. In this light, the role of the legal researcher is to engage with multiple, grounded standpoints such as local and Indigenous perspectives but also 'degrowth, ecosocialism, ecofeminism, conviviality, earth spirituality, pacifism, deep ecology, social ecology, commons, environmental justice, eco-anarchism, working-class environmental, and rights of nature'.¹⁰¹ This engagement involves tracing the patterns of dissonance and resonance that emerge from these diverse worldviews with the aim to understand which specific insights can (or cannot) be gained from each. While some research is already moving in this direction¹⁰², the crux of the challenge now lies in transforming existing decision-making processes to enable multiple and non-hierarchical ways of knowing to coexist, inform and complement one another in shaping legal norms and strategies.

As suggested above, the posthuman turn towards plurality underscores the need to investigate not only which actors who have been subordinated but also those rendered completely invisible within the current legal architecture — a task which

⁹⁷ J. HAVERKAMP, 'The De/Coloniality of Global Climate Governance and Indigenous Politics within the UNFCCC', in F. SULTANA (ed.), *Confronting Climate Coloniality: Decolonizing Pathways for Climate Justice*, London and New York: Routledge, 2024, p. 56.

See also: K. BIRRELL, 'Narrating Nature: Climate Imaginaries in International Law', in U. NATARAJAN and J. DEHM (eds.), *Locating Nature: Making and Unmaking International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, pp. 340-344.

⁹⁸ S. FARRAN, 'Vanuatu leads drive to secure an opinion from the international court of justice on state responsibilities to turn words into action on climate change', *The University of Queensland Law Journal*, vol 42(3), 2023, p. 414.

⁹⁹ *Obligations of States in Respect of Climate Change*, Written Statement submitted by the Republic of Vanuatu, 21 March 2024, para 117.

¹⁰⁰ *Obligations of States in Respect of Climate Change*, Judgment, Advisory Opinion of 23rd July 2025, paras 72-87.

¹⁰¹ I. OFFOR and A. CARDESA-SALZMANN, 'Multispecies lawscapes in the Anthropocene: Priorities for a critical, constitutional turn in climate change and biodiversity law', in P. MCCORMACK and R. CADDELL (eds.), *Research Handbook on Climate Change and Biodiversity Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2024, p. 404.

¹⁰² See, e.g., A. J. NIGHTINGALE, 'Adaptive scholarship and situated knowledges? Hybrid methodologies and plural epistemologies in climate change adaptation research', *Area*, vol 48(1), 2016, pp. 41-47.

extends beyond the human realm alone. As Sam Adelman notes, ‘nature [and animals] ha[ve] always shaped the form and content of law, particularly through the commodification of nature as private and sovereign property [...], [b]ut nature has been treated as a backdrop rather than an actor.’¹⁰³ It may come as no surprise that the international climate legal regime largely follows this rationale, as the latter systematically silences the agency of natural entities and fails to recognize their potential as active contributors capable of shaping legal responses to climate change. International climate law thus continues to treat nonhumans as either mere ‘resources’ to be governed through human interventions and for the benefit of humanity or as commodities that can be traded to achieve climatic objectives. On the one hand, the Paris Agreement primarily conceives of forests and oceans through an objectified lens. It treats them as ‘sinks and reservoirs of greenhouse gases’¹⁰⁴, that is, as *tools* for climate mitigation and not as dynamic ecosystems with their own forms of agency. This language reinforces a legal paradigm where ecological systems are stripped of any subjectivity and are reduced to their functional value in relation to human-centered goals. On the other hand, the architecture of international climate law is deeply embedded in market-based mechanisms, such as carbon trading systems.¹⁰⁵ As such, this participates in the construction of a simplified and profoundly neoliberal imaginary wherein carbon dioxide is a commodifiable ‘object’ — a unit that can be quantified, exchanged and traded within global markets, rather than as a fluid and somehow lively set of molecules that circulate through our bodies, plants, cars and a myriad of other beings and entities.¹⁰⁶ A situated epistemology would require a fundamental shift in legal thought by starting to include nonhuman entities as subjects capable of producing forms of knowledge that contribute to understanding ‘our’ climate system and shaping legal responses accordingly. To build on a concrete example, termites are known to build complex mounds that function as highly efficient, self-regulating structures that maintain stable internal temperatures despite extreme external environmental fluctuations. The architect Mike Pearce has designed the Eastgate Centre, located in Harare, Zimbabwe which mimics the thermoregulatory structures of the termite mounds and incorporates passive cooling systems that regulate indoor temperatures while adapting to important external thermal fluctuations.¹⁰⁷ This building

¹⁰³ S. ADELMAN, ‘A legal paradigm shift towards climate justice in the Anthropocene’, *Onati Socio-Legal Studies*, vol 11(1), 2021, p. 55.

¹⁰⁴ See: Preamble, article 4(1) and article 5(1).

¹⁰⁵ Notably, such mechanisms are to be found in article 6 of the Paris Agreement which allows states to ‘pursue voluntary cooperation in the implementation of their nationally determined contributions’ and which can involve ‘the use of internationally transferred mitigations outcomes’. The European Union also provides for such carbon trading mechanisms, through its ETS system. The EU ETS system is covered by the (consolidated) Directive 2003/87/EC.

¹⁰⁶ J. DEHM, ‘One tonne of carbon dioxide equivalent’, in J. HOHMANN and D. JOYCE (eds.), *International Law’s Objects*, Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 307.

¹⁰⁷ E. POUYDEBAT, *Quand les animaux nous inspirent*, Paris : Odile Jacob, 2019, p. 80.

has been regarded as a successful example of climate-adaptive design using animal intelligence, suggesting that non-human species can also meaningfully contribute to directing climate action. Accordingly, it offers pathways to rethink to adaptation laws in a way that integrate non-human knowledge systems into legal frameworks governing resilience to climate change. At the same time, this example reveals the ambivalence of applying posthumanist insights, as it can lead to the instrumentalization of nonhuman knowledges for human benefit if one is not vigilant. This echoes a critique raised by several scholars who have warned that posthumanist and new materialist frameworks can become — somewhat paradoxically — complicit with neoliberal agendas.¹⁰⁸ In the context of the climate crisis, this risk is particularly problematic, as it deflects attention from the structural dynamics of fossil capitalism.¹⁰⁹ While this critique is wholly legitimate, it would be unfair to claim that the authors mobilized herein completely disregard the imperative of positioning their work within a broader critique of capitalism. Braidotti, for example, identifies advanced capitalism as having engendered a perverse form of posthumanism by commodifying both the human and nonhuman life as sources of profit¹¹⁰, while Haraway reminds that, if there were one word to best capture our epoch, it would not be the Anthropocene but rather the Capitalocene¹¹¹. Of course, mere denunciation is insufficient to counter capitalism.¹¹² Its resilience lies in its capacity for affective and epistemic capture: that is, it forecloses other ways of imagining the world and naturalizes the belief that there is no alternative form of life that could exist outside of its logic.¹¹³ It is precisely because posthumanism can unsettle this capture that it remains relevant. A posthumanist take on international law may thus operate as a complement to Marxist analyses, which have powerfully demonstrated

¹⁰⁸ For example, it has been pointed that an uncritical celebration of hybridity and nondualist ontologies discussed above ends up inadvertently reaffirming the rationale of late capitalism, which often operating by dissolving boundaries and disregarding the integrity of human and nonhuman bodies alike.

See: Z. WEISBERG, 'The Trouble with Posthumanism: Bacteria are People Too', in J. SORENSON (ed.), *Thinking the Unthinkable: new Readings in Critical Animal Studies*, Toronto, Canadian Scholar's Press, 2014, p. 99 ; L. PELLIZZONI, 'New Materialism and Runaway Capitalism: A Critical Assessment', *Soft Power*, vol 5(1), 2017, p. 73; B. BOYSEN, *The Embarrassment of Being Human: A Critical Essay on the New Materialisms and Modernity in an Age of Crisis*, New York and London: Routledge, 2025, pp. 64-66.

¹⁰⁹ A. MALM, *The Progress of this Storm: Nature and Society in a Warming World*, London and Brooklyn: Verso, 2018, available at: < <https://underworldsffzg.wordpress.com/wp-content/uploads/2018/10/andreas-malm-the-progress-of-this-storm-2018-verso-books.pdf>>, pp. 58-84.

¹¹⁰ R. BRAIDOTTI, *The Posthuman*, Cambridge and Malden: Polity Press, 2013, p. 7.

¹¹¹ D.J. HARAWAY, *Staying with the Trouble: Making Kin in the Chthulucene*, Durham and London, Durham University Press, 2016, p. 47.

¹¹² I. STENGERS and Ph. PIGNARRE, *La sorcellerie capitaliste : pratiques de désenchantement*, Paris : La Découverte, 2005, p. 20.

¹¹³ For Stengers and Pignarre, capitalism's power indeed functions as a sort of 'sorcery' because it transforms our collective imagination until capitalism appears as self-evident, therefore 'disempower[ing] any possibility of action that might find a reference point outside of the system and its logic'.

See: I. STENGERS and Ph. PIGNARRE, *Capitalist Sorcery: Breaking the Spell*, Basingstoke and New York: Palgrave MacMillan, 2011, p. 27.

how the very structures and concepts of the field are implicated in sustaining the economy of global capitalism through and through.¹¹⁴ Without displacing the relevance of a structural analysis of the latter, posthumanism seeks instead to work on a different analytical plane by reorienting our sensibilities and rendering nonhuman life a ‘matter of concern’¹¹⁵, thereby inviting towards subtler forms of resistance to capitalism’s hold. In fact, as it demands us to cultivate alternative affective and perceptual registers towards the world, such a standpoint proves effective in resisting a purely extractive logic reducing the natural realm to a set of commodities and in reminding that the ecological crisis is not (solely) a socio-economic crisis but *also* a crisis of sensitivity.¹¹⁶ For legal thought, this for example means encouraging juridical norms addressing climate change to go beyond the inclusion of nonhuman entities in a utilitarian sense and to make them responsive to the needs and role of nonhuman actors themselves. Foregrounding these thus ‘require new ways of representing the claims of non-human, living components of ecosystems’ in order to foster reciprocal and non-hierarchical relationships.¹¹⁷ Corals are bleaching as a result of ocean acidification and rising temperatures; melting icebergs in the Arctic produce thunder-like noises and the sound of wildlife displaced by deforestation is massive.¹¹⁸ Their speech might not be similar to that of humans, but their communicative signals are still intelligible. How is law capable of hearing and translating these? How can the resources present within the juridical apparatus be deployed to render justice to the full range of knowledges that may contribute to addressing climate change? Various proposals — which have yet to permeate the international legal arena — are beginning to emerge in legal scholarship, advocating for renewed modes of attention to the nonhuman world. They range from granting legal personhood to ecosystems or animals¹¹⁹ to creating new sets of obligations, such as

¹¹⁴ See, e.g. N. TZOUVALA, *Capitalism as Civilisation: A History of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

¹¹⁵ I take the term from Latour’s article ‘Why Has Critique Run out of Steam: From Matters of Fact to Matters of Concern’, where he exposes the conceptual dead-end that academic critique has reached.

See: B. LATOUR, ‘Why Has Critique Run out of Steam: From Matters of Fact to Matters of Concern’, *Critical Inquiry*, 2004.

See also: T. SKIVEREN, ‘New Materialism and the Eco-Marxist Challenge: Ontological Shadowboxing in the Environmental Humanities’, *Environmental Humanities*, vol 15(2), 2023, p. 189.

¹¹⁶ See: M. EJSING, ‘Why the turn to matter matters: a response to post-Marxist critiques of new materialism’, *Thesis Eleven*, vol 181(1), 2024, p. 67.

¹¹⁷ I. OFFOR and A. CARDESA-SALZMANN, ‘Multispecies lawscapes in the Anthropocene: Priorities for a critical, constitutional turn in climate change and biodiversity law’, in P. MCCORMACK and R. CADDELL (eds.), *Research Handbook on Climate Change and Biodiversity Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2024, p. 409.

¹¹⁸ E.g. F. FERRANDO, *Philosophical Post-humanism*, London, New York and Dublin: Bloomsbury Publishing, 2019, p. 54.

¹¹⁹ For an example, see: E. JONES, ‘Posthuman International Law and the Rights of Nature’, *Journal of Human Rights and the Environment*, vol 12, 2021, pp. 77-101.

It should be noted that these proposals, if not accompanied by a reconceptualization of legal subjectivity itself, might however reproduce a liberal and individualistic understanding of rights-based approaches, furthering re-entrenching a logics of separation that might not resonate well with post-humanist methods.

an obligation to listen to nonhuman constituencies and granting them with speech rights¹²⁰. They also include calls to recognize animals as epistemic subjects¹²¹, to 'notice' nonhuman animals and entities to regulate multispecies collaborative normativities¹²² or to develop new conceptual approaches — such as the 'cosmo-legal'¹²³ — integrating both human and non-human laws.

Ultimately, a posthumanist methodology seeks to foster legal practices capable of questioning the way international law erases or subordinates both subaltern forms of human knowledge and nonhuman agencies. It therefore calls for the creation of legal norms that are open to diverse epistemologies and attuned to the communicative signals of the 'more-than-human' world. Admittedly, such a call for pluralization does not resolve the question of which forms of knowledge should take precedence — if any — and there is always the risk that differences amongst distinct forms of intelligence become blurred in the process. Beyond this, posthumanism offers little guidance on how to navigate the tensions that emerge once those differences are acknowledged. Yet, it provides a much-needed corrective to law's current representational failure by opening space for new epistemic encounters that might expand the field of possible responses to the climate crisis.

III. METHOD 3: SPECULATIVE FABULATION OR THE ART OF IMAGINING LAW OTHERWISE

Posthuman research is inherently creative, animated by 'the conviction that critique and creativity work in tandem'¹²⁴. In order to counterbalance the lim-

For example, Braidotti argues against extending 'rights' to nonhuman animals because 'by attempting to redress the moral and legal balance in favour of animals, it humanizes them. This is problematic on two scores, firstly it confirms the binary distinction human/animal by extending one category — the human — to cover the other. Secondly, it denies the specificity of animals altogether.'

See: R. BRAIDOTTI, *Transpositions: On Nomadic Ethics*, Cambridge and Malden, Polity Press, 2006, pp. 107-108.

¹²⁰ M. HARVEY and S. VANDERHEIDEN, 'For the trees have no tongues': eco-feedback, speech, and the silencing of nature', *Journal of Human Rights and the Environment*, vol 12, special issue, 2021, pp. 38-58.

¹²¹ For a proposal in this direction, see V. CHAPAUX, 'Non-human Animals as Epistemic Subjects of International Law', in V. CHAPAUX, F. MÉGRET and U. NATARAJAN, *The Routledge Handbook of International Law and Anthropocentrism*, Abingdon and New York, 2024, pp. 295-306.

¹²² I. OFFOR and A. CARDESA-SALZMANN, 'Multispecies lawscapes in the Anthropocene: Priorities for a critical, constitutional turn in climate change and biodiversity law', in P. MCCORMACK and R. CADDELL (eds.), *Research Handbook on Climate Change and Biodiversity Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2024, p. 411.

See, for a similar proposal: A. GREAR, 'Legal Imaginaries and the Anthropocene: 'of' and 'for'', *Law and Critique*, vol 31, 2020, pp. 360-364.

¹²³ E. CIRKOVIC, 'The Next Generation of International Law: Space, Ice and the Cosmolegal Proposal', *German Law Journal*, vol 22, 2021, pp. 147-167.

¹²⁴ R. BRAIDOTTI and M. HLAVAJOVA, 'Introduction', in R. BRAIDOTTI and M. HLAVAJOVA (eds.), *Posthuman glossary*, London and New York: Bloomsbury, 2018, p. 1.

its of endless deconstruction, it advances an ‘affirmative politics that leads to alternative projects and possibilities in research’.¹²⁵ The core objective of such politics is to imagine new world-making practices that can generate less harmful dispositions towards the world.¹²⁶ One of the methods through which this affirmative orientation unfolds is speculative fabulation (SF), a term coined by Donna Haraway, which has gained increasing prominence amongst researchers within the social sciences and Anthropocene studies.¹²⁷ As part of her broader approach to rethinking the Anthropocene, SF serves as a thinking aid ‘to craft conditions for finite flourishing on terra, on earth’ and to inhabit thought differently in order to generate new possibles.¹²⁸ For Haraway, the fundamental task is to learn to become accountable for the concepts and ideas we use to craft this living together, as it matters ‘what matters we use to think other matters with; it matters what stories we tell to tell other stories with; it matters what knots knot knots, what thoughts think thoughts, what descriptions describe descriptions, what ties tie ties. It matters what stories make worlds, what worlds make stories.’¹²⁹ Her contention is that meaning-making always has material implications: our concepts and narratives do not only reflect the world but actively shape it. Hence, how we think — through the categories we use, the stories we choose to tell, the metaphors or figurations we invoke — constructs the reality we inhabit. Haraway calls on us to attend to the stories that populate our collective (legal) imaginaries — stories of possessive individualism, extraction, domination and progress — in order to consider alternative ways of knowing susceptible of resisting these entrenched narratives and of enriching reality through new sensitivities. To fabulate, then, is not to sever oneself from reality, but to experiment with relations through which new ways of being, feeling, and thinking might emerge.¹³⁰ Applying the notion to the common heritage of mankind (CHM) to include the ‘more than human’ into such legal (anthropocentric) concept, Jones *et al.* argue that

¹²⁵ J. B. ULMER, ‘Post-humanism as a research methodology: inquiry in the Anthropocene’, *International Journal of Qualitative Studies*, vol 30(9), 2017, p. 838.

See also: FL. CORD, ‘Critique, Repair, Escalation: Three Modes of Posthumanist Theorizing’, *Interconnections: Journal of Posthumanism*, vol 1(2), 2022, pp. 5-6.

¹²⁶ T. SKIVEREN, ‘New Materialism and the Eco-Marxist Challenge: Ontological Shadowboxing in the Environmental Humanities’, *Environmental Humanities*, vol 15(2), 2023, p. 189.

¹²⁷ M. Forêt and K. Yulmuk-k, ‘Nouvelle alliance entre science et fiction : Éléments pour une théorie de la fabulation spéculative », *Revue critique de fiction française contemporaine*, vol 28, 2024, pp. 2 and 6.

¹²⁸ D.J. HARAWAY, *Staying with the Trouble: Making Kin in the Chthulucene*, Durham and London, Durham University Press, 2016, p. 10.

See also: A. WIAME, ‘Gilles Deleuze and Donna Haraway on Fabulating the Earth’, *Deleuze and Guattari Studies*, vol 12(4), 2018, p. 532.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 12, as cited in: E. JONES, C. VAN EIJK and G. HEATHCOTE, ‘The Common Heritage of Kin-Kind’, in E. JONES and M. ARVIDSSON (eds.), *International Law and Posthuman Theory*, Abingdon and New York: Routledge, 2024, p. 113.

¹³⁰ I. STENGERS, *Apprendre à bien parler des sciences : la vierge et les neutrinos*, Paris, La Découverte, 2023, pp. 154 and 156.

‘[s]peculative fabulation has much potential when applied to international law, which is a discipline supposedly governed by rules, or ways of determining what the law is and what it is not. These rules include the doctrine of precedent, rules on how to interpret treaties, rules on how to attribute responsibility, and so on’.¹³¹

Without denying the importance of studying the state of positive international law, speculative fabulation therefore invites a move beyond legal formalism and requires embracing a more radical and forward-looking legal imagination. SF thinking encourages us to decenter for a moment questions like ‘what is international law?’ in order to ask instead ‘what could international law become if we were to rethink its foundational working assumptions?’. While Jones *et al.*’s work has drawn on SF to reconceptualize the CHM principle, this method can be deployed to reconfigure other international legal concepts — ranging from the notion of international responsibility to the figure of the ‘individual’ within human rights law —, or to reinvigorate alternative methodologies — such as the feminist practice of rewriting judgements, which is itself an inherently fabulative endeavour.

As much of the existing speculative work has centered on the notion of the commons and on the meaning of collectivities¹³² and since this contribution focuses on climate change, we propose to extend this emerging trend by imagining what new climatic commons might look like. To think speculatively about such commons in international law requires revisiting some of its most entrenched concepts. One such concept is that of state sovereignty. As one of the organizing notions in international law, sovereignty has come to define the rules dictating how our international legal co-existence should be organized and has profoundly structured the way we are told to navigate the notions of territory and ecological governance.¹³³ State sovereignty has indeed served to tell legal stories of territorial enclosures, erecting fairly rigid and artificial latitudinal and longitudinal coordinates

¹³¹ E. JONES, C. VAN EIJK and G. HEATHCOTE, ‘The Common Heritage of Kin-Kind’, in: E. JONES and M. ARVIDSSON (eds.), *International Law and Posthuman Theory*, Abingdon and New York: Routledge, 2024, pp. 114-115.

¹³² M. Forêt and K. Yulmuk-k, ‘Nouvelle alliance entre science et fiction : Éléments pour une théorie de la fabulation spéculative », *Revue critique de fiction française contemporaine*, vol 28, 2024, p. 6.

For previous applications of new materialism and posthumanism to the notion of the commons, see: A. GREAR, ‘Resisting Anthropocene Neoliberalism: Towards New Materialist Commoning?’, in A. GREAR and D. BOLLIER (eds.), *The Great Awakening: New Modes of Life amidst Capitalist Ruins*, 2020, Punctum books; M.-C. PETERSMANN, ‘Becoming Common — Ecological Resistance, Refusal, Reparation’, in E. JONES and M. ARVIDSSON (eds.), *International Law and Posthuman Theory*, Abingdon and New York: Routledge, 2024.

¹³³ Mario Prost argues, for example, that the concept of sovereignty has been — *from its very inception* — structured around the need to exploit the earth and that this features continues to permeate contemporary international law as the ‘international legal ontology of sovereignty — what it means to be a sovereign state in the world — remains intimately connected to, and to an extent, predicated upon, a willingness to subdue nature and bend it to human designs’.

as the markers of jurisdiction and control.¹³⁴ For example, it is a well-established principle of international law, holding customary status¹³⁵, that states have sovereignty over ‘their’ natural resources, reinforcing the idea that a state is responsible for the exploitation, control and protection of ‘their’ environment.¹³⁶ The current legal framework largely builds on an imaginary populated by autonomous, independent states, where foreign intervention is prohibited and territorial boundaries are strictly upheld. These legal geographies tend to ‘undermine the critical importance of building mutually supportive relationships that acknowledge the reality of our ecological interdependence’.¹³⁷ Sovereignty thus upholds an anthropocentric and state-centric approach that prioritizes national interests at the expense of collective ecological well-being. It follows that it becomes increasingly hard to ‘think with’ — to borrow from Haraway — state sovereignty to reimagine legal narratives capable of sustaining viable ecological futures.

What kinds of planetary stories capable of responding to our climate crisis might emerge when we seek to envision forms of legal cohabitation beyond these rigid state boundaries? To be clear, the meaning and concept of ‘common’ or ‘the commons’ is not alien to international law and has, in fact, been used multiple times. Some parts of the earth are classified as part of the ‘global commons’, the high seas¹³⁸ or Antarctica¹³⁹ being examples of this. As Jones *et al.* have already emphasized, some territorial zones are protected by the principle of the ‘common heritage of (hu)mankind’ (CHM), which aims at preventing their overexploitation and at ensuring fair distribution of economic resources between the Global South and the Global North.¹⁴⁰ This principle notably covers spaces

See: M. PROST, ‘One Vast Gasoline Station for Human Exploitation: Sovereignty as Anthropocentric Extraction’, in V. CHAPAUX, F. MÈGRET and U. NATARAJAN (eds.), *The Routledge Handbook of International Law and Anthropocentrism*, Abingdon and New York: Routledge, 2024, p. 14.

¹³⁴ M.-C. PETERSMANN, ‘Response-abilities of care in more-than-human worlds’, *Journal of Human Rights and the Environment*, vol 12, special issue, 2021, p. 111.

¹³⁵ *Armed Activities on the Territory of Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgement, I.C.J. Reports 2005, para 244.

¹³⁶ M.-C. PETERSMANN, ‘Response-abilities of care in more-than-human worlds’, *Journal of Human Rights and the Environment*, vol 12, special issue, 2021, p. 111; E. TOURME-JOUANNET, *Un Nouveau droit écologique: Habiter autrement la terre*, Bruxelles: Bruylant, 2024, p. 88.

¹³⁷ -C. PETERSMANN, ‘Response-abilities of care in more-than-human worlds’, *Journal of Human Rights and the Environment*, vol 12, special issue, 2021, citing S. SECK, ‘Moving Beyond the E-word in the Anthropocene’, in U. ÖZSU et al. (eds.), *The Extraterritoriality of Law: History, Theory, Politics*, London and New York: Routledge, 2019, p. 49.

¹³⁸ Art. 89 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) provides that no State may subject the high seas to its sovereignty.

¹³⁹ Art. IV(2) of the Antarctic Treaty stipulates that ‘no acts or activities taking place while the present Treaty is in force shall constitute a basis for asserting, supporting or denying a claim to territorial sovereignty in Antarctica or create any rights of sovereignty in Antarctica’, precluding sovereignty claims over the region.

¹⁴⁰ E. JONES, C. VAN EIJK and G. HEATHCOTE, ‘The Common Heritage of Kin-Kind’, in E. JONES and M. ARVIDSSON (eds.), *International Law and Posthuman Theory*, Abingdon and New York: Routledge, 2024, p. 105.

such as the deep seabed (the Area)¹⁴¹ and, to a lesser extent, outer space.¹⁴² Beyond physical spaces, certain global challenges, such as climate change, are also recognized as 'common concerns of humankind'.¹⁴³ However, despite this proliferation of a language of the commons, these legal categories never fundamentally destabilize the principle of state sovereignty and the conception of the environment that accompanies it in international law. While the Paris Agreement emphasizes the 'collective' dimension of climate action and seeks to promote international cooperation, it continues to operate within the constraints of positive international law and its relentless prioritization of state sovereignty. Ultimately, the precise determination of emissions reduction commitments is left to the discretion of each state, reaffirming their individual autonomy.¹⁴⁴ Similarly, the designation of certain territories as part of the 'global commons' or as falling under the scope of the CHM does not put into question the fact that all other known territories are 'subsumed under the conceptual grasp of State sovereignty'.¹⁴⁵ On the contrary, even within these, the freedom of all states to exploit the resources present therein¹⁴⁶ implicitly reaffirms the centrality of sovereignty and its concomitant prerogative to use natural resources — although

¹⁴¹ Art. 136 declares that '[t]he Area and its resources are the common heritage of mankind'.

¹⁴² Art. 1 of the Outer Space Treaty vaguely stipulates that outer space 'shall be the province of all mankind'.

¹⁴³ The Preamble of the Paris Agreement acknowledges that 'climate change is common concern of humankind' and then stresses the importance of respecting human rights when taking climate action.

The climate as a 'global common good' was also reaffirmed in the recent ICJ's advisory opinion.

See: *Obligations of States in Respect of Climate Change*, Judgment, Advisory Opinion of 23rd July 2025, para 440.

¹⁴⁴ Art. 4(2) is quite clear in that regard, as it reaffirms that it is ultimately up to each party to prepare and communicate their nationally determined contributions to achieve the 1.5° C target.

That being said, the ICJ recently suggested that state discretion in drafting their NDCs is not unlimited: '[...] the Court considers that the discretion of parties in the preparation of their NDCs is limited. As such, in the exercise of their discretion, parties are obliged to exercise due diligence and ensure that their NDCs fulfil their obligations under the Paris Agreement and thus, when taken together, are capable of achieving the temperature goal of limiting global warming to 1.5°C above pre-industrial levels, as well as the overall objective of the 'stabilization of greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system'.

See: *Obligations of States in Respect of Climate Change*, Judgment, Advisory Opinion of 23rd July 2025, para 245.

¹⁴⁵ U. NATARAJAN, 'The Global Commons: Deep sea, Outer Space and Beyond', *Ocean Yearbook*, vol 37, 2023, available at

<https://www.academia.edu/93463582/The_Global_Commons_Deep_Sea_Outer_Space_and_Beyond> (last accessed on 11 February 2025), p. 10.

¹⁴⁶ UNCLOS provides for the freedom of all States to fish in the high seas (art. 87(1)(e)) and allows states to exploit mineral resources in the Area, provided that it is not contrary to the benefit of mankind and in accordance to the rules established by the International Seabed Authority (art. 137(2)). The Outer Space Treaty declares that '[t]he exploration and use of outer space, including the moon and other celestial bodies, shall be carried out for the benefit and in the interests of all countries, irrespective of their degree of economic or scientific development, and shall be the province of all mankind.' (article 1).

such exploitation may be subject to restrictions intended to serve the interests of humankind.

As might now be clear, the notion of the commons that is envisioned here diverges from those present in positive international law. Discussions about the ‘commons’ are however far from new, as such practices have existed for centuries and have shown potential for alternative forms of living in community. Traditionally, the commons refer to a pool of resources — whether tangible or intangible — collectively managed by a community of users who hold a series of specific use rights over them.¹⁴⁷ A few decades ago, some theorists contended that commons comprising natural resources would inevitably lead to their degradation and depletion, a concept famously encapsulated in the ‘tragedy of the commons’.¹⁴⁸ However, since Elinor Ostrom has empirically refuted such thesis, demonstrating that communities can effectively self-govern shared resources without leading to their destruction¹⁴⁹, there has been a significant resurgence in scholarship and practice around commons governance. A detailed engagement with the existing literature on the subject falls well beyond the scope of this article. However, suffice it to say that because the commons provide ‘a recognition that complex situations and interdependencies linked to depletable resources can be successfully managed outside the dualism of the state and the market’¹⁵⁰, the concept provides a useful starting point to reflect on the possibilities of repopulating international law with alternative, less ecologically damaging imaginaries. What might it mean to speculate new climatic commons in a post-humanist sense? One visual tool that aids in this reimagining is the map of Eneropa, designed by Rem Koolhaas’s OMA as part of the project *Roadmap 2050: A practical guide to a prosperous, low-carbon Europe*. The map displayed below is a cartographic project that rethink Europe not as a collection of nation-states but as a territory organized around energy commons.¹⁵¹ In this alternative mapping of Europe, local geographies are reorganized on the basis of the renewable energy sources (Solaria, the Tidal States, the Isles of Wind, Geothermalia, ...) rather than national borders, with energy flows being distributed and shared on the basis of seasonal availability.¹⁵²

¹⁴⁷ V. DE LUCIA, ‘Thinking Law, Ecology and the Commons’, in A. GREAR and D. BOLLIER (eds.), *The Great Awakening: New Modes of Life amidst Capitalist Ruins*, 2020, Punctum books, p. 257.

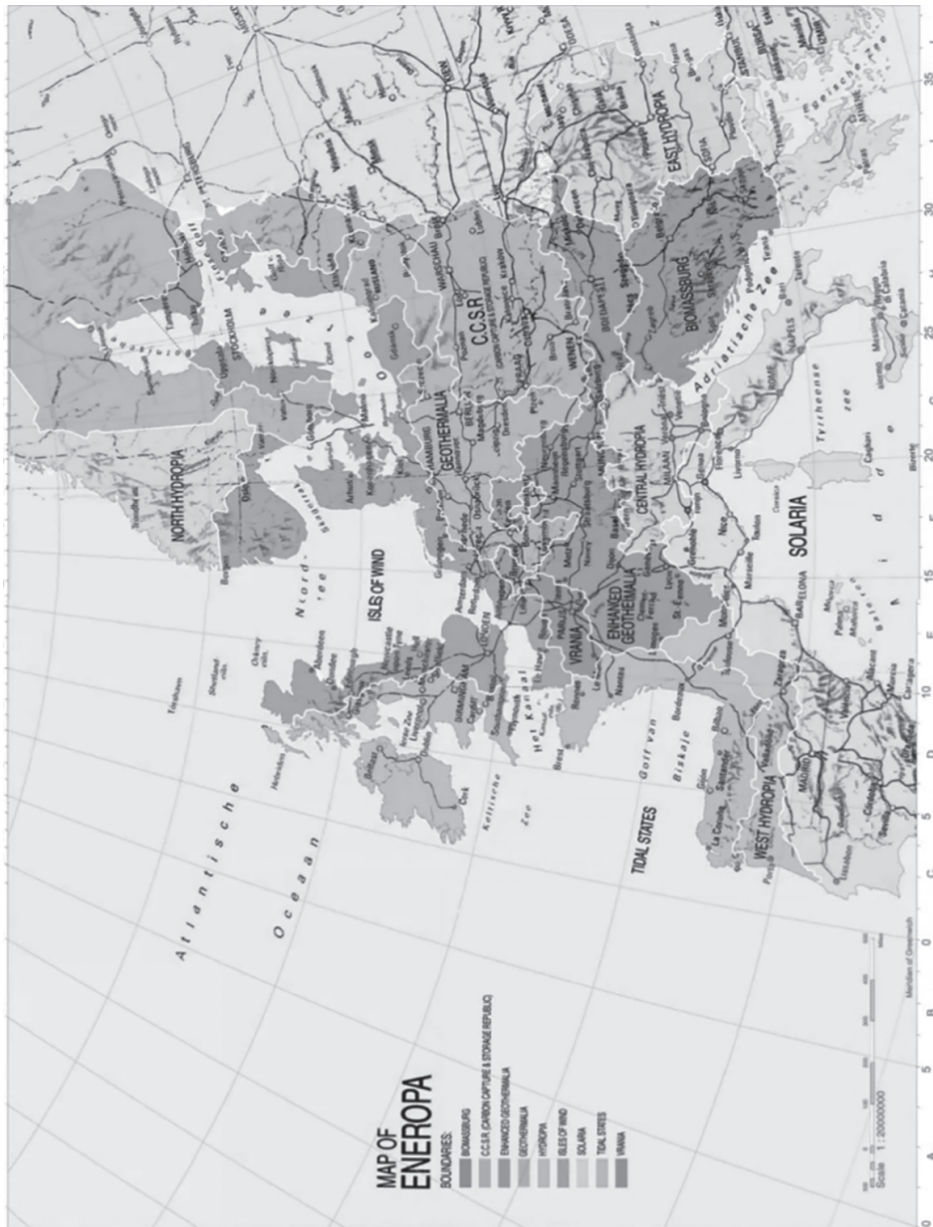
¹⁴⁸ G. HARDIN, ‘The Tragedy of the Commons’, *Science*, vol 162(3859), 1968, pp. 1243-1248.

¹⁴⁹ See: E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

¹⁵⁰ D. PETROVA and T. FERRANDO, ‘Three Enclosures of International Law: Commoning Premises, Processes and Aims’, in U. NATARAJAN and J. DEHM (eds.), *Locating Nature: Making and Unmaking International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 276.

¹⁵¹ OMA, *Roadmap 2050: A practical Guide to a Prosperous, Low-Carbon Europe*, available at <<https://cdn.sanity.io/files/5azy6oei/production/cc1316feb866c45f53cab7f44e837e141e4969d7.pdf>> (last accessed on 11 February 2025), pp. 176-177.

¹⁵² *Ibid*, pp. 68-69.



Roadmap 2050: A practical guide to a prosperous, low-carbon Europe

Arguably, such a map presents a plausible alternative to the current state-based model of resource control and seems to offer a deeper acknowledgement of our ecological interdependence. By proposing an energy commons that transcend national ownership, it invites the conceptualization of a legal space restructured around non-human forces, such as wind or thermal energy. This shift not only gives space for the agency of geological forces to shape our legal conception of territory, but also stands as an invitation for juridical institutions to recognize and be made responsive to the fluidity and unpredictability of natural forces. At first glance, the map might seem to reproduce rigid territorial boundaries. However, a closer examination reveals a more dynamic spatial logic. This fictive map indeed is a call for liquid, airy and solid material forces — rather than fixed boundaries — to generate renewed legal normativities and to become more attuned to ecological entanglements. In doing so, it disrupts our conventional legal imaginary, which traditionally conceives of law as dividing and cutting across what is, in reality, materially unified.¹⁵³ What would it mean to design legal mechanisms that are oriented towards coexistence instead of ownership, movement instead of fixity, and interdependence instead of an impermeable sovereignty? These questions, while speculative, point to the urgent need for legal frameworks to acknowledge the planetary scale of environmental crises and the necessity for transnational and more-than-human governance structures.

Surely, if this governance structure were to materialize, it would likely benefit humans and nonhumans alike by facilitating a transition away from fossil fuels and helping to mitigate the harmful effects of climate change. Yet, this map falls short of fully integrating post-humanist considerations. Eneropa remains framed around human needs and maintains a technocratic framework in which ‘Nature’ is transformed into ‘energy sources’ and is to be exploited for human well-being. In fact, while the agency of natural forces and their role in shaping law is foregrounded, they continue to be imagined as ‘resources to be managed’, without questioning who the managers are and what power dynamics underlie this management. In this speculative configuration, would the commoners be composed of the limited community of climate scientists, or would they include broader collectives too? How could decision-making be structured beyond human interests? Can such reterritorialization resist neoliberal forms of eco-managerialism?¹⁵⁴ A more truthful legal account of a post-humanist commons demands a critical engagement with the interspecies relationships at stake in this scenario. As Anna Grear notes when discussing neo-materialist commoning, many conceptions of the commons still

¹⁵³ D. PETROVA and T. FERRANDO, ‘Three Enclosures of International Law: Commoning Premises, Processes and Aims’, in U. NATARAJAN and J. DEHM (eds.), *Locating Nature: Making and Unmaking International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, p. 282.

¹⁵⁴ A. GREAR, ‘Resisting Anthropocene Neoliberalism: Towards New Materialist Commoning?’, in A. GREAR and D. BOLLIER (eds.), *The Great Awakening: New Modes of Life amidst Capitalist Ruins*, 2020, Punctum books, pp. 339-340.

implicitly assume that commoners are exclusively human.¹⁵⁵ Fabulating the commons from the vantage of post-humanist thought requires 'an ongoing commitment to fleshing out the web of lively and mechanical interconnections that remain unseen prior to the establishment of a common relation'.¹⁵⁶ This suggests that more attentive practices of 'energy commoning' should not only reconfigure how energy sources can be redistributed and shared in common amongst humans. A 'rewilded' Eneropa would also attend to the more-than-human entanglements implied by such forms of commons. How would territory be shared with other species? Does the envisioned division of territory respond to the needs and well-being of nonhuman species and life, or does it merely extend human control in new forms? For instance, what are the implication for avian species affected by the wind energy production within the Island of Wind? Would their migration patterns be affected by the wind turbines necessary to this renewed spatial configuration? Does tidal power disrupt marine ecosystems and, if so, in what ways? In sum, imagining a posthuman commons that can aptly respond to our changing climatic conditions requires that we pay attention to each other in the ongoing multispecies stories that compose the world. This entails an acknowledgment that living on earth is a matter of navigating the dense, dynamic, and often unpredictable relationships between human and nonhuman beings. It demands legal practices of reciprocal care where commoning — or, better, a *living in* common — is not simply a matter of resource management but a continuous negotiation of cohabitation, responsibility, and learning to live and die well together.¹⁵⁷

SOME CONCLUDING THOUGHTS

International law as a discipline has relied on some working assumptions that can no longer account for our planetary situation and for the multidirectional and systemic violence that obtain therefrom. At a fundamental level, international law works through rigid categories and divisions that are ill-equipped to think through and about the messiness of our present reality. We need new theorizing capable of grappling with the uncertainty of our times to create a more livable future for life on Earth. This cannot be done without relinquishing our old legal certainties and modes of reasoning that simplify too quickly and flatten out the thick, relational and multi-species complexities of the Anthropocene. Embracing epistemic humility, that is, to be open to the unknown(able) and the unpredictable unfolding of the world is the first step in that direction. Post-humanism, precisely

¹⁵⁵ Ibid., pp. 335-336.

¹⁵⁶ L. G. WEBER, 'The Commons', in R. BRAIDOTTI and M. HLAVAJOVA (eds), *Posthuman Glossary*, London, New York and Dublin: Bloomsbury, 2018, p. 86.

¹⁵⁷ D.J. HARAWAY, *Staying with the Trouble: Making Kin in the Chthulucene*, Durham and London, Durham University Press, 2016, p. 28.

because it emphasizes complexity and relationality instead of individuality and uniformity, provides one of the many theoretical tools available to the legal researcher to engage in this endeavor. While a post-human methodology resists a strict definition, we have engaged with three modes of inquiry that can offer complementary approaches to rethinking international legal research and theory in the face of planetary crises. Below is a table that outlines the key insights that can be gained from applying post-humanism to international law.

	Conventional legal methodologies	Post-humanist legal methodologies
What to research?	Siloed and fragmented reasoning with separate sub-fields (environmental law, human rights, trade law,...) Unitary legal categories (subject/object, human/non-human, state/non-state, ...)	Law as relational; emphasis on the material interconnections between different legal domains Rejection of bounded categories; recognition of the legal entanglements between humans and non-humans; agency as co-produced
Who produces legal knowledge?	Experts, legal scholars, states and their representatives, scientific institutions	Experts, legal scholars, states and their representatives, scientific institutions Subaltern knowledges and epistemologies Non-human intelligence (non-human animal, natural, technological)
How is legal knowledge produced?	Abstract, positivist, and text-based reasoning Backward-looking through precedents and established rules	Situated/material/place-based thinking Forward-looking through creative, experimental methodologies

Of course, a post-humanist methodology is not without limits. Some legal scholars have stressed that such limits include working with international law in the first place. Emily Jones remarks that there is ‘an inherent tension between wanting to work within international law but then having to accept international law’s constraints when doing so’.¹⁵⁸ While the reasoning might appear somehow circular, it nonetheless points to a deeper tension at stake when we apply a post-humanist

¹⁵⁸ E. JONES, *Feminist Theory and International Law: Posthuman Perspectives*, Abingdon and New York, Routledge, 2023, p. 155.

analysis to international law, as the two pull in opposite, perhaps sometimes irreconcilable, directions. Law and its regulatory grasp require legal certainty and easily predictable rules that can be applied to a wide range of scenarios. Post-humanism, to the contrary, insists on fuzziness, indeterminacy and a radical deconstruction of closed identities, viewing reality as a set of constantly emerging and shifting relations. Besides the aforementioned risk of neoliberal reappropriation, it might be wondered whether legal regulation can ever capture the full implications of the radical complexity that post-humanism calls for. For example, if agency is understood as co-emergent instead of unitary, a post-humanist legal framework might render the attribution of legal responsibility more diffuse and therefore difficult to pinpoint.¹⁵⁹ As a result, we must remain critical about what post-humanist insights can bring to international legal theory and practice and ask whether it is desirable to seek to fully operationalize them within existing legal frameworks. Do they enhance justice and accountability, or do they risk undermining the effectiveness of international legal mechanisms by making legal responsibility overly diffuse? Should responsibility be re-collectivized or is individual accountability, to the contrary, the only effective means to ensure compliance with international obligations? And does post-humanism as a theory need to be complemented with other theories, such as eco-Marxist ones? In addition — and perhaps this is the greatest difficulty that scholars coming from the social sciences might encounter when trying to navigate post-humanist waters — how much non-anthropocentric thinking can be achieved beyond shallow rhetorical or linguistic calls for the legal inclusion of the more-than-human? Is there a risk of lapsing into an anthropomorphizing of nonhuman will and needs, which paradoxically reaffirms human-centered ways of understanding agency and subjectivity? These questions all need to be carefully unpacked. Yet, bringing post-humanist insights and methods to the realm of international law remains a project that deserves attention. True, it asks difficult questions and provide no ready-made solutions. However, it fosters a certain sensitivity or attunement to see what had remained unnoticed prior to the asking of the question. Rather than seeing post-humanism and international law as fully incompatible, we should instead explore their productive tensions. These point to the gaps and blind spots of the international legal discipline, which is not static or immutable. By embracing post-humanist methodologies, we can resist the closures enacted by dominant international legal narratives and learn to tell new stories for earthly survival.

¹⁵⁹ J. HOHMANN, 'Diffuse subjects and dispersed power: New materialist insights and cautionary lessons for international law', *Leiden Journal of International Law*, vol 34, 2021, pp. 598-602.



Évaluer démocratiquement les politiques publiques de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse : apports d'une rencontre avec le terrain via des méthodes de recherche qualitative

par Camille GAMBI-ARNOLD*
et Mehdi NZUZI MBOMBO**

ABSTRACT

Cet article présente une recherche qui a proposé une évaluation démocratique de la mise en œuvre des principes fondamentaux du *Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse* (CPAJPJ) dans le secteur concerné. En se basant sur une méthodologie qualitative incluant à la fois un volet consultatif et participatif, la recherche met en lumière la coexistence de rapports pluriels qu'entretiennent les acteurs d'un même secteur avec une norme spécifique (en l'occurrence, la norme légale) tout en mobilisant une diversité d'autres normes, qu'elles soient organisationnelles, professionnelles ou d'une autre nature. L'article examine aussi les différentes conceptions de l'évaluation des politiques publiques et leurs implications sur le type de résultats proposés.

This article presents research that proposed a democratic evaluation of the implementation of the fundamental principles of the CPAJPJ within the relevant sector. Based on a qualitative methodology that includes both consultative and participatory components, the research highlights the coexistence of multiple relationships that actors within the same sector maintain with a specific norm (in this case, the legal norm) while simultaneously engaging with a variety of other norms, whether organizational, professional, or of another nature. The article also examines the different approaches to public policy evaluation and their implications for the types of results produced.

Dit artikel presenteert een onderzoek dat een democratische evaluatie heeft voorgesteld van de implementatie van de fundamentele principes van het CPAJPJ in de betrokken sector. Op basis van een kwalitatieve methodologie, die zowel een raadplegend als participatief luik omvat, belicht het onderzoek de co-existentie van meervoudige relaties die actoren binnen dezelfde sector onderhouden met een specifieke norm (in dit geval de wettelijke norm), terwijl ze ook een

* Doctorante boursière en criminologie à l'UCLouvain et à l'UOttawa, CRID&P.

** Doctorant en criminologie à l'UCLouvain, Assistant en criminologie à l'UCLouvain, CRID&P.

verscheidenheid aan andere normen hanteren, zoals organisatorische, professionele of andere normen. Het artikel onderzoekt bovendien de verschillende opvattingen over de evaluatie van overheidsbeleid en de implicaties daarvan voor het type resultaten dat wordt voorgesteld.

Du 1^{er} janvier 2021 au 31 décembre 2021, nous ¹ avons mené une recherche empirique qui visait à évaluer la manière dont les grands principes d'un texte juridique, en l'espèce, le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse ² (ci-après, le CPAJPJ), ont été mis en œuvre par le terrain concerné par ce texte. Notre contribution propose d'effectuer un retour réflexif sur ce travail. L'article offrira l'occasion de réfléchir à plusieurs aspects généraux, notamment la façon dont nous avons abordé empiriquement un objet juridique, le sens de mener une recherche démocratique, la pluralité des interprétations autour d'un même Code par les acteurs d'un secteur et les opportunités de dialogue entre le terrain et un texte légal.

Après avoir précisé, dans une première section, l'objet de notre mission, nous présenterons, dans une deuxième section, la structure méthodologique que nous avons imaginée pour répondre aux différentes questions de recherche. Nous aborderons notamment dans cette deuxième section les différentes manières dont l'évaluation des politiques publiques a été comprise et conceptualisée ces dernières années et expliciterons de quelle manière notre travail s'est situé au sein de cette pluralité. Ces développements sont essentiels pour mieux cerner l'objet de notre travail et le contexte de sa genèse. En ce qui concerne la deuxième section spécifiquement, il va de soi que notre structure méthodologique ne peut être transposée telle quelle dans une autre recherche. Toutefois, nous pensons qu'elle pourrait, de diverses manières, inspirer d'autres travaux. Dans une troisième section, nous discuterons de la question du statut accordé au Code dans notre recherche. C'est, autrement dit, la thématique de la place que peut avoir un texte juridique dans une recherche empirique qui sera examinée. Cette section sera également l'occasion d'illustrer le fait que les normes légales sont en réalité concurrencées par d'autres types de normes (organisationnelles ou professionnelles, par exemple). Ensuite, dans la section suivante, nous expliciterons la manière dont le CPAJPJ a été perçu par les acteurs que nous avons entendus. Au-delà de la mise en évidence des effets concrets (ou non) des textes juridiques sur les rapports sociaux, nous exposerons les

¹ Cette recherche a été réalisée[menée ?] en étroite collaboration entre Camille Gambi-Arnold et Mehdi Nzuzi Mbombo. La recherche s'est étendue sur l'espace d'une courte année : la chercheuse y a travaillé sur ce projet pendant une année à temps plein et le chercheur y a travaillé à mi-temps pendant les quatre derniers mois. [autre proposition : Elle s'est déroulée sur une année complète : la chercheuse y a consacré un an de travail à temps plein, tandis que le chercheur y a apporté sa contribution à mi-temps durant les quatre derniers mois.]

Ce travail a été dirigé par Dan Kaminski et Thierry Moreau. Le projet a été introduit au nom du Centre interdisciplinaire des droits de l'enfant (CIDE).

² M.B., 3 avril 2018.

différents rapports que les **acteurs** entretiennent à la norme juridique. Nous avons identifié que les **acteurs** adoptent au minimum six rapports différents à un même texte juridique : reconnaissance, justification, stimulation, déception, contrainte et contournement. Décentrer le CPAJPJ dans notre évaluation a permis de dépasser une logique binaire de réception (asservissement ou non-respect). Notre approche nous semble ouvrir la voie à d'autres recherches qui pourraient, à l'avenir, affiner les distinctions proposées. Enfin, la cinquième section sera consacrée aux impacts de ce type de recherche empirique sur les décisions et les pratiques de terrain. Elle interrogera plus spécifiquement la question des finalités de la recherche, à travers l'enjeu de la formulation des recommandations politiques. Seront examinées les attentes émanant du champ politique en matière de recommandations, ainsi que notre choix — assumé — de ne pas en formuler. Ce positionnement, et le décalage qu'il révèle au regard de ces attentes, sera l'occasion de discuter de la pluralité des formes de contribution scientifique à l'action publique.

I. UNE ÉVALUATION DU CPAJPJ ? DES PRATIQUES ? DES ACTEURS ?

Le Parlement de la Fédération Wallonie-Bruxelles a voté le CPAJPJ le 18 janvier 2018, et celui-ci est entré en vigueur un an plus tard, le 1^{er} janvier 2019. Après une présentation succincte du texte et des motifs ayant conduit à sa création (A), l'article s'attardera spécifiquement sur l'article 151 du CPAJPJ (B), à l'origine de la mission de recherche. Cette section abordera les ambiguïtés relevées à l'occasion de l'adoption de cet article. Enfin (C), la dernière section sera consacrée au positionnement de notre recherche, notamment en ce qui concerne la question de l'objet visé par notre évaluation.

A. Motifs de l'élaboration du CPAJPJ

L'élaboration du CPAJPJ a donné lieu à une série de discussions entre représentants politiques et divers acteurs du secteur. Les débats ont abordé des thématiques variées, se cristallisant aussi bien sur des aspects techniques que sur des questions plus larges, comme celles des options philosophiques à privilégier. La portée novatrice de ce Code, par rapport aux textes antérieurs, s'est-elle aussi, inscrite dans une dynamique fluctuante. Le CPAJPJ a ainsi été décrit comme représentant une « évolution plutôt qu'une révolution »³ et comme un texte traversé par des dynamiques de « continuité, d'évolution et d'innovation »⁴.

³ R. MADRANE, *Un code pour centraliser le cadre légal et parfaire notre modèle d'aide à la jeunesse*, Décret du 18 janvier 2018 portant le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse, ministère de la Fédération Wallonie Bruxelles, p. 3.

⁴ L. BAUDART, « Le code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse : continuité, évolution et innovation », *La réforme de 2019 : aide et protection de la jeunesse*, Liège Université : Droit, Science Politique & Criminologie, 19 octobre 2018, p. 3.

Le ministre Rachid Madrane, ayant, à l'époque de l'élaboration et du vote du CPAJJP, l'Aide à la jeunesse dans ses compétences, expliquait, dans son exposé introductif, qu'au moins trois motivations justifiaient la nécessité d'adopter ce nouveau texte : la communautarisation de la protection de la jeunesse, le renforcement de la prévention en la reconnaissant comme une politique spécifique distincte et la codification visant à regrouper l'ensemble des dispositions relatives à la prévention, l'aide et la protection de la jeunesse dans un document unique.

B. L'article 151 du CPAJJP et ses discussions

Notre travail de recherche reposait sur l'article 151 du CPAJJP. Dans sa version finale, tel que voté par l'assemblée en 2018⁵, l'article dispose que :

« Le Gouvernement fait procéder, en collaboration avec l'administration compétente, à une évaluation externe de la pertinence et de l'efficacité des mesures mises en œuvre par l'ensemble du secteur pour rencontrer les principes visés au titre préliminaire.

Pour réaliser cette évaluation, des chercheurs sont désignés à la suite d'un appel d'offres rendu public.

Dans ce cadre, un comité chargé d'accompagner cette évaluation est mis en place selon les modalités fixées dans l'appel d'offres.

Le comité d'accompagnement se compose au moins d'un représentant du Ministre, des représentants de l'Observatoire de l'enfance, de la jeunesse et de l'aide à la jeunesse, d'un représentant de l'administration compétente et d'un représentant des services et Institutions agréés.

Le rapport final est remis au Gouvernement au plus tard au milieu de la législature.

Dans les trois mois qui suivent la réception du rapport, le Gouvernement le transmet pour information au Conseil communautaire et au Parlement ».

Au moment de l'élaboration du CPAJJP, l'importance d'évaluer ce texte après son adoption a été soutenue par différents acteurs et ne semblait nullement contestée. De nombreuses interventions regrettaient d'ailleurs que le CPAJJP ait été élaboré sans que les textes le précédant aient fait l'objet d'un travail d'évaluation ou que le secteur ait été suffisamment consulté. Par ailleurs, certains soulignaient l'existence de données et d'évaluations disponibles, mais déploraient le manque de prise en compte de ces travaux ou des recherches scientifiques dans la rédaction

⁵ Cet article a connu des modifications depuis notre travail de recherche déposé le 31 décembre 2021. Au sujet de ces modifications voy. le décret du 20 juillet 2023 modifiant diverses dispositions en aide à la jeunesse et plus spécifiquement son article 33. Quelques commentaires au sujet de ces modifications sont proposés dans la dernière section de cet article.

du nouveau texte. Dans ces deux cas, les critiques mettent en lumière une attente claire au sein du secteur : tout nouveau texte devrait idéalement reposer sur une évaluation rigoureuse.

Les interventions plus spécifiques au moment de l'élaboration du Code au sujet du libellé de l'article 151 du CPAJPJ ont essentiellement porté sur la composition du comité d'accompagnement, le type de données mobilisables pour opérer le travail d'évaluation et les délais endéans lesquels ce travail devrait avoir lieu.

La question de l'objet de ce travail d'évaluation a également donné lieu à quelques interventions de la part de l'Observatoire de l'Enfance, de la Jeunesse et de l'Aide à la jeunesse (ci-après, l'OEJAJ). L'OEJAJ voyait une discordance entre le titre du chapitre dans lequel était repris l'article 151 (intitulé « l'évaluation de la mise en œuvre des principes du Code ») et le libellé de cet article. Selon eux, ce décalage traduisait un manque de clarté au niveau de l'objet exact de l'évaluation : « S'agit-il d'évaluer la mise en œuvre des principes ou bien la pertinence et l'efficacité des mesures ? S'agit-il d'évaluer un décret ou bien les pratiques d'un secteur ? »⁶. Au sujet de l'objet de l'évaluation également, l'OEJAJ indiquait que l'évaluation ne portait pas sur le Code mais sur les mesures, ces dernières étant comprises en ces termes : « les mesures étant mises en œuvre par l'administration et les acteurs de terrain du secteur, la formulation invite donc, en partie, à évaluer ces acteurs et non le texte en lui-même et en quoi les éléments qu'il contient sont un frein ou un adjuvant pour rencontrer les principes du livre préliminaire, ou en tout cas cela pourrait en être la lecture retenue et qui pourrait se révéler bloquante »⁷. Selon la compréhension donnée par l'OEJAJ de l'article 151 du CPAJPJ, l'élément visé par le travail d'évaluation semble donc ne pas être le texte ni son contenu mais les acteurs eux-mêmes.

C. Objet de notre évaluation

Deux types d'éléments ont contribué à définir clairement l'objet de notre travail d'évaluation. D'une part, les questions de recherche élaborées par des groupes de travail et reprises dans le cahier des charges. D'autre part, le libellé de l'article 151 ainsi que les différents débats présentés dans le point précédent.

L'appel à projet auquel nous avons candidaté reprenait un cahier des charges identifiant neuf thèmes et vingt-sept questions qui ont été imaginés par des groupes de travail instaurés par le cabinet de la ministre Glatigny, ayant, au moment de

⁶ Projet de décret portant le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse, *Doc. parl. Comm. fr.*, sess. 2016-2017, 467, n° 3, annexe 17 : avis d'initiative de l'OEJAJ (février 2016), p. 632.

⁷ Projet de décret portant le Code de la prévention, de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse, *Doc. parl. Comm. fr.*, sess. 2016-2017, 467, n° 3, annexe 17 : avis d'initiative de l'OEJAJ (février 2016), p. 632.

notre travail d'évaluation, l'Aide à la jeunesse dans ses compétences. Nous avons choisi de réduire les neuf thèmes au nombre de sept, pour des raisons de rationalisation élémentaire et dans un souci de faciliter la stratégie de récolte des données.

Le travail sur ces questions n'a toutefois jamais été dissocié de la lecture de l'article 151 du CPAJPJ, présenté ci-dessous, conçu comme un énoncé indiquant la philosophie générale devant sous-tendre notre recherche. L'article 151 soutenait un double objectif dans notre démarche⁸. D'une part, notre mission consistait à évaluer la mise en œuvre des principes fondamentaux. D'autre part, la recherche visait à identifier la ou les significations ainsi que la pertinence de ces principes, qui aspirent à orienter l'ensemble des actions de ce nouveau Code.

Ces deux objectifs appellent à des précisions.

Concernant le premier pan évoqué dans le paragraphe précédent, précisons que lorsque nous affirmons que notre mission consistait à « évaluer la mise en œuvre des principes fondamentaux », il n'a jamais été question, comme cela a pu être sous-entendu plus haut, d'évaluer les acteurs eux-mêmes. L'évaluation menée ne visait pas à contrôler le respect, par les acteurs, du Code ou de ses principes fondamentaux. En s'approchant des acteurs de terrain, comme nous l'avons fait, il ne s'agit ni d'inspection ni d'instruction, mais plutôt d'une démarche de consultation et de participation (sur ces notions, voy. *infra*, la section suivante). Nous avons souhaité nous éloigner de ce type d'approche que nous considérons comme problématique « parce qu'elle est trop axée sur la non-conformité des pratiques au droit et tend à passer à côté de ce que les acteurs font de la règle de droit et les traductions normatives auxquelles ils la soumettent »⁹. Rencontrer les acteurs d'un secteur professionnel consiste à les écouter sur leurs pratiques, sur l'orientation que celles-ci prennent (ou non) à la faveur d'une réforme légale, ainsi que sur les opportunités ou menaces que cette réforme représente pour leur activité quotidienne. Il n'est pas non plus envisageable de s'adresser aux travailleurs du secteur concerné avec une posture de suspicion verticale (*top-down*). À l'inverse, notre travail de recherche repose sur une approche ascendante (*bottom-up*) : il s'agit de faire remonter, par le biais du rapport final, les paroles des acteurs dont l'action est guidée par le CPAJPJ. Dans ce contexte, le rapport de recherche peut être vu comme une vaste scène où se croise, de façon horizontale (dans ce rapport en tout cas), une pluralité de points de vue. L'équipe de recherche s'est assigné le rôle de gardienne de cet espace, à l'image d'un cale-porte, veillant à maintenir la pièce grande ouverte pour que chaque propos [y ?] trouve sa place. Ainsi, aucun point de vue n'a été considéré comme de trop ou déplacé.

⁸ Comme nous en discuterons, dans la seconde section de cet article, la coprésence de ces deux objectifs est tributaire de la méthode même de l'évaluation.

⁹ T. DELPEUCH, L. DUMOULIN et C. DE GALEMBERT, *Sociologie du droit et de la justice*, coll. U, Paris, Armand Colin, 2014, p. 48.

Pour ce qui est du second objectif évoqué plus haut, l'ambition étant de s'interroger sur la place qu'occupent les principes fondamentaux dans la pratique des acteurs et leurs activités quotidiennes, il était indispensable de ne pas les considérer comme des éléments figés donnant lieu à une compréhension unique mais de les considérer comme des éléments loin d'être univoques. Dans ce contexte, il était également impératif de garder à l'esprit que ces principes, qui se sont révélés dans notre travail polysémiques au niveau de leur signification, ne sont qu'une série d'outils que les acteurs interrogés mobilisent parmi tant d'autres.

II. MÉTHODOLOGIE DU TRAVAIL

Cette seconde section sera divisée en trois parties. Dans un premier temps, nous expliciterons, dans la lignée de l'ouvrage *Fourth Generation Evaluation* de Guba et Lincoln¹⁰, les différentes manières dont l'évaluation des politiques publiques a été comprise et conceptualisée au cours des dernières décennies. Nous y présenterons également la manière dont notre travail s'est positionné au sein de cette pluralité de conceptions. Dans un second temps, nous détaillerons la méthodologie imaginée pour recueillir les données, ainsi que celle utilisée pour leur analyse. Enfin, dans un troisième temps, nous aborderons un point méthodologique spécifique ayant suscité des questionnements sur le terrain : le choix d'adopter une approche qualitative plutôt que quantitative.

A. Évaluer des politiques publiques

Les recherches visant l'évaluation des politiques publiques sont légion et peuvent relever des logiques tout à fait différentes. Dans leur ouvrage *Fourth generation evaluation*, Guba et Lincoln soutiennent que « *there is no 'right' way to define evaluation, a way that, if it could be, found, would forever put an end to argumentation about how evaluation is to proceed and what its purposes are. We take definitions of evaluation to be human mental constructions, whose correspondence to some 'reality' is not and cannot be an issue. There is no answer to the question, 'But what is evaluation really?' and there is no point in asking it* »¹¹. Pour sortir de cette impasse, les deux auteurs proposent d'explorer les différentes manières dont le concept d'évaluation a été appréhendé au fil des années, en mettant en lumière son affinage progressif et sa complexification à travers le temps, notamment à travers ce qu'ils identifient comme quatre générations d'évaluation. Au sein de ces quatre manières de concevoir le travail d'évaluation, les auteurs s'attardent tout particulièrement sur la quatrième qui est la manière dont ils se proposent de concevoir l'évaluation. Notre travail s'est précisément ancré

¹⁰ E. GUBA et Y. LINCOLN, *Fourth Generation Evaluation*, Newbury Park, Sage, 1989.

¹¹ E. GUBA et Y. LINCOLN, *Fourth Generation Evaluation*, Newbury Park, Sage, 1989, p. 21.

dans cette quatrième conception. Comme les auteurs, toutefois, nous admettons que « *there is, of course, no consensus about this form of evaluation [the fourth one], as there has not been on earlier forms — a state of affairs that a brief glance through any standard text on evaluation quickly verifies. But we offer it is a construction that we believe counters, or at least ameliorates, the imperfections, gaps, and naiveté of earlier formulations* »¹².

Chacun des modes d'évaluation ayant précédé la quatrième peut être décrit par un mot précis. Le maître-mot de la première génération d'évaluation est celui de la mesure. Les travaux se trouvant dans cette conception se sont contentés de mesurer les écarts entre l'instrument (légal par exemple) et ses mises en œuvre. Le rôle de l'évaluateur était de nature technique ; « *he or she was expected to know the full panoply of available instruments, so that any variable named for investigation could be measured. If appropriate instruments did not exist the evaluator was expected to have the expertise necessary to create them* »¹³. La deuxième génération d'évaluation peut être décrite, quant à elle, par le mot description. Se situent *ici[dans celle-ci ?]* des travaux qui se sont plus concentrés sur l'explication de ces écarts. Ici, « *the role of the evaluator was that of describing, although the earlier technical aspects of that role were also retained* »¹⁴. Il s'agit plus exactement de décrire les écarts via des schémas de forces et de faiblesses par rapport à certains objectifs définis. Guba et Lincoln décrivent la génération qui suit comme celle de l'évaluation par jugement. Ce mode insiste sur la nécessité d'émettre des jugements de valeur concernant les objets évalués (programmes, initiatives, etc.), en se basant sur des critères établis. L'évaluateur assume le rôle de juge, allant au-delà de la simple collecte ou description des données, en intégrant une évaluation critique approfondie. Le fait que le jugement de valeur soit au cœur d'une démarche d'évaluation a fait entrer ce troisième mode dans la nécessité de reconnaître que des normes multiples et des points de vue différenciés (professionnellement, hiérarchiquement, socialement, politiquement) « *construisaient* » les évaluations produites. La quatrième inflexion, repose sur ce dernier constat en considérant dès lors que l'évaluation ne pouvait reposer que sur la construction démocratique de l'espace des points de vue, cherchant à obtenir le consensus sur une évaluation collective. Cette construction démocratique *reposant[repose ?]* sur l'engagement des parties prenantes dans le processus même de l'évaluation. Guba et Lincoln estiment que les trois premières inflexions présentent deux défauts, pour la matière qui nous concerne : l'aveuglement sur le pluralisme des valeurs, une dépendance trop forte à l'égard d'un paradigme scientifique de l'enquête, à laquelle nous ajouterons la disqualification des écarts évoqués plus haut, qui devraient être corrigés.

¹² E. GUBA et Y. LINCOLN, *Fourth Generation Evaluation*, Newbury Park, Sage, 1989, p. 22.

¹³ E. GUBA et Y. LINCOLN, *Fourth Generation Evaluation*, Newbury Park, Sage, 1989, p. 26.

¹⁴ E. GUBA et Y. LINCOLN, *Fourth Generation Evaluation*, Newbury Park, Sage, 1989, p. 28.

Notre souci méthodologique a dès lors consisté à suivre en les adaptant la quatrième forme reposant dès lors non sur des mesures et des explications, mais sur des opinions situées qu'il s'agit de recueillir dans le respect de leur diversité, le choix de méthodes alternatives à l'enquête et le refus de sanctifier la norme (ici le décret) et corollairement de disqualifier les écarts en déviations à corriger. Il va de soi que ce que Guba et Lincoln appellent des générations de l'évaluation ne répond pas à des mutations historiques, mais bien à la superposition des modèles d'évaluation. Puisqu'il y a lieu d'évaluer réflexivement ces modèles, nous nous sommes tournés résolument vers le quatrième, tout en sachant que ce « modèle démocratique », comme la démocratie elle-même, suppose une construction procédurale qui n'a pas de contours méthodologiques précis et que chaque évaluation qui s'en inspire doit construire son échafaudage en se laissant guider par son modèle et en s'adaptant aux contraintes de l'objet de l'évaluation, du secteur d'activité concerné et des contraintes temporelles et budgétaires de la recherche. Si l'évaluation dite démocratique a donc inspiré notre méthode, cette dernière n'en respecte pas tous les réquisits idéaux. Il n'était en tout cas pas question pour l'équipe de recherche, dès le dépôt de sa réponse à l'appel d'offres du cabinet de la ministre Glatigny, de légitimer *a priori* un point de vue et par l'adoption d'une instrumentation qui serait construite (afin de le légitimer) pour mesurer et expliquer des « écarts » comme autant de déviations. Ce type d'évaluation qu'on pourrait qualifier de « correctionnaliste »¹⁵ n'a pas droit de citer dans notre démarche.

Bien que cette recherche ait une ambition démocratique, elle ne peut être considérée comme une évaluation participative au sens où l'entendent certains auteurs¹⁶. Nous proposons à ce sujet d'introduire une distinction entre la notion de « participation » et de « recherche participative ». En effet, ici, la participation des acteurs est sollicitée au stade de la récolte de données uniquement dans le but d'avoir une photographie des difficultés, besoins et représentations qui habitent le secteur de l'aide et de la protection de la jeunesse. Les acteurs de terrain ne sont pas parties prenantes de l'évaluation en toutes ces étapes. Ils ne prennent pas part à l'élaboration du questionnement de l'évaluation, au choix des méthodes de collecte et à l'analyse des données. Comme expliqué ci-dessous, les acteurs ont été sollicités pour l'analyse uniquement lors des MAG. Très clairement, les acteurs de terrain ne sont pas non plus sollicités dans un objectif de co-décision ou de co-construction de l'action publique. Enfin, cette recherche ne rencontre pas non plus certaines finalités généralement associées aux évaluations participatives telles que la finalité pratique ou la finalité émancipatrice¹⁷.

¹⁵ D. KAMINSKI, *Condamner*, Toulouse, Éditions érès, 2015, p. 106.

¹⁶ B. PLOTTU et É. PLOTTU, « Contraintes et vertus de l'évaluation participative », *Rev. fr. gest.*, 2009, n° 192, pp. 31-58.

¹⁷ B. PLOTTU et É. PLOTTU, « Contraintes et vertus de l'évaluation participative », *Rev. fr. gest.*, 2009, n° 192.

Néanmoins, il appert que de nombreuses consonances existent entre une évaluation démocratique et une évaluation participative. La limite entre ces deux formes de recherche est fine. Ainsi, comme une recherche participative, ce travail recherche l'échange de points de vue, la compréhension des motivations des groupes concernés et la « mise en évidence des points de convergence et des zones de désaccords irréductibles »¹⁸. De plus, la posture de l'évaluateur peut être assez similaire dans ces deux formes d'évaluation : l'évaluateur « n'est pas porteur d'une expertise extérieure, mais au contraire fait figure d'homme ressource, lui-même acteur du processus. Il est tour à tour 'facilitateur' (Fetterman et al., 1996) ou maïeuticien afin d'aider les parties prenantes à se rencontrer, à s'exprimer pour faire émerger la réalité du terrain... »¹⁹.

Le caractère démocratique de cette recherche émane du vœu du législateur et des critiques que certains ont formulés sur l'élaboration du CPAPJ. Ces critiques portent principalement sur le manque de consultation du secteur. En réaction, la recherche propose d'évaluer la mise en œuvre du CPAPJ en allant à la rencontre des premiers concernés. Il peut aussi être démontré par les méthodes de récolte, d'analyse et de présentation des données qui permet la prise en compte de tous les points de vue, même ceux qui sont numériquement moins nombreux.

L'exposé de ces considérations devrait permettre de comprendre que notre souci premier a été de recueillir et d'analyser des données :

- 1) obtenues auprès d'une diversité d'acteurs dits de terrain considérés a priori comme titulaires des éléments et des critères d'évaluation des dispositifs dans lesquels ils sont inscrits et des pratiques qu'ils mettent en œuvre sans considération pour les hiérarchies morales ou administratives qui accorderaient des valeurs différentes aux propos des chefs et de subordonnés, des décideurs et des exécutants ;
- 2) sans souscrire dès lors à l'idée selon laquelle le décret constituait la seule ressource normative des acteurs du secteur ;
- 3) sans souscrire non plus à l'idée selon laquelle le décret constituerait tout autant l'étalon de l'évaluation.

A. Méthodologie du recueil et de l'analyse des données

La démarche adoptée dans cette recherche était qualitative et s'est articulée autour de deux volets : un volet consultatif et un volet participatif. Dans le cadre de cette recherche, nous avons défini la *consultation* comme une démarche reposant

¹⁸ B. PLOTTU et É. PLOTTU, « Contraintes et vertus de l'évaluation participative », *Rev. fr. gest.*, 2009, n° 192, p. 37.

¹⁹ B. PLOTTU et É. PLOTTU, « Contraintes et vertus de l'évaluation participative », *Rev. fr. gest.*, 2009, n° 192, p. 40.

sur des entretiens individuels et la *participation*²⁰ comme une démarche collective impliquant une discussion encadrée avec et entre les acteurs et les chercheurs. Tant pour la consultation que pour la participation, nous avons établi une liste de types d'interlocuteurs servant de base à la constitution d'un échantillon qualitatif par cas multiples²¹. Afin d'optimiser la diversification professionnelle et géographique des interlocuteurs, nous avons adopté deux stratégies distinctes, adaptées respectivement à la phase de consultation et à celle de participation.

S'agissant de la consultation, nous avons opéré un double échantillonnage à la fois professionnel (seize types professionnels diversifiés) et géographique (les professionnels ont été choisis dans quatre arrondissements diversifiés selon la nature de leur environnement). Nous avons également consulté des personnes actives dans la défense des droits des bénéficiaires (jeunes et familles) que nous avons considérées comme pouvant nous apporter un écho de leur parole. Concrètement, nous avons mené 58 entretiens approfondis et semi-directifs réunissant 102 interlocuteurs.

L'étape de la participation a mobilisé la technique nommée « méthode d'analyse en groupe » (ci-après, MAG). Lors d'une MAG, les participants aux analyses ne sont pas interrogés ou interviewés par les chercheurs ; ils analysent eux-mêmes des situations ou problèmes qui les concernent avec les chercheurs et avec leur aide méthodologique. Cette méthode a pour avantage principal de pouvoir faire participer un grand nombre d'acteurs à la recherche mais aussi d'adopter une visée qui privilégie « la coproduction des savoirs entre acteurs et chercheurs »²². Concrètement, l'opérationnalisation des différentes MAG repose sur une série d'étapes. Sur base des différentes consultations, dans la plupart des cas, un récit significatif²³ a été construit pour chacun des thèmes retenus. Il s'agissait d'une situation anonymisée, riche, réellement rencontrée par l'un des participants, désigné « narrateur » (ou à défaut, par un interlocuteur absent) et soumise à l'examen des groupes. Lorsqu'un récit n'a pu être trouvé, nous avons soumis un stimulus

²⁰ Comme présenté ci-dessus, il ne faut pas entendre par ce terme que cette recherche serait purement participative. Par contre, il nous semble utile d'utiliser ce terme puisqu'ici les interviewés sont davantage impliqués : ils proposent le récit, le co-analysent...

²¹ A.P. PIRES, « Échantillonnage et recherche qualitative : essai théorique et méthodologique », in J. POUPART, J. — P. DESLAURIERS, L.H. GROULX, A. LAPERRIERE, R. MAYER et A.P. PIRES [Groupe de recherche interdisciplinaire sur les méthodes qualitatives], *La recherche qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques*, Montréal, Gaëtan Morin, 1997, pp. 113-169.

²² A. FRANSEN, L. VAN CAMPENHOUDT et V. DEGRAEF, « La méthode d'analyse en groupe : coproduction, restitution et répercussion des savoirs », *SociologieS* [En ligne], Dossiers, La restitution des savoirs, mis en ligne le 24 juin 2014, consulté le 29 octobre 2020, URL : <http://journals.openedition.org/sociologies/4747>, p. 1.

²³ Le récit a été sélectionné sur base de quatre critères : a) Il doit s'agir d'une situation qui mette en jeu les aspects du décret qui sont soumis à l'évaluation ; b) il faut que cette situation soit riche et complexe, témoignant de difficultés rencontrées ; c) la situation doit avoir été effectivement expérimentée par l'acteur qui en fait la narration ; d) les autres participants du groupe doivent être professionnellement concernés par le type de situation.

sous forme abstraite. Les groupes ont été composés de cinq à onze participants et de deux chercheurs.

L'analyse des données a reposé sur les principes de la théorisation ancrée²⁴ appliqués dans la perspective de l'évaluation. Autrement dit, les données sont codées pour leur contribution à l'évaluation sous examen. Sont ensuite rassemblés les extraits d'entretien (référéncés anonymement) qui, sur un même item et/ou sur un même thème, contribuent à la mise à plat des convergences et des divergences exprimées. Le rassemblement de propos permet l'établissement de catégories d'analyse plus abstraites et la confection d'un « rapport thématique » exposant de façon rationnelle et synthétique les éléments d'évaluation proposés par l'ensemble des acteurs rencontrés. Outre les principes de la théorie fondée, nous avons également classé les données en mettant en exergue les critères d'évaluation les plus fréquents (clarté, pertinence, effectivité, efficacité, efficience), lorsque de tels critères apparaissent dans les propos, ainsi que les explications qui sont fournies aux appréciations ou dépréciations exprimées.

B. Choix du qualitatif plutôt que du quantitatif

Certains intervenants ont exprimé des regrets concernant le choix de produire des données qualitatives plutôt que quantitatives. Ce choix ne reflète en aucun cas la conviction que l'un ou l'autre type de données soit intrinsèquement supérieur. Ce qui a importé dans ce travail c'est de garantir une cohérence entre le type de données retenu, l'objet de l'étude et les principes directeurs de la recherche. Dans le cadre de la recherche menée, les données qualitatives étaient en parfaite adéquation avec l'objectif de travail, à savoir illustrer la complexité du terrain en rendant compte de la diversité des prises de position, des pratiques, des définitions et des valeurs. Dans la suite de ce souci, précisons qu'aucune prise de position n'a été écartée sous prétexte qu'elle est minoritaire. Découvrir et présenter une prise de position, aussi minoritaire soit-elle, nous paraissait important au regard de notre souci de rendre compte au politique, de la façon la plus juste possible des convergences et des divergences exprimées dans un espace d'évaluation démocratique. Nous avons également souhaité remettre en question l'idée selon laquelle l'option minoritaire serait moins légitime en raison de son caractère marginal ; un tel raisonnement négligeant le principe de la richesse de la différenciation des positions. Notre rôle a été avant de *bien entendre* la pluralité des prises de position et ensuite de favoriser la possibilité de *bien s'entendre* sur ce qui divise le secteur pour favoriser la possibilité de nous mettre d'accord sur nos accords et sur nos désaccords, sachant que l'arbitrage qui pourrait être jugé nécessaire ne nous est pas revenu (à ce sujet voy. *infra*).

²⁴ B. GLASER, A. STRAUSS, *The Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research*, Chicago, Aldine de Gruyter, 1967.

III. STATUT ACCORDÉ AU CPAJ PJ

Comme indiqué plus haut, l'objectif de notre travail n'était pas d'évaluer les acteurs, mais d'analyser la mise en œuvre des principes fondamentaux du Code, tout en prenant soin d'identifier la pluralité de leurs significations. Il convient désormais de discuter plus spécifiquement de la place qu'a occupée la norme légale dans notre travail, à savoir le CPAJ PJ. Cette question sera abordée sous trois angles : d'abord, nous soulignerons que, bien que l'objectif de l'équipe de recherche ne fût pas d'évaluer le texte lui-même, certains acteurs ont choisi de le faire. Nous illustrerons cette dynamique à travers les propos de certains intervenants, en mettant en lumière les critiques formulées à l'égard du texte. Ensuite, nous relativiserons l'importance du Code, en montrant de quelle manière des normes organisationnelles et professionnelles peuvent concurrencer les normes légales. Enfin, nous terminerons cette section en montrant les façons dont les difficultés matérielles, techniques ou géographiques peuvent affecter l'effectivité d'une norme légale.

Comme mentionné *supra*, les acteurs ont été interrogés sur la mise en œuvre concrète du Code à partir des questions fournies par le Cabinet Glatigny, et divers critères nous ont permis d'évaluer cette mise en œuvre (pertinence, effectivité, etc.). Cependant, pour certains acteurs, il est rapidement devenu évident qu'évaluer la mise en œuvre d'une norme légale impliquait inévitablement d'évaluer la norme elle-même. Ainsi, les acteurs ont non seulement exprimé leur façon de travailler sur le terrain dans l'application du Code, mais aussi donné leur avis sur le Code en lui-même. Cela confirme la ligne de spécification importante pour notre philosophie de l'évaluation mentionnée ci-dessus : dans cette recherche, le Code, c'est-à-dire la norme légale elle-même a pu être soumis à la critique. Cela n'est pas sans importance car il est possible d'imaginer que l'effectivité du texte puisse être par exemple affectée par la conviction que les acteurs ont ou n'ont pas dans sa pertinence. La norme légale n'est pas conçue comme une règle sacrée à laquelle tout le monde obéit ou doit obéir mais un outil avec lequel des acteurs sociaux déterminés sont amenés à travailler. Cette approche a concerné tant les principes repris dans le livre préliminaire du CPAJ PJ (la déjudiciarisation, l'intervention prompte et précoce, l'accès au dossier, l'ordre des priorités des mesures...) que les dispositifs (les capacités réservées, la double saisine, la cellule de liaison...) et certains articles spécifiques du Code.

Ainsi, certains propos tenus par les personnes interviewées montrent clairement que le texte n'est pas perçu comme pertinent soit dans certains de ses principes, soit dans l'articulation entre ses principes. Par exemple, dans le prolongement du décret de 1991, le Code prévoit de renforcer la déjudiciarisation et institue des principes qui permettent de concrétiser celle-ci. Selon une certaine conception,

la déjudiciarisation vise, autant que possible, à traiter les difficultés des jeunes et de leurs familles sans avoir recours à l'intervention de l'autorité judiciaire, en particulier au tribunal de la jeunesse. Un autre principe du Code, institué dans les articles 25 et 42 pour les mineurs en difficulté et en danger est celui de l'ordre de priorité des mesures. Ce principe établit l'ordre dans lequel le conseiller de l'aide à la jeunesse, le tribunal de la jeunesse et le directeur de la protection de la jeunesse doivent envisager des mesures pour un jeune. L'ordre de priorité est le suivant : lorsque l'intérêt de l'enfant exige d'envisager un éloignement de son milieu familial, ces intervenants doivent envisager tout d'abord de le confier à un membre de sa famille ou à un de ses familiers. Si cela n'est pas possible, ils peuvent envisager de le confier à un accueillant familial qui n'est ni un membre de sa famille ni un de ses familiers. Enfin, si cette dernière option n'est pas possible, ils peuvent envisager de le confier à un établissement chargé de son éducation et de son traitement. Dans notre recherche, la cohabitation entre le principe de déjudiciarisation et l'ordre de priorité des mesures a été présentée comme problématique par certains acteurs. Pour eux, le Code est mal pensé en cela, au regard de la réalité de terrain. Notamment, des professionnels du SAJ précisent que dans le cadre de l'aide volontaire ou consentie, il arrive très fréquemment que les familles s'opposent à ce que leur enfant soit confiée à un accueillant familial parce qu'elles perçoivent ceux-ci comme pouvant prendre leur place dans la vie de l'enfant. Dans ces cas, elles préfèrent alors largement que leur enfant soit confié à une institution où elles se sentent moins délégitimées et moins menacées dans leur relation avec leur enfant. Dès lors, le conseiller se trouve face à un dilemme : soit il doit faire passer le dossier au SPJ (aide contrainte) pour respecter l'ordre de priorité des mesures et donc placer l'enfant chez un accueillant familial, soit il doit placer l'enfant en institution pour respecter le choix des parents. Dans le premier cas, le conseiller ne s'aligne pas avec la logique de déjudiciarisation (une situation est judiciarisée alors qu'elle aurait pu ne pas l'être). Dans le second cas, le conseiller ne respecte pas l'ordre de priorité édicté par le décret. Les propos suivants, tenus par un conseiller, illustrent ces difficultés :

« Là où on est dans une nouvelle hiérarchie que le décret code a donné et qui reste un grand mystère et une incompréhension, c'est quand le Code dit qu'on va d'abord viser une famille d'accueil et puis l'institution [...] Le décret code a voulu inciter les instances : avant d'avoir un éloignement dans une institution on doit d'abord prioriser la famille d'accueil ; si j'appliquais cela à la lettre j'ai le double de judiciarisations [...] parce que les familles d'origine ont toujours l'impression que dès qu'on va vers une famille d'accueil — et d'ailleurs faudrait changer ce terme — c'est un peu comme si on leur prenait leur place ».

Cet exemple montre une tension entre certains articles du Code et donc le défaut de pertinence dont il peut être affublé dans l'esprit des femmes et hommes de terrain. Ce point illustre aussi qu'à différents endroits, c'est le texte légal qui a

été mis en cause. Précisons ici que les intervenants qui remettaient en question certains aspects du texte avaient également bien souvent des idées de modification de celui-ci pour une amélioration des pratiques de terrain.

Par ailleurs, suivant notre philosophie d'évaluation telle que présentée ci-dessous, le Code est une ressource normative parmi d'autres. Le Code est concurrencé par d'autres normes et par un ensemble important d'éléments qui ne relèvent aucunement du droit.

Tout d'abord, nous pouvons évoquer l'influence des normes organisationnelles et des normes professionnelles, agissantes à côté et en concurrence des normes légales. Les normes organisationnelles constituent tous les principes et fonctionnements qui encadrent et structurent l'action des personnes qui participent à la vie du secteur et donc à la mise en œuvre du Code. L'organisation formate les pratiques en prescrivant un règlement ou des procédures destinées au traitement des situations-problèmes²⁵. Entrent dans cette catégorie les procédures instituées par d'autres textes de référence que le Code (circulaires, protocoles de collaboration, règlements...), les structures hiérarchiques, les modes de communication, l'articulation entre services, l'exercice du **mangement**, le contrôle de l'action par des autorités, la division du travail...²⁶. L'écoute des acteurs met en évidence que ces aspects peuvent être bien plus impactant sur leur travail au quotidien que le Code en lui-même.

De la même façon, les normes professionnelles imprègnent et pèsent de tout leur poids sur les pratiques. Ces normes concernent « l'art du métier »²⁷ ou les différentes « bonnes pratiques » instituées dans l'exercice d'une profession. Celles-ci relèvent souvent d'une socialisation professionnelle et d'une routinisation du travail. Il en est ainsi de la culture professionnelle des agents, de leurs formations spécifiques, des déontologies et éthiques qui s'attachent aux différentes fonctions, **des arts de faire développer avec le temps sur la base de l'expérience et parfois adoptés comme normes de travail**[revoir la phrase svp]. Ces normes sont relatives à l'*éthos professionnel* développé par les intervenants : « le concept d'éthos professionnel conjugue les significations relevant d'un éthos de métier et celles reconfigurées par l'acteur tout au long de son expérience professionnelle »²⁸. Le professionnel développe donc un système de croyances, de valeurs, de normes liées à son métier et qui constituent le cadre de référence de son action²⁹. De plus, ce cadre de référence sera amené à évoluer avec le vécu et l'expérience professionnelle

²⁵ D. KAMINSKI, *Condamner*, Toulouse, Éditions érès, 2015, p. 174.

²⁶ D. KAMINSKI, *Condamner*, Toulouse, Éditions érès, 2015, p. 174.

²⁷ D. KAMINSKI, *Condamner*, Toulouse, Éditions érès, 2015, p. 175.

²⁸ A. JORRO (dir.), *Dictionnaire de concepts de la professionnalisation*, Bruxelles, De Boeck Supérieur, 2013, p. 111.

²⁹ A. JORRO (dir.), *Dictionnaire de concepts de la professionnalisation*, Bruxelles, De Boeck Supérieur, 2013, p. 111.

accumulée. Dans le domaine qui nous concerne, l'impact des normes professionnelles est d'autant plus fort que différentes professions et champs professionnels se côtoient en permanence. Pour commencer, il existe une division professionnelle entre acteurs judiciaires, travailleurs médico-psycho-sociaux et professionnels attachés à l'administration de l'aide à la jeunesse. Pour aller dans le même sens, chaque champ professionnel est habité par des métiers aux normes et finalités différentes. Pour ne prendre que le champ psychosocial, précisons qu'il est habité tant par des assistants sociaux, des éducateurs, des psychologues, des psychiatres, des criminologues... De plus, certaines fonctions peuvent être remplies par des professionnels ayant des formations très diverses. Il est donc apparu que des conflits ou des différences de pratiques entre professionnels ou entre institutions peuvent nuire à la mise en œuvre d'un principe ou d'un dispositif même si celui-ci est perçu comme pertinent par les acteurs de terrain.

À noter aussi que l'effectivité du texte légal, le Code en l'occurrence, dans les pratiques est également affecté par les difficultés techniques, matérielles ou géographiques qui s'invitent. Les difficultés matérielles concernent principalement le manque de moyens financiers et de moyens humains pour atteindre les objectifs fixés par le Code. Il nous serait difficile de compter le nombre de fois que ce problème du manque de moyens a été évoqué lors de cette recherche tant il est revenu régulièrement dans les propos des personnes rencontrées. C'est dire encore une fois que l'application du Code est dépendante d'éléments externes parfois plus problématiques que son contenu ou que les mesures mises en œuvre pour rencontrer ses principes fondamentaux. Les principes rencontrent donc des limites matérielles que l'on ne peut ignorer. À ce titre, il faut aussi évoquer le fait qu'un même principe ou dispositif du Code peut se voir mis en péril par des limites matérielles, des limites techniques et des limites liées à la pertinence que leur attribuent les professionnels. Par exemple, le projet écrit est un dispositif du Code consacré en son article 118. Cet article instaure la possibilité pour le jeune ayant commis un fait qualifié infraction de proposer un projet écrit comportant un ou plusieurs engagements. Citons quelques-uns des engagements prévus dans cet article : formuler des excuses écrites ou orales, participer à une offre restauratrice, participer à un programme de réinsertion scolaire, se soumettre à une guidance, etc. Le jeune peut remettre ce projet écrit au tribunal. Si le tribunal approuve ce projet, le jeune doit le respecter et il appartiendra au SPJ de contrôler l'exécution de celui-ci. De façon très claire, ce dispositif s'est révélé peu effectif dans les pratiques. Les personnes interviewées affirment ne l'avoir vu mis en pratique très peu de fois ou pratiquement jamais. Un interviewé affirme : « Ah, le projet écrit, c'est l'arlésienne ». Une autre déclare : « Je ne vous apprend rien si je vous dis que c'est la bonne idée qui fait flop ». Les personnes entendues dans le cadre de la recherche nous ont aidés à comprendre que cela était dû tant à la perception de non-pertinence du Code qu'à des limites pratiques. Au niveau des

questionnements sur la pertinence du dispositif, certaines personnes interviewées estiment que cette mesure est pertinente par ce qu'elle permet un engagement de la part du jeune ou « d'être moins spectateur » pour reprendre les mots d'un professionnel travaillant dans un service mandaté. *A contrario*, des personnes estiment que cette mesure n'est pas pertinente par exemple parce qu'elle empêche un simple dialogue de co-construction entre le jeune et le juge. De même, des acteurs considèrent que cette mesure constitue une délégation de la responsabilité du juge qui est problématique. Un professionnel œuvrant dans le cadre d'un service mandaté affirme par exemple :

« On trouvait que c'était mettre beaucoup de pression alors qu'à un moment donné c'est la justice qui intervient, c'est à la justice de prendre une décision par rapport à un fait. C'est un peu comme si on demande à un enfant : "Bon, tu as cassé la vaisselle, comment tu vas te punir ?" ».

Dans la même logique, certains acteurs mettent en cause la légitimité de cette mesure, en raison de la sévérité et de l'inadaptation des décisions auxquelles elle conduit. Un professionnel travaillant au sein d'un service mandaté souligne ceci :

« Par expérience, on sait que les jeunes quand on leur pose la question "tu ferais quoi toi si tu étais juge ?" ils se chargent encore plus que ne le ferait un juge et peut-être à juste titre dans un fantasme selon lequel "il ne faut pas que j'aie l'air idiot dans ce que je propose" ».

Nous voyons là différents avis qui touchent directement à la pertinence de la mesure. À côté de cela, d'autres acteurs attribuent la faible effectivité de cette mesure à d'autres causes telles que : la méconnaissance par les avocats de l'existence de cette mesure, l'absence d'un arrêté d'exécution ou encore le manque d'accompagnement du jeune dans la rédaction du projet écrit. Nous le voyons, ces obstacles ne relèvent pas directement de la pertinence attribuée à la mesure mais ils affectent également directement sa mise en œuvre. Pour une même mesure, se conjuguent donc des obstacles de natures différentes dont certains qui ne peuvent aucunement être ôtés par une modification ou un changement de la loi. Ils nécessitent davantage des ajustements techniques ou matériels.

IV. RÉCEPTION DU CODE

Certains acteurs affirment que le CPAJPJ n'a rien changé à leurs pratiques, tandis que d'autres estiment qu'il a profondément modifié celles-ci. Cependant, leur « rapport à la loi » est plus complexe qu'il n'y paraît. En effet, nous avons observé que ces rapports sont multiples, bien qu'ils ne soient pas infinis. Nous présenterons ci-dessous les six types de rapports à la loi identifiés au cours de notre recherche, en les illustrant par des exemples concrets. Bien que cette typologie soit

issue d'une approche inductive et d'un terrain spécifique, nous pensons qu'elle pourrait également s'appliquer à d'autres domaines que celui de la prévention, de l'aide et de la protection de la jeunesse. D'autres secteurs pourraient d'ailleurs enrichir cette typologie. Il est également important de souligner que, si un même rapport à la loi peut être partagé par plusieurs acteurs, un acteur peut, quant à lui, entretenir plusieurs rapports à la loi.

Reconnaissance. Certains acteurs ont tenu que le décret *reconnaît* leurs pratiques jusque-là bricolées sans légitimation institutionnelle. Par exemple au sujet de l'extension de la compétence des AMO en leur offrant la possibilité d'intervenir avec des jeunes ayant jusqu'à 22 ans, un acteur d'un service non-mandaté déclarait que : « ça se pratiquait depuis longtemps ». L'administration générale abondait dans le même sens en expliquant que *les AMO travaillaient dans l'illégalité* jusqu'à la mise en place du CPAJPI.

Justification. Il a également été identifié que le CPAJPI *justifie* les pratiques (quelles que soient les orientations, conformes ou non à l'esprit du Code) des acteurs. Au sujet, par exemple, de la possibilité de placer un jeune entre 12 et 14 ans en IPPJ une juge de la jeunesse déclarait : « mais on peut quand même en mettre [en IPPJ] des moins de 14 ans sous certaines conditions. Moi, je n'ai jamais eu trop de problèmes avec ça [...] je crois qu'il y a quand même une exception et il y a quand même moyen... On n'a pas trop de problèmes je trouve, moi, avec ça, on n'a quand même pas beaucoup de jeunes de 12 ans. [...] Quand on a vraiment besoin l'exception permet de... en tout cas je ne me suis jamais dit "mince je suis coincée par l'âge moi depuis qu'il y a le nouveau décret" parce que c'est vrai qu'avant c'était douze ans...[elle cherche dans son code et lit la disposition en question] "de 12 à 14 ans qui a gravement porté atteinte à la vie ou à la santé d'autrui et dont le comportement est particulièrement dangereux", donc on a quand même ça quoi ! ».

Stimulation. Le Code a également été vu comme un instrument qui *stimule* des pratiques nouvelles et constitue une source d'idées. La distinction entre la prévention éducative et sociale mise en place par le CPJAJ va dans ce sens selon un chargé de prévention : « Je voudrais juste revenir sur ce que X [nom d'un participant] disait : la loi est quelque part une formalisation des évolutions d'un secteur et ici on ne serait pas dans ce cas-là. Je crois que ce n'est pas toujours le cas et que c'est intéressant. C'est bien que le législateur, de temps en temps, force un petit peu un secteur qui est conservateur à sortir de sa zone de confort et à faire des choses qu'il n'avait pas spécialement envie de faire ».

Déception. Des intervenants nous ont aussi rapporté être *décus* de ne pas y trouver les ressources qu'ils espéraient y trouver. Ainsi, un intervenant d'un service mandaté expliquait ceci au sujet de la question de la consécration des besoins de l'enfant : « Je pense aussi, que ce soit les intervenants ou les mandants, on

attendait tellement de ce Code par rapport au décret, moi, ce que j'ai ressenti, c'est une grande déception, une incompréhension parce que je pense que beaucoup d'intervenants imaginaient plus de protection de l'enfant à travers ce Code et que le ressenti général, mais par rapport à l'entourage professionnel que je côtoie, que j'ai côtoyé, je me souviens de cette conférence sur le Code, où je me retrouve avec des conseillers directeurs à l'extérieur pour échanger, c'était un désastre pour eux. Se disant que finalement on nous a vendu un peu du rêve en nous disant que les choses allaient évoluer ».

Contrainte. Un autre rapport à la loi est plus dans l'ordre de la concession. Témoignant d'un rapport tendu mais « servile » à la loi, certains acteurs ont effet déclarer se *contraindre* à s'incliner face à certaines dispositions du nouveau texte. Au sujet de l'accord écrit du jeune dès 12 ans au SAJ en présence de son avocat, un conseiller déclarait ne pas être convaincu par certains éléments de la disposition mais qu'« à un moment donné la loi est faite et on doit une certaine loyauté par rapport au texte législatif ».

Contournement. Des acteurs n'hésitent pas, confidentiellement, à indiquer qu'il leur arrive de *contourner* le Code, si le besoin s'en fait sentir, au regard des impératifs auxquels ils souscrivent parfois *contra legem*. Les propos d'un magistrat du parquet allaient en ce sens au sujet de la fixation de la phase préparatoire à neuf mois pour les jeunes poursuivis du chef d'un fait qualifié infraction : « Cette mesure elle nous faisait peur parce qu'on imaginait qu'elle allait entraîner une surcharge de travail mais finalement les ordonnances exceptionnelles de dérogations sont prises systématiquement. Ça n'a rien changé. Les ordonnances sont prises le temps de clôturer la prestation et puis on classe ».

V. IMPACTS DE CE TYPE DE RECHERCHE SUR LE TERRAIN

Nous évoquons plus haut notre choix de considérer la mise en œuvre des principes contenus dans le Code par les acteurs mais aussi de considérer la parole des acteurs sur le Code lui-même. Dans notre méthode, le Code est donc vu comme critiquable et comme étant concurrencé par d'autres normes. De plus, il constitue un levier d'intervention parmi d'autres pour les professionnels. Dans cette section, nous présenterons tout d'abord l'intérêt de cette méthodologie de recherche. Ensuite, nous proposerons une discussion sur les tenants et aboutissants de l'absence de recommandations dans un rapport de recherche comme celui-ci.

Dans la conclusion de la recherche, ce présupposé a montré tout son intérêt méthodologique. Ce présupposé permet de mettre en évidence d'autres points de travail ou de réforme que le Code lui-même ou que les actions des professionnels pour rencontrer ses objectifs. Se focaliser uniquement sur le texte légal et

sur les mesures pour l'appliquer laisse dans l'angle mort d'autres aspects tout aussi importants et qui méritent l'attention. Il est apparu notamment que le travail peut être rendu compliqué par un manque de clarté terminologique dans le secteur. Il en est ainsi par exemple du concept de déjudiciarisation qui bénéficie de quatorze compréhensions différentes dans les propos des personnes rencontrées. Est-il possible pour un secteur de mettre en œuvre un principe dont le sens et la définition sont à contenu variable ? De même, le manque de formation a souvent été pointé. Les propos suivants tenus par une juge de la jeunesse vont en ce sens : « ce n'est pas le Code que je remets en cause, c'est l'administration qui doit faire un travail avec ces services [les SAAF] pour mieux les informer de leur mission et leur mission n'est pas de trouver des parents de substitution. Les accueillants familiaux doivent offrir ce que les parents ne peuvent pas offrir mais les parents doivent rester présents »³⁰. Des professionnels expriment également que davantage de formations pourraient permettre aux différentes fonctions et aux différents services de mieux se connaître et donc de mieux travailler ensemble. La méconnaissance des fonctions et des cadres de travail des uns et des autres semble à l'origine de nombreux problèmes dans la prise en charge des jeunes et de leurs familles. Enfin, dans différents domaines, c'est une augmentation des moyens et/ou une meilleure répartition de ceux-ci qui est vue comme une piste pour améliorer la mise en œuvre par le secteur des principes édictés par le Code. D'autres rejettent toutefois l'argument du manque de moyens — et, plus spécifiquement, celui de l'insuffisance de places en placement — au profit d'un appel à un changement radical de paradigme³¹. Cette méthodologie de recherche a donc

³⁰ Cette même idée se retrouve au sein des propos d'un travailleur au sein d'un service non-mandaté : « En fait, les déléguées sont peut-être moins pertinentes et objectivent beaucoup moins les ressources qui sont internes ou intrinsèques aux familles. Et cela pose aussi problème aux conseillers parce qu'ils se retrouvent là déjà avec une amorce de placement. Tout le monde attend ce placement, les parents et les jeunes attendent ce placement, tout le monde attend quelque chose et quand ce placement se réalise, on ne peut pas dire que ça a un effet salvateur. On reste dans quelque chose où les contraintes d'un SRG sont des contraintes. [...] Il y a un problème de formation je pense... Ce travail d'objectivation s'acquiert avec de l'expérience et avec des formations. On est tout le temps sur du "il n'y a pas de places". Si le seul but du travail de déléguée est de trouver une place, on n'aurait plus besoin d'elles. C'est un manque d'objectivation qui pour moi est crucial et déterminant dans la prise en charge, mais il n'y en a plus. [...] Objectiver c'est avoir un critère de mesure, tout simplement. C'est déterminer le degré de dangerosité de la situation avec le pendant ressource de la famille ».

³¹ Cette idée trouve une illustration dans les propos suivants d'une chargée de prévention : « La question du manque de place... Est-ce un problème de moyens ? Je n'en suis pas certain. Il y a peut-être moyen de penser différemment les choses et même peut-être totalement différemment. Un placement des jeunes en SRG c'est 40 000 euros, alors quand on sait que la première cause de placement c'est la précarité, prenez par exemple une fratrie de trois — et ça arrive souvent c'est rare qu'un seul soit placé — on disperse les trois enfants entre trois institutions — les liens entre frère et sœur c'est compliqué et on est maltraitant — sur un an c'est 120 000 euros et puis faites le calcul de leurs 3 ans jusqu'à 18 ans... Voilà le coût pour la collectivité. Est-ce qu'il n'y a pas moyen de développer des réponses qui permettent de lutter contre la précarité ? Pour le moment on segmente toutes les interventions. Est-ce qu'il n'y a pas moyen de faire un travail avec la famille ? Parce qu'à partir du moment où on identifie que le problème c'est un problème de précarité... Deux années de placement

l'intérêt de mettre en évidence différents axes d'attention et de réformes par les décideurs politiques. Elle oriente les efforts vers des aspects légaux et extralégaux.

Dans le prolongement de l'approche démocratique expliquée ci-dessus, nous n'avons pas fait de recommandation à l'issue de ce travail de recherche. Ceci a des effets directs sur l'impact d'une telle recherche sur le terrain et sur l'accueil que peuvent lui réserver les professionnels impliqués et les acteurs politiques. L'absence de recommandation se déduit de la conception de l'évaluation comme visant à faire remonter une diversité d'opinions, de positions, de définitions et d'approches auprès des responsables politiques sans chercher à en valoriser certaines au détriment des autres. D'une part, il s'agit de respecter les différentes positions et de leur donner une place. D'autre part, il s'agit, pour les chercheurs, de se garder d'imposer leurs vues aux responsables politiques en laissant le vécu et l'expérience des personnes de terrain donner la marche à suivre. En effet, si les chercheurs font des recommandations, cela impose qu'ils définissent une base sur laquelle les fonder. Cette base peut être tant une vision du rôle du champ étudié, des valeurs considérées comme importantes, un fonctionnement particulièrement valorisé... Il nous semble que, dès lors que les chercheurs font des recommandations, ils se risquent à proposer une base qui doit davantage relever d'une vision politique informée et nourrie par la parole des acteurs de terrain. L'absence de recommandations résulte aussi de la volonté de ne pas créer un clivage encore plus important dans le secteur rencontré. En l'occurrence, le secteur de l'aide et de la protection de la jeunesse est un secteur assez divisé : s'y affrontent des philosophies et des manières de faire tellement différentes que le choix par des chercheurs d'options précises peut être de nature à renforcer le clivage. Ainsi, il peut arriver qu'une partie du secteur ne se sente pas entendue par le travail de recherche et estime donc peu les réflexions et changements politiques qui s'ensuivraient. Une évaluation démocratique ne proposant pas de recommandation

pour l'ensemble d'une fratrie permettent de rembourser une maison. [...] On est dans quelque chose de très absurde. Un dossier au SPJ vous imaginez l'absurdité : il y a un conseiller et son équipe dit que la situation est dangereuse et il n'y a pas de collaboration ; on passe au parquet et le parquet dit "il a raison, c'est dangereux" et il saisit le tribunal, il saisit le tribunal, il y a un débat contradictoire, c'est dangereux hors du milieu familial et le directeur n'a pas la possibilité de le faire. C'est ça l'absurdité : tout le système dit que c'est grave, c'est objectivé à trois étapes et pas de solution finale. C'est comme si on construisait des bagnoles mais qu'on ne les vendait pas. Il y a quelque chose d'un peu absurde. On n'est pas sur la temporalité des gens. Le problème c'est que si on a créé d'autres places avec la même logique elles seront remplies dans les deux mois qui suivent et vous aurez le même problème. Toutes proportions gardées, c'est un peu comme dans les prisons. Vous ouvrez une prison et le jour d'après elle est remplie. Il y a toute une série de choses en amont qu'il faut régler. [...] Objectivement, pour répondre aux moyens basiques du secteur de l'aide à la jeunesse il faudrait quasiment doubler les 350 millions d'euros qui sont attribués au secteur et quand je dis 350 millions ce sont les services agréés seulement. Je ne parle pas des SAJ/SPJ parce qu'eux sont sur le quota fonction publique. 350 millions, faites le calcul : il faudrait au moins 600 millions pour répondre aux besoins basiques sans développer une politique nouvelle. Le problème il est financier dans le cadre de ce paradigme. Si on change de paradigme je pense qu'on peut faire des économies d'échelles je pense qu'on peut avoir des réponses plus efficaces ».

constitue une approche respectueuse du terrain qui permet à chacun de se sentir entendu. Enfin, le risque de formuler des recommandations est qu'elles constituent le seul et unique segment de la recherche qui provoque l'intérêt du lecteur qu'il soit membre du secteur, responsable politique ou simple personne intéressée. Par conséquent, le lecteur pourrait être conduit à laisser dans les oubliettes l'ensemble des développements et réflexions complexes et nuancées des personnes interviewées ainsi que l'analyse dont ils font l'objet par les scientifiques affectés à ce travail. Or, il nous semble que ce sont ces développements qui doivent d'abord faire l'objet de discussions avant que des changements puissent être implémentés.

Si notre équipe de recherche n'a pas fait de recommandations précises, notons toutefois que peuvent s'extraire de notre méthodologie et de notre rapport écrit des recommandations de nature procédurale. Notamment, la méthodologie adoptée a permis de montrer l'importance de la rencontre d'acteurs transversaux de la prévention, de l'aide et de la protection de la jeunesse. Les différentes MAG ont permis de montrer l'importance que le secteur puisse être à l'écoute de lui-même, c'est-à-dire d'entretenir le dialogue entre acteurs agissant dans des domaines différents pour qu'ils puissent mieux se connaître, mieux se comprendre et partant, mieux articuler et harmoniser leurs pratiques. En soi, cela constitue déjà une fameuse voie de travail pour l'avenir du secteur, voie de travail qui ne se concentre donc pas uniquement sur le changement de textes de loi. Dans le même sens et comme déjà évoqué, des formations communes entre sous-secteurs du secteur peuvent alimenter une dynamique de meilleure collaboration interprofessionnelle. Par ailleurs, la recherche a pu montrer le besoin des professionnels d'avoir davantage de soutien que de contrôle. Les responsables politiques peuvent se saisir de ce constat pour proposer de nouvelles impulsions tenant compte de ce ressenti du terrain. Nous tentons de montrer ici que ce n'est pas parce que des recommandations spécifiques relatives à des changements de lois ou de dispositifs sont absentes d'une évaluation que celle-ci ne peut faire entendre des points ou des méthodes de travail pouvant être utilisés par les acteurs politiques.

Très rapidement après la recherche et dès sa publication, nous avons été interpellés justement sur l'absence de recommandations. Disons-le simplement : ceci a été questionné ou critiqué tant par des acteurs de terrain que par des personnes appartenant au monde politique. Lors de notre audition en commission du Parlement de la Communauté française en date du 15 septembre 2022, notre position quant aux recommandations a été discutée. De cette rencontre et d'autres, nous pensons comprendre que ce qui a interrogé les personnes sur cette décision est le fait que, sans recommandation, il peut se révéler difficile de savoir clairement comment aborder et comment tirer des conclusions concrètes d'un rapport abordant des thématiques multiples et variées. Notre réponse première à cette objection est tout simplement d'inviter toute personne quelle que soit sa position dans le secteur à investir ce rapport pour en tirer les grandes leçons. Dans la continuité

de notre approche démocratique, nous pensons qu'il est nécessaire de scinder le temps de l'évaluation et le temps du choix des actions à poser, qu'il s'agisse de réformes légales ou de l'adaptation, **modification, invention de dispositifs**[autre proposition : de la modification ou de l'invention de dispositifs ?]. Après le temps de l'évaluation par des scientifiques peut intervenir le temps où les acteurs politiques se saisissent des conclusions apportées, en groupes de travail thématiques, par exemple, accompagnés à certaines conditions de chercheurs. Cela permet d'éviter la confusion des rôles en laissant le choix aux décideurs des actions à entreprendre. Nous estimons que notre position peut se comprendre au regard de ce que nous venons d'exposer mais nous pensons que l'opinion contraire a tout son sens et doit être entendue et comprise. D'ailleurs, c'est avec surprise que nous avons pris connaissance du décret du 20 juillet 2023 modifiant diverses dispositions en aide à la jeunesse. L'article 33 de ce décret modifie l'article 151 du Code en précisant que le rapport d'évaluation remis par l'équipe de recherche devra désormais contenir des recommandations. Impossible pour nous de ne pas voir cette modification comme une volonté politique d'éviter que les prochaines évaluations du Code ne donnent lieu au même positionnement scientifique que le nôtre sur cet aspect. Nous respectons cela et espérons que l'intérêt de la logique qui sous-tend notre approche aura toutefois été perçu.

CONCLUSION

L'approche utilisée dans cette recherche évaluative montre selon nous l'importance de l'usage des méthodes empiriques. Utiliser des méthodes qualitatives conçues pour une rencontre directe avec des acteurs de terrains n'est pas un simple complément utile, cela se révèle d'une importance cruciale. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'on s'intéresse à un domaine dans lequel les réalités concernées sont humaines, complexes et impliquent tant des professionnels que des bénéficiaires. Cette manière de procéder permet que les politiques publiques soient informées et façonnées par le vécu des personnes premières concernées, par la réalité de terrain et non par des logiques abstraites.

Ces résultats ne peuvent être atteints qu'en respectant certaines exigences fondamentales : la cohérence et la distinction des temps de travail. Nous avons d'abord veillé à faire des choix théoriques et éthiques clairs, qui se traduisent par des options méthodologiques cohérentes. Dans notre cas, l'adoption d'une approche démocratique a impliqué notamment de ne pas survaloriser d'opinion dans le rapport final. La distinction des temps de travail reflète, quant à elle, la nécessité de structurer le processus en deux étapes distinctes : d'une part, l'évaluation menée par des chercheurs, et d'autre part, la prise de position sur les changements nécessaires, assumée par les acteurs politiques eux-mêmes. Cette division

semble permettre de faire jouer la complémentarité entre ces deux fonctions tout en mettant un maximum à profit la parole récoltée chez les acteurs de terrain.

Si les limites de notre démarche ont été exposées tout au long de ce travail, nous souhaitons conclure cet article en attirant l'attention sur un risque spécifique qu'elle peut comporter : celui de contribuer, dans certains contextes, à une forme d'immobilisme politique. Ce phénomène est notamment décrit en ces termes : « la participation peut être un frein à l'action publique et favoriser l'immobilisme. En effet, en présence de points de vue trop divergents, la participation va se résumer à une confrontation stérile de points de vue bloquant toute décision, chacun campant sur sa position. L'issue d'une telle confrontation sera le statu quo. [...] Au final, le processus participatif, censé apporter une valeur ajoutée dans la construction de l'action, accouchera d'une décision peu ambitieuse et peu novatrice »³².

Cet immobilisme ne relève toutefois pas de la fatalité puisque l'équipe de recherche a pu proposer des outils permettant d'ouvrir des marges d'action. Plus concrètement, dans ce travail, le rôle de l'équipe de recherche peut se comparer à celui d'un cartographe : elle s'attache à rendre lisible un territoire complexe par la production d'une carte, sans tracer d'itinéraire, mais en fournissant des repères et des principes d'orientation, laissant aux acteurs politiques la responsabilité de choisir la direction à suivre. Les méthodes empiriques montrent ici leur puissance et permettent que le droit soit travaillé d'abord et avant par l'analyse des citoyens. Penser un droit démocratique, c'est, à notre sens, y intégrer à la source des méthodes de recherche, elles-mêmes démocratiques.

REMERCIEMENTS

Les auteurs remercient chaleureusement le professeur Dan Kaminski pour ses conseils avisés et la relecture de cet article.

³² B. PLOTTU et É. PLOTTU, « Contraintes et vertus de l'évaluation participative », *Rev. fr. gest.*, 2009, n° 192, p. 37.

Produire des individus autonomes : approche sociojuridique et empirique de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique

par Zoé CRINE [qualités à ajouter svp]

RÉSUMÉ[OU INTRODUCTION ?]

Cet article s'appuie sur une recherche doctorale menée dans trois centres d'accueil pour femmes demandeuses d'asile en Belgique dans le but d'analyser, de manière empirique, la façon dont l'autonomie des demandeuses d'asile y est pensée et construite. À partir d'une compréhension juridique de cette notion dans le champ des droits humains, il montre comment l'autonomie se fabrique et se transforme dans les pratiques quotidiennes d'accueil, en interaction avec des rationalités managériales et des logiques morales issues du secteur privé. En considérant le centre d'accueil comme un laboratoire politique et épistémologique, à la fois juridiquement encadré et socialement investi, l'article souligne l'importance d'appréhender le droit à travers une démarche empirique et interdisciplinaire, éclairée par des méthodes qualitatives issues des sciences sociales. S'appuyant sur les courants des études empiriques du droit et du pragmatisme juridique, il montre que les centres fonctionnent comme des lieux de production normative, où se construit une conception singulière et morale de l'autonomie comme une responsabilité individuelle, interprétée et mise en œuvre par les professionnel·les du social. Étudier ces pratiques permet ainsi de saisir la notion d'autonomie « en action » et de produire des savoirs situés sur les rationalités qu'elle peut articuler dans le contexte des centres d'accueil.

Février 2025. Dans sa section « asile et migration », l'accord de coalition fédérale du gouvernement De Wever énonce que les personnes qui entrent sur le territoire en dehors des voies liées au travail ou aux études « [...] doivent être activées [...] s'intégrer et être autonomes dans leur nouvelle communauté le plus rapidement possible »¹. Fedasil, l'agence responsable du réseau d'accueil des demandeurs d'asile en Belgique, inscrit dans le même sens parmi ses valeurs fondamentales, la « stimulation de leur autonomie et de leur

¹ Voy. l'accord de coalition fédérale 2024-2029, p. 169, disponible sur : https://www.belgium.be/sites/default/files/resources/publication/files/Accord_gouvernemental-Bart_De_Wever_fr.pdf [consulté le 16 février 2026].

responsabilité »², comme un objectif central. Le plan de management intégré de l'Agence pour la période 2021-2027³ met l'accent sur l'autonomisation des demandeurs d'asile au cours de leur séjour en centre communautaire, conçu comme un lieu de passage *physique* (les demandeurs y résident, pendant un temps) et *symbolique* (ils s'y « transforment » pour devenir autonomes)⁴.

Formulée comme un impératif d'action publique, l'autonomie s'inscrit dans les politiques d'accueil comme un principe d'organisation, un mot d'ordre adressé à des personnes étrangères appelées à être « activées » dans leurs trajectoires migratoires. Elle s'affirme comme horizon normatif structurant du droit à l'aide matérielle, juridiquement encadré[e, l'autonomie ?] par la loi du 12 janvier 2007 et institutionnellement organisé[e, idem ?] au sein des centres communautaires du réseau d'accueil.

Ces centres ne sont pas de simples « décors » de la mise en œuvre du droit. Parce qu'ils organisent, selon un modèle collectif⁵, l'accès à un accompagnement social, médical et juridique, ils dépassent leur fonction première d'hébergement et d'octroi des conditions matérielles d'existence (« le gîte et le couvert »)⁶. Ils constituent un milieu social structuré, un espace matériel et relationnel traversé par des rapports de pouvoir qui construisent les manières de concevoir l'autonomie, d'organiser la relation d'aide et de conditionner l'accès effectif aux droits. En somme, ils forment en eux-mêmes un espace de production située du droit, un lieu « réceptacle et vecteur d'enjeux relationnels et sociaux structurants »⁷.

C'est à partir de cet espace, et des pratiques ordinaires qui en organisent le fonctionnement, que l'article propose de situer l'analyse afin d'interroger l'autonomie personnelle en contexte. La réflexion qui le nourrit s'appuie sur une recherche doctorale interdisciplinaire en droit et en science politique, consacrée

² Voy. les valeurs de Fedasil reprises en ligne sur le site : <https://www.fedasil.be/fr/propos-de-fedasil/nos-valeurs> [consulté le 6 mars 2026]. Voy. aussi l'introduction de la thèse : Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, 504 p.

³ Le plan de management est un instrument communicationnel, visant à définir des objectifs stratégiques et opérationnels clairs » pour une période de cinq ans (2021-2026). La stratégie ADA 2027 poursuit les mêmes objectifs pour le réseau d'accueil de la Croix-Rouge. Voy. la présentation du plan de management sur le site de Fedasil : <https://www.fedasil.be/fr/actualites/accueil-des-demandeurs-dasile/plan-de-management-2021-2026-0> [consulté le 16 février 2026].

⁴ Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 117.

⁵ Conformément à l'article 11 de la loi accueil.

⁶ Loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.*, 7 mai 2007, p. 24027.

⁷ B. MICHALON, « Le lit, objet banal, objet de contrôle. Pouvoir et matérialité dans les centres pour demandeurs d'asile en Roumanie », in L. BONY, S. GUYOT, B. MICHALON et P.-Y. TROUILLET, *Le pouvoir des objets. La construction matérielle de la domination*, ENS Éditions, 2025, pp. 37-61.

à la notion d'autonomie dans les centres d'accueil pour femmes demandeuses d'asile. Cette thèse, fondée sur une enquête ethnographique menée dans trois structures d'hébergement, interroge la manière dont l'autonomie personnelle se décline, se négocie et se transforme dans les pratiques quotidiennes du travail social. Elle est fondée sur la question suivante : quelles conceptions de l'autonomie des demandeuses d'asile traduisent la réglementation et les pratiques de l'accueil en Belgique francophone ? ⁸

Pour y répondre, la thèse a emprunté trois itinéraires analytiques, trois voies d'exploration aussi complémentaires qu'indispensables. D'abord, *interroger l'autonomie en théorie*, à l'interface de plusieurs champs disciplinaires. Puisque le droit ne peut ni tout comprendre ni tout expliquer à lui seul, il fallait intégrer la manière dont les disciplines voisines (notamment la philosophie et la sociologie) pensaient cette notion, saisir les dimensions politiques et relationnelles de l'autonomie, et mettre au jour les présupposés normatifs qui sous-tendent ses usages juridiques. Ensuite, *examiner l'autonomie dans le juridique*. Il s'agissait d'examiner les lois et règlements relatifs à l'accueil des demandeurs d'asile afin d'y identifier la place accordée à l'autonomie, les attentes explicites ou implicites à ce sujet à l'égard des demandeurs d'asile, ainsi que leurs implications concrètes. Au-delà des textes légaux, il était nécessaire d'analyser la jurisprudence, en particulier celle de la Cour européenne des droits de l'homme, pour comprendre les fonctions que celle-ci reconnaît à l'autonomie personnelle, notamment à travers l'article 8 de la Convention, relatif au respect de la vie privée et familiale ⁹. Dans le contentieux migratoire, cette analyse a permis de dégager une conception de l'autonomie personnelle qui s'y dessine en toile de fond. Enfin, *analyser les fonctions de l'autonomie en pratique*. À partir d'une enquête de terrain menée en centres d'accueil, la thèse identifie différentes fonctions de l'autonomie personnelle telles qu'elles se construisent dans l'expérience située des fonctionnaires de l'accueil, des travailleurs sociaux de terrain et des demandeuses d'asile. L'examen de ces fonctions permet de saisir les conceptions concrètes de l'autonomie à l'œuvre dans les pratiques professionnelles, mais aussi dans le vécu des femmes qui vivent dans l'espace du centre.

Le présent article adapte ces itinéraires analytiques pour en proposer une lecture ciblée et resserrée, en mobiliser les enseignements les plus saillants et éclairer les conceptions de l'autonomie en centre d'accueil. Il se décline en trois temps. Dans un premier temps, il pose le cadre en envisageant le centre d'accueil comme un lieu privilégié d'observation, un laboratoire pour étudier les rationalités de

⁸ Voy. la thèse Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025.

⁹ Qui a consacré cette notion dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, par le biais de l'article 8 de la Convention. Cour eur. D.H., 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02.

l'accueil et la notion d'autonomie personnelle « en action ». Dans un deuxième temps, il présente les approches empiriques en droit et les inscrit dans la continuité du pragmatisme juridique, pour préciser la démarche méthodologique adoptée. Dans un troisième temps enfin, il s'appuie sur l'expérience et les résultats issus de la recherche doctorale pour montrer comment l'enquête de terrain permet de penser juridiquement et politiquement l'autonomie des demandeurs d'asile dans l'accueil. Plus largement, l'article examine quelle compréhension de l'autonomie s'incarne dans ces espaces, comment une notion juridique se recompose au contact des acteurs institutionnels et se redéfinit à travers des rationalités propres au centre. Il montre aussi les « économies morales »¹⁰ sous-jacentes : un système de valeurs, d'obligations et de normes qui se conjuguent avec des pratiques qui les mettent en œuvre et organisent l'accueil. Cette dernière partie expose les principaux résultats et enseignements tirés de la thèse, qui nourrissent la réflexion au cœur du texte qui suit.

I. LE CENTRE D'ACCUEIL COMME UN LABORATOIRE D'ANALYSE PRIVILÉGIÉ

L'espace du centre d'accueil pour demandeurs d'asile se situe à l'intersection d'un cadre normatif, juridiquement défini, et d'un dispositif politique plus large, où se négocient des logiques de contrôle des mobilités et des formes de gouvernementalité¹¹. Comprendre la manière dont l'autonomie y est pensée et mise en œuvre suppose donc de s'arrêter sur cet espace lui-même, en l'envisageant comme un laboratoire privilégié d'observation des pratiques et des significations qu'y prend cette notion.

A. Un espace juridiquement institué

En droit belge, la loi du 12 janvier 2007 relative à l'accueil des demandeurs d'asile (ci-après, la loi accueil) vise à garantir à toute personne en demande de

¹⁰ Sur la notion, voy. not. D. FASSIN, « Les économies morales revisitées », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2009, vol. 64, n° 6, pp. 1237-1266.

¹¹ Voy. à ce sujet le titre IV de la thèse, consacré à cet aspect, en particulier le chapitre 3, point 1. Voy. not. sur le centre d'accueil comme technique de gouvernement : M. AGIER, *Un monde de camps*, La Découverte, C.E.R.A.S., 2014, 350 p. ; J. DARLING, « Domopolitics, governmentality and the regulation of asylum accommodation », *Political Geography*, juin 2011, vol. 30, n° 5, pp. 263-271. Sur la gouvernementalité, voy. comme référence M. Foucault, not. *Naissance de la biopolitique*, son cours prononcé au Collège en 1979 et aussi P. LASCUMES, « La Gouvernamentalité : de la critique de l'État aux technologies du pouvoir », *Le Portique. Revue de philosophie et de sciences humaines*, septembre 2004, n° 13-14, disponible sur <https://journals.openedition.org/leportique/625> [consulté le 10 novembre 2025]. Par dispositif, nous entendons ici : « [...] un ensemble résolument hétérogène comportant des discours, des institutions, des aménagements architecturaux, des décisions réglementaires, des lois, des mesures administratives, des énoncés scientifiques, des propositions philosophiques, morales, philanthropiques [...] ». Voy. G. AGAMBEN, « Théorie des dispositifs », *Po&sie*, 2006, vol. 115, n° 1, p. 25.

protection internationale une vie conforme à la dignité humaine¹². Elle transpose la directive européenne du même nom et marque la volonté du législateur de proposer un cadre juridique pour l'accueil des demandeurs d'asile au niveau national¹³.

Concrètement, la loi confère à l'État une série d'obligations positives relatives à l'octroi d'une aide matérielle aux demandeurs d'asile. Cette aide, définie à l'article 2, paragraphe 6, comprend notamment l'hébergement, les repas, l'habillement, l'accompagnement médical, social et psychologique, ainsi qu'une allocation journalière. Elle inclut également l'accès à l'aide juridique, à des services d'interprétariat, à des formations, et à un programme de retour volontaire¹⁴. L'objectif principal est donc d'assurer, par une politique d'accueil structurée au niveau national, des conditions de vie conforme à la dignité humaine pour toutes les personnes en demande de protection.

L'accueil des demandeurs d'asile en Belgique repose sur une architecture institutionnelle qui mobilise plusieurs niveaux de pouvoir. Au cœur du système d'accueil se trouve Fedasil, l'Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile, instituée par la loi-programme du 19 juillet 2001 en tant qu'organisme d'utilité publique doté de la personnalité juridique¹⁵. Elle occupe une position singulière : juridiquement distincte de l'État, mais placée sous la tutelle hiérarchique du ministre de l'Asile et de la Migration, elle associe à la fois une relative autonomie de gestion avec une dépendance politique aux orientations gouvernementales¹⁶. Son financement provient quasi exclusivement d'une dotation fédérale, représentant plus de 95 % de ses ressources¹⁷.

La loi-programme de 2001 définit précisément les missions confiées à Fedasil. L'article 62 lui attribue trois fonctions principales : assurer l'organisation et la gestion des différentes modalités d'accueil des demandeurs d'asile ; coordonner les programmes de retour volontaire ; et encadrer les partenariats conclus avec d'autres acteurs impliqués dans la fourniture de services liés à l'accueil. L'Agence est également chargée du contrôle et de la qualité de l'accueil, tout en mettant

¹² Loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.*, 7 mai 2007, p. 24027, art. 3.

¹³ Voy. la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), *J.O.U.E.*, 29 juin 2013, L 180, p. 96.

¹⁴ Le retour volontaire est défini à l'article 2,13°, de la loi comme « le retour d'une personne vers son pays d'origine ou vers un pays tiers sur le territoire duquel elle est admise ou autorisée au séjour, à la suite d'une décision autonome de faire appel à un programme d'aide au retour élaboré par les autorités du pays d'accueil ». Voy. aussi l'art.31, § 2, de la loi et le titre IV « Programme de retour volontaire ».

¹⁵ Voy. la loi-programme du 19 juillet 2001, *M.B.*, 28 juillet 2001, p. 25687.

¹⁶ *Ibid.*[mettre la référence complète svp], art. 60.

¹⁷ Voy. le dernier budget mis à jour sur le site de Fedasil en 2023 : <https://www.fedasil.be/fr/propos-de-fedasil/budget>. En 2025, le Directeur général de Fedasil s'inquiète de l'impact des importantes coupes budgétaires dans l'accueil des demandeurs d'asile sous le gouvernement De Wever. Voy. en ligne : <https://www.lecho.be/dossier/migrants/le-directeur-general-de-fedasil-la-liste-d-attente-des-demandeurs-d-asile-doit-disparaitre/10590019.html>.

en œuvre, sous l'autorité du ministre compétent, les politiques fédérales en la matière ¹⁸.

En pratique, la mise en œuvre des politiques d'accueil repose sur une chaîne d'acteurs hiérarchisée. Le ministère de l'Asile et de la Migration fixe les orientations stratégiques, tandis que Fedasil traduit ces lignes directrices en modalités opérationnelles ¹⁹. Deux directions régionales (la « Région Nord » et la « Région Sud ») coordonnent l'application de ces modalités respectivement en Flandre et en Wallonie ²⁰. Enfin, les centres d'accueil, dirigés par Fedasil ou par ses partenaires conventionnés (la Croix-Rouge, par exemple), constituent les lieux où ces politiques prennent forme sur le terrain, par le biais des travailleurs sociaux.

B. Un espace politique

Ce travail social s'inscrit dans un espace-temps particulier : celui des centres d'accueil communautaires, pendant la durée d'une procédure d'asile. Ces structures, souvent installées dans de grands ensembles réaffectés (anciennes écoles, casernes ou internats) ²¹, hébergent les demandeurs d'asile pendant la durée d'examen de leur demande de protection internationale par les autorités compétentes ²². Ce dispositif d'hébergement collectif résulte d'un choix politique. Dans ce sens, il a connu des évolutions au fil du temps : initialement fondé sur un système d'aide financière, le modèle communautaire du centre d'accueil s'est progressivement imposé comme la norme, le standard d'accueil en Belgique ²³.

§ 1. Le centre communautaire : modèle privilégié, outil de dissuasion

Il faut le dire, cette évolution n'est pas neutre sur le plan des idées. Elle traduit un choix politique orienté vers un « encadrement collectif » des demandeurs d'asile, préféré à une logique d'accueil individualisé. Concrètement, pour éviter les effets d'attractivité que pourraient engendrer des politiques d'accueil jugées

¹⁸ Loi-programme du 19 juillet 2001, art. 62, § 5, *M.B.*, 28 juillet 2001, p. 25687.

¹⁹ Sous la législation précédente, la politique d'asile et de Migration relevait de la compétence d'un Secrétariat d'État.

²⁰ Voy. le site de Fedasil : <https://www.aliss.be/institution/agence-federale-pour-l-accueil-des-demandeurs-d-asile-fedasil-regionsud-2150> [consulté le 10 novembre 2025].

²¹ Sur l'architecture des centres d'asile, voy. not. A.S.F. GRØNSETH et R.Ø. THORSHAUG, « Struggling for home where home is not meant to be. A study of asylum seekers in reception centers in Norway », *Journal of Global and Historical Anthropology*, 2022, vol. 92, pp. 15-30 ; J. DARLING, « Domopolitics, governmentality and the regulation of asylum accommodation », **[ouvrage non encore cité, référence à compléter svp. jop. cit.]**

²² Conformément à l'article 6, § 1, de la loi accueil.

²³ Conformément à l'article 11 de la loi accueil. Voy. égal. l'accord de gouvernement Charles Michel du 9 octobre 2014 qui entérine pour la première fois ce modèle :

https://cerap.be/IMG/pdf/Accord_de_Gouvernement-final-09102014.pdf [consulté le 10 novembre 2025]. Voy. aussi le site de Fedasil, qui rappelle que l'accueil collectif est la norme : <https://www.fedasil.be/fr/asile-enbelgique/accueil-des-demandeurs-dasile> [consulté le 5 février 2025].

trop « attrayantes », tous les coups — et tous les *coûts* — sont permis²⁴. Dans un rapport transmis à la Chambre des représentants en octobre 2017, la Cour des comptes au regard de la charge financière que représentent les centres, précisait que « l'accueil individuel est moins cher que l'accueil collectif [...] », avant de souligner que « [...] le modèle d'accueil n'est pas le plus efficient, mais il vise à éviter de le rendre trop attrayant »²⁵. La substitution en 2001 de l'aide matérielle à l'aide financière s'inscrit aussi dans cette logique de dissuasion. Le rapport note à cet égard que le système d'aide financière belge « [...] donnait l'impression de favoriser l'arrivée de demandeurs d'asile (effet d'attrait) [...] »²⁶, tout en rappelant que « l'aide matérielle coûte cependant beaucoup plus cher que l'aide financière au niveau du revenu d'intégration [...] »²⁷.

Dans le contexte belge, cet usage politique du centre d'accueil comme outil de dissuasion est particulièrement visible dans le discours public. Les autorités de l'asile recourent à la notion d'« appel d'air », pour désigner l'effet supposé d'une politique d'accueil jugée trop généreuse, qui inciterait certains étrangers à venir volontairement s'établir en Belgique²⁸. Cette rhétorique, fréquemment mobilisée à l'échelle nationale, sert à légitimer une régulation par le bas des dispositifs de l'accueil, qui consiste à les aligner sur les dénominateurs communs européens les plus faibles et les moins ambitieux, à ne pas être un « trop bon accueillant »²⁹.

Les centres n'ont donc pas qu'une fonction logistique. Ils contribuent aussi à une forme de « mise en scène politique ». Comme le soulignent Claire Rodier et Emmanuel Blanchard, ces espaces de regroupement et de mise à l'écart des populations étrangères contribuent à la « *spectacularisation du politique* »³⁰ en matière migratoire, c'est-à-dire à la production visible d'une action publique présentée comme efficace, parce que très ostentatoire (les « migrants » étant maintenus dans des structures clairement identifiées, spatialement délimitées et fortement encadrées, dont la visibilité même participe à la démonstration de contrôle étatique).

²⁴ L'expression est empruntée à C. SCHMOLL, *Les damnées de la mer. Femmes et frontières en Méditerranée*, Paris, La Découverte, 2020, p. 21.

²⁵ COUR DES COMPTES DE BELGIQUE, « Accueil des demandeurs d'asile », *Rapport de la Cour des comptes transmis à la Chambre des représentants*, Bruxelles, octobre 2017, p. 64.

²⁶ COUR DES COMPTES DE BELGIQUE, « Accueil des demandeurs d'asile », *Rapport de la Cour des comptes transmis à la Chambre des représentants*, Bruxelles, octobre 2017, p. 64.

²⁷ COUR DES COMPTES DE BELGIQUE, « Accueil des demandeurs d'asile », *Rapport de la Cour des comptes transmis à la Chambre des représentants*, Bruxelles, octobre 2017, p. 64.

²⁸ Voy. à ce sujet : CIRÉ, « Les politiques migratoires et le concept de l'appel d'air », disponible à l'adresse suivante :

<https://www.cire.be/les-politiques-migratoires-et-le-concept-de-l-appel-d-air/> [consulté le 16 février 2026].

²⁹ Voy. not. à ce sujet S. SAROLEA, « Les carences de l'accueil des réfugiés en Belgique à l'aune de l'arrêt Camara de la Cour européenne des droits de l'homme — 'Ceci n'est pas une crise' », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 1, n° 141, 2025, pp. 115-143.

³⁰ C. RODIER ET E. BLANCHARD, « L'Europe des camps », *Plein droit*, 2003, vol. 58, n° 3, p. 20.

Les « camps de réfugiés », les centres et, plus largement, les dispositifs spatiaux de l'exil deviennent ainsi des supports de communication politique, dont la fonction symbolique se conjugue étroitement avec leur mission officielle d'accueil ³¹.

§ 2. Le centre comme un espace de vie dans les marges

Les travaux en sciences humaines et sociales qui portent sur l'accueil des demandeurs d'asile montrent aussi que la réaffectation d'anciens bâtiments (hôpitaux, internats, casernes) en centres d'accueil ne répond pas uniquement à des considérations pratiques d'aménagement, mais traduit également une mode de gouvernement ³². Ces lieux ne visent pas à favoriser l'installation durable ni à offrir un cadre de vie attractif : ils doivent au contraire inscrire l'idée d'un séjour temporaire et conditionnel, que l'architecture du centre vient rappeler. Ces deux dimensions (la temporalité ; la conditionnalité) contribuent, selon certains auteurs, à maintenir les demandeurs d'asile dans un état d'exception permanent, à la fois juridique et spatial ³³. Dans cette perspective, Ragne Øwre Thorshaug soutient que les centres d'accueil s'intègrent à l'arsenal des dispositifs de contrôle migratoire, à travers la production de « politiques de l'inconfort » ³⁴. Ce concept renvoie à un ensemble de conditions matérielles et sociales qui restreignent les gestes de la vie quotidienne et contribuent à faire du centre un espace dissuasif et contraint, marqué par le manque de confort et des conditions de vie toujours précaires. Dans le même sens, la littérature pense aussi ces espaces comme des lieux aux marges géographiques et sociales de la société ; des lieux périphériques, à la fois physiquement et symboliquement détachés de l'espace social. Michel Agier soutient que les camps de réfugiés et les structures d'accueil se trouvent « en dehors de la ville » à un double niveau : non seulement parce qu'ils sont largement implantés hors des centres urbains, mais surtout parce qu'ils sont pensés comme des espaces humanitaires « tenus à distance du monde social et politique ordinaire [...] » ³⁵. Dans cette perspective, les centres d'accueil ont été analysés comme des espaces d'exclusion sociale, précisément parce qu'ils marquent la séparation entre le citoyen (celui qui appartient à la *cit*é, qui a droit à la ville) et celui qui en est tenu à distance ³⁶. Camille Schmoll propose dans ce sens de

³¹ C. RODIER et E. BLANCHARD, « L'Europe des camps », *Plein droit*, 2003, vol. 58, n° 3, p. 20.

³² A.S.F. GRØNSETH et R.Ø. THORSHAUG, « Struggling for home where home is not meant to be. A study of asylum seekers in reception centers in Norway », *Journal of Global and Historical Anthropology*, 2022, vol. 92.

³³ C. SCHMOLL, *Les damnées de la mer. Femmes et frontières en Méditerranée*, Paris, La Découverte, 2020, p. 141.

³⁴ A.S.F. GRØNSETH et R.Ø. THORSHAUG, « Struggling for home where home is not meant to be. A study of asylum seekers in reception centers in Norway », *Journal of Global and Historical Anthropology*, 2022, vol. 92.

³⁵ M. AGIER, R. NICE et L. WACQUANT, « Between war and city: Towards an urban anthropology of refugee camps », *Ethnography*, 2002, vol. 3, n° 3, p. 318 [notre traduction].

³⁶ M. AGIER, R. NICE et L. WACQUANT, « Between war and city: Towards an urban anthropology of refugee camps », *Ethnography*, 2002, vol. 3, n° 3, p. 318 [notre traduction].

penser l'accueil des demandeurs d'asile comme une « vie à la frontière », voire une existence *dans* la frontière³⁷. Cette dernière devient une expérience liminale parce qu'elle « confronte les personnes à leur condition d'altérité et marque un état particulier, un état intermédiaire entre deux positions, ni vraiment d'ici, ni tout à fait d'ailleurs »³⁸.

C. Un objet à la croisée des disciplines

Ce bref examen des centres d'accueil à travers la littérature en sciences humaines et sociales montre que les centres se présentent comme des espaces à la fois juridiques *et* politiques, où le droit à l'accueil s'articule à des logiques institutionnelles singulières. Dans cette perspective, l'autonomie personnelle comme notion juridique ne peut être appréhendée exclusivement à partir des textes qui la consacrent dans le champ des droits humains ou l'inscrivent dans la législation de l'accueil. L'étudier dans l'espace du centre implique d'analyser la manière dont elle est concrètement investie : comment elle est traduite et conçue dans les pratiques professionnelles ; dans quelle mesure elle oriente et conditionne les décisions relatives à l'accompagnement social des demandeurs d'asile ; quels référentiels elle charrie. Comprendre l'autonomie personnelle dans ces espaces et les dispositifs qui l'encadrent, c'est donc nécessairement interroger les formes concrètes qu'elle prend lorsqu'il s'applique dans des contextes de contrainte (au sein d'une institution, par exemple), et examiner comment elle se recompose au contact des acteurs et des rationalités gouvernementales qui l'organisent. Autrement dit, c'est saisir l'autonomie personnelle à partir de sa qualification de principe juridique pour en analyser les formes situées et les modalités d'actualisation dans les pratiques ordinaires de l'accueil.

Cet examen peut être mené sous deux angles complémentaires. Sous le premier, en étudiant les instruments juridiques à travers lesquels cette notion est formulée, mobilisée et encadrée, qui révèle aussi une certaine conception de l'action publique des centres (comment l'autonomie est définie, prescrite ou présupposée dans ces instruments et qu'est-ce le recours à ce type d'instrument implique ?). Dans la thèse, l'examen des instruments juridiques souligne le recours à un cadre normatif volontairement souple pour organiser l'accueil des demandeurs d'asile et encadrer la manière dont leur autonomie est définie et mise en œuvre. Cet encadrement repose sur un ensemble d'instruments non contraignants, des « arrangements » de régulation qui orientent concrètement les pratiques des professionnels du social³⁹. Ces arran-

³⁷ C. SCHMOLL, *Les damnées de la mer. Femmes et frontières en Méditerranée*, Paris, La Découverte, 2020, p. 23.

³⁸ C. SCHMOLL, *Les damnées de la mer. Femmes et frontières en Méditerranée*, Paris, La Découverte, 2020, p. 24.

³⁹ Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 103.

gements présentent au moins deux caractéristiques. D'une part, ils se déploient en marge du processus législatif classique. D'autre part, ils s'inscrivent sous l'autorité administrative de Fedasil et sous l'impulsion du pouvoir exécutif, c'est-à-dire du ministère compétent. L'instruction administrative constitue à cet égard un exemple clé. Perçue comme un instrument de droit « souple »⁴⁰, elle contribue néanmoins à une forme d'« hyper-régulation » des modalités concrètes de l'accueil, au sein desquelles se définissent aussi les attentes institutionnelles relatives à l'autonomie⁴¹. L'instruction dite « haut taux de protection » est une illustration de cette dynamique⁴². Elle établit un lien explicite entre le placement en structure individuelle (notamment en Initiative locale d'accueil — ci-après, ILA) et le taux élevé de reconnaissance de la protection internationale pour certaines nationalités. Le transfert vers une structure individuelle est présenté comme un moyen de « permettre au demandeur de bénéficier d'une autonomie avant l'éventuel titre de séjour »⁴³ et de favoriser son intégration dans la commune d'accueil. L'autonomie apparaît ici comme un objectif anticipé dans l'accueil des demandeurs d'asile, qui se matérialise notamment dans le type de logement (collectif ou individuel) qui leur est proposé puis attribué.

Si l'accord de coalition fédérale du gouvernement De Wever prévoit la suppression de cette instruction et de la pratique qui en découle⁴⁴, la référence à l'autonomie ne disparaît pas pour autant du cadre normatif de l'accueil. Elle est d'ailleurs déjà présente à l'origine, dans les travaux préparatoires de la loi du 12 janvier 2007. Dans le projet de loi du 16 juin 2006 relatif à l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, l'autonomie est mentionnée de manière circonscrite, principalement à travers la question du type d'hébergement collectif ou individuel dans lequel le demandeur est accueilli⁴⁵. L'exposé des motifs précise en effet qu'il appartiendra à Fedasil de déterminer « [...] le caractère individuel ou collectif d'une structure d'accueil en fonction de l'autonomie du demandeur »⁴⁶. Le degré d'autonomie constitue ainsi un critère

⁴⁰ Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 103. Voy. sur la notion I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de “source du droit”, “force normative” et “soft law” », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010, vol. 65, pp. 38 et s.

⁴¹ Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, pp. 95 et s.

⁴² Dont la dernière version actualisée et disponible en ligne date du 11 septembre 2021. Voy. l'instruction disponible sur le site de l'Union des Villes et Communes de Wallonie : https://www.uvcw.be/no_index/files/6927-2021-11-19—update-instruction-htp.pdf [consulté le 16 février 2026].

⁴³ *Ibid*[référence complète svp].

⁴⁴ Voy. l'accord de coalition fédérale 2024-2029, p. 169, disponible sur : https://www.belgium.be/sites/default/files/resources/publication/files/Accord_gouvernemental-Bart_De_Wever_fr.pdf.

⁴⁵ Projet de loi sur l'accueil des demandeurs d'asile, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2005-2006, n° 51- 2565/001.

⁴⁶ Projet de loi sur l'accueil des demandeurs d'asile, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2005-2006, n° 51-2565/001, 2006, p. 13.

prépondérant dans l'orientation vers un logement individuel : plus le demandeur est jugé autonome, plus il est susceptible de pouvoir être accueilli au sein d'une structure d'accueil individuelle. Les travaux préparatoires ne disent cependant rien quant aux modalités concrètes d'évaluation de cette autonomie : sur quels critères repose-t-elle ? À partir de quand un demandeur est-il « suffisamment autonome » pour quitter un centre collectif et évoluer en dehors de l'institution ? Plus largement, qui évalue l'autonomie des demandeurs d'asile (qui en sont les « arbitres » ?) et quel type de sujets de droit produit-on par cette évaluation ?

Ces questionnements permettent de penser l'autonomie sous un second angle, qui consiste à étudier les usages et les fonctions que cette notion juridique acquiert dans les centres d'accueil. Autrement dit, ce que les pratiques professionnelles, les interprétations, et les ajustements des acteurs de l'accueil *font dire et faire* à l'autonomie personnelle, quelle fonction elle remplit. Dans cette perspective, une démarche interdisciplinaire apparaît particulièrement pertinente, parce qu'elle permet de mobiliser et de faire dialoguer différents cadres théoriques et méthodologiques. Cette collaboration entre plusieurs disciplines ne constitue pas seulement une juxtaposition de savoirs, mais une mise en dialogue des cadres théoriques et des méthodes afin de renouveler la compréhension des objets étudiés⁴⁷. Elle permet ainsi de déplacer le centre de gravité de la recherche : il ne s'agit plus de défendre les frontières disciplinaires, mais de placer l'objet d'étude au cœur de la démarche scientifique, en acceptant la pluralité des regards et des modes d'enquête⁴⁸. Ce type d'approche laisse cependant certains juristes plus réticents, moins confortables à l'idée d'intégrer des perspectives extérieures au droit dans leur objet d'étude. Pour les juristes qui souhaitent inscrire l'étude des pratiques directement dans le champ du droit, certaines approches internes à la discipline offrent déjà des pistes intéressantes. C'est dans cette perspective que s'inscrit, par exemple, le courant des études empiriques en droit, comme un outil particulièrement efficace pour analyser le droit en contexte, c'est-à-dire tel qu'il se négocie et se transforme, dans des espaces à la fois régis par des normes juridiques et structurés par des pratiques sociales.

I. RELIER LE DROIT À SES PRATIQUES : ÉTUDES EMPIRIQUES ET PRAGMATISME JURIDIQUE

Le courant des études empiriques en droit (*Empirical Legal Studies*) a pour objectif principal de renouveler le dialogue entre le droit et les sciences sociales⁴⁹.

⁴⁷ P. TACHÉ, H. ZIMMERMANN et G. BRISSON, « Pratiquer l'interdisciplinarité en droit : l'exemple d'une étude empirique », *Les Cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, septembre-décembre 2011, pp. 347-712.

⁴⁸ P. TACHÉ, H. ZIMMERMANN et G. BRISSON, « Pratiquer l'interdisciplinarité en droit : l'exemple d'une étude empirique », *Les Cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, septembre-décembre 2011, pp. 347-712.

⁴⁹ P. CANE et H. M. KRITZER (eds), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford Academic, 2010, p. 4 [notre traduction].

Ce champ de recherche fait l'objet de multiples définitions : il est parfois envisagé comme une sous-discipline autonome, parfois comme une dimension constitutive de la science juridique⁵⁰. Selon *The Oxford Handbook on Empirical Legal Research*, les études empiriques en droit renvoient à une définition très générale, qui est celle de « la collecte systématique d'informations et leur analyse selon une méthode généralement acceptée »⁵¹. L'importance du caractère systématique se retrouve tant dans la manière de collecter que d'analyser des données très variées : des décisions, des textes, des événements, des images, même⁵². Dans les méthodes qualitatives, elles peuvent s'analyser à partir d'observations ou d'entretiens. Dans cette lignée, certains auteurs voient dans l'empirie en droit un champ d'étude assez large, visant à former « des spécialistes en analyses empiriques dotés d'une bonne maîtrise du droit » dont les recherches « apportent des connaissances [...] sur la manière dont le système juridique fonctionne »⁵³. L'approche adoptée par Hensler et Gasperetti, qui a guidé la recherche doctorale à l'origine de cet article, se situe à la croisée des disciplines, en définissant les études empiriques en droit comme « la recherche de faits juridiquement pertinents à l'aide de diverses méthodes et théories issues des sciences sociales »⁵⁴. Cette définition offre un cadre particulièrement fertile, parce qu'elle permet de concevoir une démarche pluridisciplinaire dans laquelle le cadrage et la problématique juridiques restent centraux, tout en ayant recours aux outils conceptuels et méthodologiques des sciences sociales comme instruments d'enquête utile à leur compréhension. Concrètement, ces outils ne visent pas à déplacer l'objet hors du champ juridique. Ils permettent plutôt d'identifier et d'analyser des faits dont la portée juridique (et sociale) peut être mieux comprise grâce à des méthodes attentives à leurs effets concrets (l'interprétation d'un principe ou d'une notion par les professionnels du travail social, par exemple). En ce sens, ils contribuent à éclairer de manière plus fine

⁵⁰ P. CANE et H. M. KRITZER (eds), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford Academic, 2010, p. 4 [notre traduction]. À ce sujet, voy. aussi l'ouvrage : A. AMADO et A. DESPRAIRES, *Le tournant des méthodes empiriques en droit*, Droit et Société-Recherches et Travaux, vol. 41, Paris, LGDJ, 2025, 324 p.

⁵¹ *Ibid*[préciser la référence svp].

⁵² *Ibid*[préciser la référence svp].

⁵³ M.C. SUCHMAN, E. MERTZ et Y. GANNE, « Vers un nouvel empirisme juridique : les Études Juridiques Empiriques et le Nouveau Réalisme Juridique », *Revue électronique d'histoire du droit*, avril 2017, n° 12, disponible sur

<http://journals.openedition.org/cliothemis/1043> [consulté le 10 novembre 2025].

⁵⁴ D.R. HENSLER et M.A. GASPERETTI, « The Role of Empirical Legal Studies in Legal Scholarship, Legal Education and Policy-Making: A Us Perspective », in R. VAN GESTEL, H.-W. MICKLITZ et E.L. RUBIN (eds), *Rethinking legal scholarship: a transatlantic dialogue*, Cambridge University Press, 2017, p. 450 [notre traduction]. Par « faits juridiquement pertinents », nous entendons ici des faits susceptibles de nourrir une réflexion en droit et d'en structurer le cadrage juridique, dans certains de ses aspects. Dans cette thèse, la notion d'autonomie personnelle joue précisément un rôle de « notion passerelle » entre différentes disciplines : elle permet de penser l'autonomie sur le plan juridique (à travers les fonctions que le droit lui attribue, par exemple) et d'ouvrir l'analyse à d'autres champs disciplinaires, en mobilisant des méthodes empiriques qui éclairent les fonctions concrètes que cette notion assume dans les pratiques de terrain.

et située la manière dont une norme ou un principe juridique se matérialise et se négocie dans un espace social.

Le mouvement des études empiriques ne se définit donc pas de manière univoque⁵⁵. Sa spécificité n'est pas moindre pour autant : elle s'enracine dans une communauté scientifique identifiable (ici, celle des juristes) avec une mission intellectuelle propre⁵⁶. Ce courant puise ses racines dans des traditions du droit qui s'intéressent à l'étude du droit en *action*, du droit concret. Il s'inscrit ainsi dans la continuité intellectuelle du réalisme juridique américain des années 30⁵⁷. Apparue dans le contexte du *New Deal*, cette école de pensée réunissait des juristes universitaires qui cherchaient à rompre avec le formalisme juridique dominant à la fin du XIX^e siècle⁵⁸. Les réalistes proposaient une approche plus pragmatique et contextualisée du droit, attentive à ses effets concrets et à son insertion dans les politiques publiques. Dans une perspective critique, ils ont plaidé pour un recours systématique aux sciences sociales et à l'empirie, afin d'éclairer l'analyse juridique⁵⁹.

Cette approche du droit en action trouve également un écho dans le courant du pragmatisme juridique, défini comme « l'attitude intellectuelle des juristes qui se consacrent au droit en action, aux résultats et aux conséquences du droit [...] »⁶⁰. Héritier du courant philosophique du même nom, il s'intéresse avant tout aux effets concrets du droit, non pas dans son essence abstraite, mais dans ses *manifestations pratiques*⁶¹. L'objectif n'est donc pas simplement de savoir ce qu'est le droit, mais de comprendre comment il opère, agit et (se) transforme dans les pratiques. Les règles et décisions juridiques doivent être évaluées à l'aune de leurs conséquences telles qu'elles se déploient dans des situations concrètes, pas seulement de manière hypothétique ou déductive, mais à partir des pratiques effectives et des contextes situés dans lesquels le droit est appliqué. Cette approche repose sur deux dimensions essentielles. D'une part, elle propose une conception

⁵⁵ M.C. SUCHMAN, E. MERTZ et Y. GANNE, « Vers un nouvel empirisme juridique : les Études Juridiques Empiriques et le Nouveau Réalisme Juridique », *Revue électronique d'histoire du droit*, avril 2017, n° 12, disponible sur

<http://journals.openedition.org/cliothemis/1043> [consulté le 10 novembre 2025]. Voy. aussi, T. EISENBERG, *Why Do Empirical Legal Scholarship?*, Cornell Law Faculty Publications, 2004, 346 p.

⁵⁶ *Ibid*[préciser la référence svp].

⁵⁷ *Ibid*[préciser la référence svp]. Voy. aussi, T. EISENBERG, *Why Do Empirical Legal Scholarship ?*, Cornell Law Faculty Publications, 2004, 346 p.

⁵⁸ *Ibid*[préciser la référence svp].

⁵⁹ *Ibid*[préciser la référence svp].

⁶⁰ B. BARRAUD, *Le pragmatisme juridique*, Bibliothèque du droit, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 15. Voy. aussi J. DEWEY, « The Pragmatism of Peirce », *The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods*, 1916, vol. 13, n° 26, pp. 709-715 ; B. FRYDMAN, « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'École de Bruxelles », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, juin 2013, vol. 70, n° 1, pp. 92-98.

⁶¹ Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeurs d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 9.

élargie de la normativité : le droit ne se réduit pas aux règles produites par l'État, mais englobe d'autres formes de normativités (économiques, techniques, managériales) qui influencent l'action juridique ⁶². Le juriste pragmatiste privilégie ainsi la norme effective sur la norme valide, en s'intéressant aux règles qui agissent « en coulisses » ⁶³, dans les situations concrètes. D'autre part, le pragmatisme implique de penser le droit en contexte. Comprendre une notion juridique suppose de l'analyser non seulement dans son cadre d'énonciation (celui du législateur), dans les modalités de son interprétation et de son application (celles de la jurisprudence), mais surtout, dans son environnement d'application social (dans le cadre d'une institution, et par le biais de ses acteurs, par exemple) ⁶⁴.

L'approche pragmatique conduit ainsi à élaborer le raisonnement à partir d'un problème situé, un point de « tension » dans les pratiques et sur un terrain donné, susceptible de faire émerger une question juridique. Parce qu'elle procède par construction, cette approche possède également une fonction critique ou de « déblayage », qui permet aussi de révéler ce qui, dans le droit, reste implicite ou invisibilisé ⁶⁵. Elle complète le savoir juridique pour s'interroger, par l'enquête, sur les conséquences d'une règle ou d'un principe « en action », à partir d'une connaissance approfondie d'un contexte et d'un terrain concret où ils prennent effet.

C'est cette dimension empirique, presque anti « dogmatique » de la pensée réaliste qui constitue aujourd'hui le socle commun des études empiriques en droit ⁶⁶. Ces deux courants partagent une même insatisfaction à l'égard des approches doctrinales classiques. En symétrie, ils exercent une même volonté d'ancrer la recherche juridique dans l'observation des pratiques. Ce qui les fédère, en somme, c'est la conviction que les questions issues du droit lui-même peuvent et doivent être explorées à l'aide d'outils empiriques. Les études empiriques poursuivent ainsi l'ambition de transformer l'étude du droit en un champ d'investigation capable de décrire et d'analyser les phénomènes juridiques au-delà de la seule interprétation doctrinale, en s'appuyant sur l'observation et l'expérience ⁶⁷.

⁶² B. BARRAUD, *Le pragmatisme juridique*, Bibliothèque du droit, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 47.

⁶³ B. BARRAUD, *Le pragmatisme juridique*, Bibliothèque du droit, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 47.

⁶⁴ La thèse, par sa structure et par l'analyse des textes législatifs, de la jurisprudence et de l'enquête de terrain qu'elle mène, permet d'articuler ces trois aspects.

⁶⁵ C. TIERCELIN, « Introduction », in C. TIERCELIN, *C. S. Peirce et le pragmatisme*, Paris, Collège de France, 2013, disponible à l'adresse suivante : <https://books.openedition.org/cdf/1992?lang=fr> [consulté le 10 novembre 2025].

⁶⁶ M.C. SUCHMAN, E. MERTZ et Y. GANNE, « Vers un nouvel empirisme juridique : les Études Juridiques Empiriques et le Nouveau Réalisme Juridique », *Revue électronique d'histoire du droit*, avril 2017, n° 12, disponible sur

<http://journals.openedition.org/cliothemis/1043> [consulté le 10 novembre 2025].

⁶⁷ M.C. SUCHMAN, E. MERTZ et Y. GANNE, « Vers un nouvel empirisme juridique : les Études Juridiques Empiriques et le Nouveau Réalisme Juridique », *Revue électronique d'histoire du droit*, avril 2017, n° 12, disponible sur

<http://journals.openedition.org/cliothemis/1043> [consulté le 10 novembre 2025].

II. CE QUE L'ACCUEIL FAIT AU DROIT, CE QUE LE DROIT FAIT À L'ACCUEIL : UNE ÉTUDE EMPIRIQUE DE L'AUTONOMIE DES DEMANDEUSES D'ASILE EN CENTRE

C'est dans cette perspective empirique et pragmatique que s'inscrit la thèse à l'origine de la réflexion développée dans cet article. Située à l'intersection du droit et de la science politique, cette recherche interroge la notion d'autonomie personnelle chez les femmes demandeuses d'asile résidant dans les centres d'accueil en Belgique francophone. L'autonomie y est envisagée à la fois comme concept juridique, inscrit dans le champ des droits humains, et comme expérience régulée, construite par des rationalités propres au système d'accueil belge.

A. Un objet de recherche et d'étude pertinent

Aborder l'autonomie des personnes comme objet d'étude offre un terrain d'analyse particulièrement stimulant. L'autonomie est une notion à facettes multiples, que les juristes n'ont pas inventée, mais qui « leur appartient aussi »⁶⁸, et qu'il leur revient d'interroger dans ses usages et ses effets avec l'éclairage des sciences sociales.

L'autonomie de la personne est pensée dans plusieurs disciplines (au premier rang desquelles la philosophie) où elle renvoie à la capacité d'agir de l'individu dans le social pour se donner sa propre loi⁶⁹. En droit, l'étude de l'autonomie *personnelle* conduit à placer la personne au centre de l'analyse, non comme sujet abstrait, mais comme être inscrit dans un réseau de relations. Comme le souligne Hélène Hurpy, l'autonomie dite « personnelle » ne peut être comprise indépendamment de la dimension sociale qui la constitue et lui donne sens⁷⁰. Autrement dit, penser l'autonomie implique d'envisager les dynamiques relationnelles, politiques et juridiques qui participent à sa construction.

L'intérêt de prendre pour objet l'autonomie des demandeuses d'asile émerge des orientations générales de Fedasil⁷¹, qui promeut depuis plusieurs années « l'autono-

⁶⁸ J.-F. PERRIN, *Le droit de choisir. Essai sur l'avènement du « principe d'autonomie »*, coll. *Quid iuris ?*, Genève, Schulthess, 2013, p. VII.

⁶⁹ Voy. à ce sujet le titre I de la thèse qui revient sur les racines philosophiques de l'autonomie. Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, pp. 15 et s.

⁷⁰ H. HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européenne*, coll. *Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 30.

⁷¹ Fedasil, « Plan de management intégré 2021-2026 », 2021, 42 p. Voy. la présentation du plan de management sur le site de Fedasil, qui définit les orientations politiques de l'accueil pour une période de cinq ans (2021-2026) et vise à promouvoir « l'autonomie des résidents » au sein des structures collectives. : <https://www.fedasil.be/fr/actualites/accueil-desdemandeurs-dasile/plan-de-management-2021-2026-0> [consulté le 10 novembre février 2025]. Voy. à ce sujet le titre II de la thèse, chapitre 3, pour une analyse plus complète.

mie du demandeur d'asile » comme objectif central de la politique d'accueil. Cette notion, omniprésente dans les documents administratifs et les discours de l'institution, ne fait pourtant l'objet d'aucune définition juridique précise dans la loi accueil du 12 janvier 2007, ni dans les arrêtés qui en assurent la mise en œuvre. Malgré cette absence de fondement normatif explicite, l'autonomie s'est progressivement imposée comme un principe d'action, dont la portée et la signification se construisent par ses usages concrets.

Dès lors, plusieurs questions se posent : quelle conception de l'autonomie est à l'œuvre dans l'institution du centre d'accueil ? Comment cette autonomie, érigée en principe, est-elle traduite, interprétée et mise en pratique dans ces espaces ? Quelle vision de l'autonomie de la personne est effectivement mise en œuvre dans les pratiques quotidiennes de l'accueil, et comment cette vision construit-elle le rapport aux droits des personnes accueillies ?

Répondre à ces questions supposait d'articuler les deux disciplines mobilisées : le droit, pour en cerner les contours normatifs et conceptuels, et les sciences sociales et politiques, pour saisir les logiques institutionnelles et les pratiques à travers lesquelles cette notion acquiert une portée concrète. La recherche a donc combiné une analyse doctrinale du cadre juridique avec une approche qualitative fondée sur une enquête de terrain. Celle-ci s'est appuyée sur une ethnographie menée pendant un an et demi dans trois centres d'accueil pour femmes demandeuses d'asile, sélectionnés pour l'étude. Concrètement, 29 travailleurs sociaux ont été rencontrés au cours d'entretiens semi-directifs⁷². Les expériences de 31 femmes demandeuses d'asile ont été recueillies à travers divers entretiens et des échanges informels, menés dans le cadre d'un travail ethnographique⁷³.

B. Des méthodes adaptées

La réflexion qui sous-tend la thèse s'est donc construite à partir de l'articulation de deux méthodes complémentaires : une analyse juridique des cadres normatifs et une enquête empirique de terrain. Leur mobilisation s'est faite de manière dynamique et non linéaire, à travers des allers-retours réflexifs constants entre l'étude des sources du droit et l'observation des pratiques.

Sur le plan de la recherche juridique, l'analyse s'est concentrée sur la place de l'autonomie dans le champ des droits humains, et plus particulièrement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, à travers l'article 8 de la Convention, qui protège le droit à la vie privée. C'est à partir de cette

⁷² Entendus comme des entretiens « ni fermés, ni ouverts, mais structurés par une série de questions guides ». Voy. L. VAN CAMPENHOUDT et R. QUIVY, *Manuel de recherche en sciences sociales*, 4^e éd., Paris, Dunod, 2011, p. 171.

⁷³ Sur la méthodologie de la thèse, voy. plus spécifiquement le titre IV, chapitre 1.

disposition que la Cour a consacré « l'autonomie personnelle » et qu'elle a acquis la valeur de « principe sous-jacent » à l'interprétation des droits établis dans la Convention⁷⁴. La Cour en a progressivement dégagé une double fonction : *néga-tive*, lorsqu'elle protège la personne et son autonomie contre l'ingérence de l'État ; *positive*, lorsqu'elle fonde une obligation d'intervention des autorités publiques en vue de protéger certaines populations socialement exclues et discriminées, au nom de l'autonomie⁷⁵. Entre ces deux pôles (intervention et non-intervention) se déploie une conception du sujet de droit autonome.

Sur le plan de la recherche en sciences sociales, l'enquête s'est construite à partir d'une méthodologie qualitative spécifique, qui permet d'en tirer des résultats situés et d'engager une réflexion sur la notion d'autonomie personnelle en droit des migrations. En amont du terrain, la démarche méthodologique a consisté à identifier les personnes susceptibles d'être rencontrées dans le cadre de l'enquête et à constituer un échantillon, composé d'acteurs et actrices dont l'expérience et la position peuvent apporter des éléments de réponse pertinents à la question de recherche⁷⁶. Deux catégories de participants ont été d'abord retenues. D'une part, celles des travailleurs et des travailleuses sociales impliqués dans l'accompagnement quotidien des personnes accueillies. D'autre part, celles des « résidentes », c'est-à-dire des femmes qui vivent en centre d'accueil durant leur procédure d'asile⁷⁷.

Prendre l'expérience de ces personnes au sérieux supposait de reconnaître de la valeur épistémique de leurs savoirs et de leurs expériences pratiques, étudiés comme des sources valides (et donc, légitimement mobilisable dans le cadre d'un travail scientifique).

Parce que les travailleurs sociaux rencontrés faisaient fréquemment référence aux cadres institutionnels et aux orientations définies par leur hiérarchie, l'échantillon s'est progressivement élargi en cours d'enquête afin d'inclure d'autres « échelons » du système d'accueil. Les « hauts fonctionnaires du social »⁷⁸, responsables de la

⁷⁴ Cour eur. D.H., 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02. Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, pp. 145 et s.

⁷⁵ Voy. à ce sujet le titre III de la thèse pour l'analyse détaillée.

⁷⁶ Conformément aux objectifs d'une méthodologie qualitative en sciences sociales. Voy. J.-P.O. DE SARDAN, « La politique du terrain », *Enquête. Archives de la revue Enquête*, octobre 1995, n° 1, p. 21.

⁷⁷ Le terme « résident » est celui communément employé dans le réseau d'accueil pour désigner les demandeurs d'asile qui bénéficient de l'aide matérielle en centre communautaire (qui « résident » en centre durant leur procédure). Pour une réflexion sur l'emploi de ce mot et la dimension identitaire qu'il charrie et son rapport au temps, voy. C. LOBET-MARIS, « Les trois temps des migrants », *Temporalités, Revue de sciences humaines et sociales* [En ligne], vol. 33, 2021, disponible sur : <http://journals.openedition.org/temporalites/8538> [consulté le 16 février 2026].

⁷⁸ V. DUBOIS, *Contrôler les assistés. Genèses et usages d'un mot d'ordre*, Raisons d'agir, Paris, 2021, p. 33.

mise en œuvre des orientations politiques de l'accueil, ont ainsi été rencontrés au sein du réseau de la Croix-Rouge (département ADA — Accueil des demandeurs d'asile), ainsi qu'au siège de Fedasil. Cette démarche a permis d'articuler plusieurs niveaux d'analyse du système d'accueil, situés à différents étages de celui-ci : celui des hauts fonctionnaires chargés de mettre en œuvre, sous l'autorité du cabinet ministériel, les orientations du système ; celui des travailleurs et travailleuses sociales responsables de leur traduction sur le terrain, et enfin celui des résidentes qui les expérimentent⁷⁹. L'ensemble a rendu possible une compréhension plus fine de l'autonomie au sein du centre, qui implique non seulement de connaître les logiques institutionnelles transversales sans ignorer les vécus, mais aussi d'éclairer ces vécus à partir des cadres institutionnels qui les permettent et qui les structurent.

Cette analyse multi-échelons a permis d'éviter les lacunes du « paradigme du camp »⁸⁰, qui tend à analyser le centre d'accueil comme un espace clos, comme un lieu « hors contexte », détaché des dynamiques sociales, politiques et juridiques dans lesquelles il est pourtant toujours inscrit. Changer de lieu d'observation, changer d'échelle, en quelque sorte (en variant les lieux d'enquête, les interlocuteurs et les points de vue à partir desquels l'autonomie est comprise), a précisément permis de dépasser cet écueil, tout en conservant le centre comme véritable laboratoire épistémologique, c'est-à-dire un espace privilégié de production de savoirs situés et un lieu « d'ingénierie politique »⁸¹ de l'État. Si l'enquête a conduit à se situer, dans des temporalités variables, à la fois « à l'intérieur » et « à l'extérieur » du centre, ce dernier demeure néanmoins le point d'ancrage principal de l'analyse et le lieu à partir duquel ces différentes perspectives prennent sens⁸².

Au total, le travail de terrain s'est étendu sur un an et demi au sein de trois centres d'accueil situés en Belgique francophone. Ces centres reflètent des contextes territoriaux très contrastés : le centre Croix-Rouge d'Yvoir — Pierre Bleue, dans la région de Namur, dans un environnement rural marqué par l'isolement géographique du centre qui est entouré de forêt ; le centre Fedasil de Rixensart, dans le Brabant wallon, au sein d'un quartier résidentiel semi-urbain ; le centre Croix-Rouge de Jette, à Bruxelles, en pleine ville. Ils ont tous les trois pour spécificité d'être destinés à accueillir si pas exclusivement, *majoritairement* des femmes, mineures ou adultes, célibataires ou accompagnées d'enfants.

⁷⁹ L'ordre de présentation retenu ici, pour des raisons pédagogiques, n'implique aucune hiérarchie entre les savoirs et les expériences évoqués.

⁸⁰ M. FRESIA, « Les Réfugiés comme Objet D'étude Pour L'anthropologie : Enjeux Et Perspectives », *Refugee Survey Quarterly*, 2007, vol. 26, n° 3, p. 100.

⁸¹ C. SCHMOLL, *Les damnées de la mer. Femmes et frontières en Méditerranée*, Paris, La Découverte, 2020, p. 95. Voy. aussi Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, pp. 268 et s.

⁸² Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 268.

Parce que les acteurs rencontrés occupent des positions différentes au sein du système d'accueil, et parce que la positionnalité⁸³ constitue un élément central de la relation d'enquête, les méthodes mobilisées pour approcher les publics ont également été différenciées⁸⁴. Elles se sont déployées en plusieurs étapes complémentaires.

Dans un premier temps, l'entrée sur le terrain s'est effectuée par la porte institutionnelle, à travers l'obtention de l'accord des directions des centres concernés. Cette autorisation a facilité les déplacements au sein des structures, jouant en quelque sorte le rôle d'un « laisser-passer » de l'institution⁸⁵. Des entretiens semi-directifs ont été menés pendant plusieurs semaines avec les équipes des centres, à la fois pour recueillir leurs points de vue et pour les familiariser avec le travail de recherche mené dans leur espace professionnel.

Dans un second temps, les échanges avec les résidentes ont nécessité d'obtenir leur confiance et leur accord pour circuler et interagir au sein des espaces de vie, une étape préalable et nécessaire à l'engagement dans l'enquête. Cette étape s'est construite progressivement par la fréquentation régulière des espaces communs (les réfectoires, cuisines collectives, salles d'attente, lavoirs et réceptions), qui ont constitué de véritables « postes d'observation »⁸⁶ : ces lieux ont permis d'engager des conversations ordinaires, presque banales, avec les résidentes rencontrées de manière fortuite, sans planification en amont. Cette première phase est devenue un moment « d'imprégnation » du terrain, constitué d'observations, de discussions informelles et de moments d'écoute qui favorise la familiarisation progressive avec les lieux, leurs routines et leurs codes⁸⁷. Une forme d'« observation flottante »⁸⁸, consistant à rester disponible aux situations et interactions qui émergent spontanément.

⁸³ En d'autres termes, la manière dont la position sociale impacte la conduite de la recherche, les dynamiques de pouvoir ou de subordination sur les sujets étudiés. Dans les études migratoires en particulier, voy. : J. CARLING, M.B. ERDAL et R. EZZATI, « Beyond the insider-outsider divide in migration research », *Migration Studies*, mars 2014, vol. 2, n° 1, pp. 36-54.

⁸⁴ Ces ajustements tiennent notamment à la manière dont la chercheuse peut être perçue sur le terrain : principalement comme « étudiante » par les travailleurs sociaux, et comme une femme bénévole blanche, par les résidentes.

⁸⁵ Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 281.

⁸⁶ T.T. BIERSEHENK et J.-P. O. DE SARDAN, « How to study bureaucracies ethnographically? », *Critique of Anthropology*, juin 2019, vol. 39, n° 2, p. 246 [notre traduction]. Voy. aussi Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 281.

⁸⁷ J.-P. O. DE SARDAN, « La politique de terrain », *Enquête. Archives de la revue Enquête*, octobre 1995, n° 1.

⁸⁸ C. PÉTONNET, « L'Observation flottante. L'exemple d'un cimetière parisien », *Homme*, n° 22, pp. 37-47. Voy. aussi Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 282.

La suite de l'enquête a consisté à instaurer cette présence comme une habitude, en participant à certaines activités du quotidien des résidentes. Selon les centres, cela pouvait passer par l'accompagnement de sorties hebdomadaires au supermarché avec les mères et leurs enfants ⁸⁹, la participation à des ateliers organisés dans des espaces réservés aux femmes, ou encore la présence régulière lors des repas collectifs et de certaines activités. Les interactions se nouaient fréquemment autour de tâches ordinaires (porter des courses, transporter du linge), qui facilitaient les échanges informels. La répétition de cette présence dans les espaces de vie a progressivement réduit l'effet de surprise de voir une chercheuse présente dans les couloirs du centre, et a permis l'établissement de relations de confiance dans le temps. Avec l'accord des résidentes, cette confiance a ensuite rendu possible l'accès à des espaces plus privés (foyers, cuisines privatives ou chambres), où la qualité des discussions s'est développée au fur et à mesure de l'enquête ⁹⁰.

Les données ont ainsi été recueillies dans la durée et au sein de différents espaces du réseau d'accueil. Les échanges avec les résidentes n'ont pas pris la forme d'entretiens uniques et formalisés, circonscrits dans le temps, mais se sont construits progressivement au fil de rencontres répétées, dans des contextes variés du quotidien.

L'analyse de ces données, recueillies au fil du temps à partir de méthodes complémentaires, a permis de mettre en évidence trois fonctions de l'autonomie en centre d'accueil.

C. Des fonctions différentes

La première fonction qui se dégage de l'autonomie est une fonction de « responsabilisation », entendue comme une prise en charge de soi-même en dehors de l'intervention des autorités publiques (ici, du centre d'accueil) ⁹¹. Les résidentes sont incitées à gérer seules certains aspects de leur quotidien, et l'autonomie-responsabilité est avant tout conçue comme une forme d'*indépendance désirable*, un modèle de conduite que les résidentes sont, elles aussi, amenées à désirer. Malgré les contraintes que l'institution exerce sur leurs corps — leurs déplacements et leur quotidien demeurant largement conditionnés par l'espace du

⁸⁹ Cette sortie permet aux mères accompagnées d'enfants de bénéficier d'un trajet en camionnette, organisé par le personnel vers plusieurs supermarchés difficilement accessibles à pied depuis le centre. Pendant plusieurs semaines, j'accompagne ces déplacements et les achats qui les suivent afin d'habituer les résidentes à ma présence. Identifiée comme une forme « d'aide à domicile », j'entre en contact avec elles à travers ces tâches ordinaires.

⁹⁰ L'établissement de cette confiance progressive, qui voulait aussi tempérer l'aspect « extractiviste » des discussions (« je prends les données et puis je congédie »), a pris plus d'un an.

⁹¹ La responsabilité est ici entendue au sens des travaux d'Émilie Hache. Voy. É. HACHE, « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ? », *Raisons politiques*, 2007, vol. 28, n° 4, pp. 49-65. Le titre IV de la thèse, chapitre 2, en pose les repères théoriques.

centre — elles sont encouragées à se détacher progressivement de l'assistance des travailleurs pour « assumer » de manière indépendante la gestion de leur vie quotidienne. Cette indépendance se concrétise par l'acquisition de pratiques-types, une maîtrise de certains rapports à l'administration : savoir interagir, maîtriser les démarches bureaucratiques (et donc, développer un rapport administratif au papier), comprendre les circuits de l'aide sociale (à qui s'adresser, où demander de l'aide une fois sortie du centre). Ces compétences, présentées comme autant de conditions de l'autonomie, construisent une forme d'autonomie bureaucratique, une sorte d'« autonomie de guichet »⁹². Elles sont évaluées comme un préalable indispensable à une intégration réussie dans la société d'accueil. Leur acquisition repose également sur un postulat implicite : les résidentes sont considérées comme initialement peu compétentes pour naviguer dans cette bureaucratie. En symétrie, les travailleurs sociaux apparaissent comme des référents expérimentés, familiers des rouages administratifs et chargés de transmettre aux résidentes les outils nécessaires pour qu'elles puissent, à terme, se débrouiller seules.

Cette fonction de responsabilisation s'exprime également à travers l'apprentissage de règles internes au centre (respect des horaires, participation aux services communautaires⁹³, observance du règlement d'ordre intérieur), érigées en standards pédagogiques destinés à préparer les résidentes aux prescrits sociaux de la société d'accueil. L'attente constitue à cet égard un outil particulier de régulation des conduites, qui remplit une double fonction, à la fois normative et différentielle. Normative, parce qu'elle participe à un processus d'apprentissage, où « l'endurance » face à l'attente est présentée comme une compétence à acquérir dans une posture responsable (il faut savoir attendre dans le centre, pour obtenir un service, une aide, et savoir le faire est un indicateur d'attitude responsable et autonome). Différentielle, parce qu'elle opère une distinction implicite entre les résidentes, en valorisant celles qui font preuve de patience et d'autodiscipline de celles qui ne le font pas, même dans des situations critiques ou d'urgence⁹⁴.

Cette fonction de responsabilisation s'accompagne d'un impératif de rigueur, perceptible tant dans les discours que dans les pratiques des travailleurs sociaux.

⁹² Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 378.

⁹³ L'instauration de services communautaires est prévue par l'article 34 de la loi accueil qui établit la possibilité pour les résidents de prêter des travaux au profit de la communauté du centre. Il s'agit principalement de travaux d'entretien et nettoyage. Voy. Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, pp. 386 et s.

⁹⁴ Cet aspect des travaux de Colon et Gill, qui montrent comment les sociétés libérales valorisent les sujets migrants autodisciplinés, c'est-à-dire ceux qui manifestent des qualités telles que la motivation et la ponctualité. Voy. D. CONLON et N. GILL, « Gagging orders: asylum seekers and paradoxes of freedom and protest in liberal society », in D. CONLON et N. GILL, *Protesting Citizenship: Migrant Activisms*, Londres, Routledge, 2014, pp. 99-117.

Sur le plan discursif, les travailleurs mobilisent un vocabulaire emprunté au champ sémantique de « l'assistanat » (« on ne doit pas *les chouchouter trop* »)⁹⁵ dont la charge critique traduit la volonté de rompre avec une relation d'aide jugée contre-productive. Sur le fond, cette rigueur se justifie par le souci de préparer les résidentes à une société d'accueil présentée comme exigeante et peu indulgente : la patience, la ponctualité ou encore la capacité à « se débrouiller » sans aide sont érigées comme des compétences sociales, valorisables et valorisées par l'institution (« Parce qu'on doit les préparer aussi pour la vie réelle quand elles partiront et essayer d'être dur... enfin pas "*dur*", mais essayer qu'ils respectent les horaires. Qu'ils soient responsables... De responsabiliser, aussi, pas faire "à leur place" »)⁹⁶.

Présentée comme un levier d'émancipation, l'autonomie demeure très conditionnée par les logiques institutionnelles de l'accueil, qui la conçoivent avant tout comme une responsabilité individuelle et une prise en charge *de soi par soi*. Ce cadrage restreint la possibilité pour les résidentes de définir elles-mêmes les contours de leur autonomie ou d'en proposer une autre lecture. En promouvant la responsabilité individuelle, les travailleurs sociaux endossent aussi le rôle d'arbitres des comportements : ils évaluent, selon les normes de l'institution, ce qui relève d'une conduite « autonome » (et donc, *désirable*) ou, au contraire, ce qui se situe dans une forme de dépendance à corriger. Ils exercent ainsi un pouvoir moral inédit, qui peut tout à la fois juger et sanctionner les attitudes observées et distinguer les comportements responsables de ceux qui ne seront pas considérés comme tels. Ce processus a des conséquences très pratiques, puisqu'il transforme le quotidien des résidentes en objet d'évaluation permanente, où l'autonomie devient simultanément un idéal à atteindre et un outil de contrôle social.

De cette posture des travailleurs sociaux se dégage une seconde fonction de l'autonomie en centre d'accueil : une fonction de moralisation. Elle associe l'autonomie à des comportements jugés appropriés ou méritants, qui construisent une norme implicite de la « bonne demandeuse d'asile », celle qui fait de son passage en centre un épisode productif⁹⁷. L'autonomie y apparaît comme un idéal comportemental qui distingue les résidentes « méritantes » (celles qui manifestent volonté, initiative et conformité aux attentes institutionnelles), de celles dont la

⁹⁵ Travailleur social, 12 octobre 2022, extrait d'entretien repris de la thèse, Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 365.

⁹⁶ Assistant social, 12 octobre 2022, extrait d'entretien repris de la thèse, Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 366.

⁹⁷ Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 382.

dépendance ou la passivité sont perçues comme un problème⁹⁸. Cette distinction instaure une hiérarchie morale entre les femmes accueillies. Elle se traduit par la valorisation de celles qui, par leur initiative personnelle (leur volonté), parviennent à *réussir* en dépit des contraintes de la vie communautaire et de la précarité de leur situation administrative. Être autonome ne relève alors plus seulement d'un objectif d'intégration, mais devient une preuve de valeur personnelle : la capacité à ne pas dépendre de l'institution (de la relation qu'elle organise, des services qu'elle propose) détermine aussi la place symbolique de chacune dans la structure d'accueil, qui distingue de manière binaire les figures méritantes et *les autres*.

Sous des formes multiples (engagement dans les tâches collectives du centre comme les « services communautaires », gestion du budget personnel, soin et éducation des enfants), les comportements des résidentes sont évalués à l'aune de leur conformité aux attentes institutionnelles. Ce regard normatif se renforce à mesure que les résidentes sont perçues comme capables de subvenir seules à leurs besoins ou qu'elles sont considérées comme « moins vulnérables » que d'autres. Si l'autonomie est comprise comme la capacité de se prendre en charge indépendamment de toute forme de dépendance, alors toute inaction au sein du centre est interprétée comme un signe de paresse ou de mauvaise volonté : les résidentes qui ne réaliseraient pas ce qui est jugé « nécessaire » au quotidien seraient alors perçues comme irresponsables, et, par extension, comme non autonomes⁹⁹. Cette interprétation moralise la dépendance parce qu'elle transforme le rapport à l'aide en épreuve de mérite. Le soutien institutionnel qui découle du travail social cesse d'être conçu comme un droit pour devenir presque une « récompense », conditionnée à l'adoption d'attitudes jugées actives et socialement valorisantes.

Ces pratiques de différenciation structurent non seulement les discours des travailleurs sociaux, mais influencent également les représentations que les résidentes se font d'elles-mêmes. En intériorisant ces normes, elles s'évaluent selon les critères de réussite promus par l'institution (dépendance *versus* indépendance, volonté *versus* passivité), par anticipation de ce que la société d'accueil pourrait penser d'elles, si elles venaient à y vivre. L'autonomie devient ainsi un puissant moteur moral¹⁰⁰.

En troisième lieu, l'autonomie acquiert une fonction gestionnaire et opératoire, dans laquelle elle devient un principe d'organisation du travail social et un

⁹⁸ Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 380.

⁹⁹ Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 414.

¹⁰⁰ C. SCHMOLL, *Les damnées de la mer. Femmes et frontières en Méditerranée*, Paris, La Découverte, 2020, p. 141.

instrument de régulation des ressources du réseau d'accueil. Elle prend corps dans une rationalité managériale du travail, comme une technique de gouvernement mise au service du fonctionnement des centres d'accueil en contexte d'urgence.

Cette dimension très pragmatique répond directement aux contraintes structurelles du milieu de l'accueil (ressources humaines et financières limitées, charge de travail en augmentation constante). Dans ce contexte, miser sur l'autonomie-responsabilité devient une nécessité organisationnelle, permettant d'assurer la continuité du dispositif (c'est comme ça que l'accueil fonctionne et se maintient), sans alourdir l'accompagnement des professionnels du social ¹⁰¹. Les travailleurs sociaux s'appuient dès lors sur la capacité des résidentes à « se débrouiller » et transforment cette compétence en critère d'efficacité et en condition de faisabilité du travail en centre (« Malheureusement à chaque fois ce qui nous manque c'est le temps [...] pour pouvoir accompagner encore mieux les résidentes... mais... mais on doit tabler sur une certaine autonomie, une certaine indépendance...[...] Oui, de leur part, dans la mesure du possible, parce que nous on a un temps limité, beaucoup de résidentes à accompagner aussi [...] ») ¹⁰².

Cette autonomie de type « opératoire » se révèle aussi à travers les pratiques d'auto-organisation développées par les résidentes pour pallier les manques structurels du dispositif d'accueil, dans l'absence de services de garde ou de crèche pour leurs enfants, par exemple. Loin d'être perçues comme le signe d'une défaillance institutionnelle, ces initiatives sont au contraire valorisées comme des preuves d'autonomie-responsabilité par le personnel du centre, et deviennent aussi des indicateurs de réussite du passage dans la structure d'accueil ¹⁰³. Le recours à des pratiques informelles de gardiennage partagé entre résidentes ¹⁰⁴ est ainsi mis en avant comme une preuve de débrouillardise enviable (les résidentes sont responsables, savent se débrouiller, même dans des situations de contraintes). Cet argument sert alors à justifier l'absence de dispositifs systématiques, comme la mise en place d'une crèche dans chaque structure d'accueil pour répondre aux besoins des femmes seules avec enfants. Il met pourtant en lumière une contradiction importante, puisque l'autonomie attendue des résidentes (notamment, leur capacité à quitter le centre, à « s'activer » ou à accéder à une autonomie financière par l'emploi) dépend précisément de l'existence de ces services.

¹⁰¹ Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, pp. 145 et s.

¹⁰² Travailleuse sociale, 15 février 2022, extrait d'entretien de la thèse, Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 415.

¹⁰³ Travailleuse sociale, 15 février 2022, extrait d'entretien de la thèse, Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 415.

¹⁰⁴ À l'inverse, certaines formes d'entraide se formalisent, voire se monnayent : des femmes du centre acceptent, contre rémunération, de garder les enfants de résidentes qui travaillent à l'extérieur ou doivent s'absenter. *Ibid.*, pp. 427 et s.

Cette logique de délégation implicite, *au nom de l'autonomie*, s'accompagne d'un processus de formalisation des pratiques¹⁰⁵. Présentés comme des instruments d'harmonisation et d'efficacité, qui contribuent à la légitimité de l'institution (Fedasil se dote de procédures, est une agence rationalisée dans son travail), les dispositifs internes participent à la bureaucratisation du travail social, en l'alignant sur des rationalités gestionnaires issues du secteur privé. Dans ce cadre, l'autonomie se transforme en outil de gouvernement, un principe de régulation qui ajuste les pratiques professionnelles, redistribue les responsabilités entre l'État et l'individu et redéfinit la finalité même de l'accompagnement au sein des centres d'accueil.

Il faut le souligner : ces trois fonctions de l'autonomie s'éloignent beaucoup de l'autonomie telle qu'elle est traditionnellement conçue dans le champ des droits humains. Cette approche s'écarte sensiblement d'une vision centrée sur les droits, car elle ne considère pas que les demandeurs d'asile sont autonomes du seul fait de leur humanité, mais plutôt qu'ils *peuvent et doivent l'être*¹⁰⁶. Il s'agit là d'une rationalité distincte de celle qui conçoit l'autonomie comme une condition constitutive des droits de la personne. L'autonomie acquiert ici une fonction une d'« orthopédie sociale » au sens de Foucault : l'objectif n'est pas tant de reconnaître les conditions juridiques, relationnelles et matérielles qui permettent l'autonomie, mais surtout d'orienter les conduites des résidentes pour qu'elles répondent aux attentes de l'institution et de la société d'accueil qu'elle entend représenter.

L'action sociale des centres s'organise donc autour d'un objectif moral (produire des individus responsables), par des moyens qui assignent à l'autonomie une fonction instrumentale. Une telle approche évacue toute dimension substantielle de l'autonomie en tant que vecteur de droits. En conséquence, elle empêche de penser les conditions juridiques et matérielles nécessaires à leur réalisation¹⁰⁷.

CONCLUSION — REPENSER L'AUTONOMIE AU PRISME DES PRATIQUES D'ACCUEIL

Cet article propose d'interroger la notion d'autonomie personnelle à partir de son inscription située dans les centres d'accueil pour demandeuses d'asile. En prenant pour point de départ cet espace et les pratiques qui en organisent le fonctionnement, il montre comment une notion juridique se construit et se transforme au contact de rationalités institutionnelles spécifiques.

¹⁰⁵ *Ibid.*[référence complète svp], pp. 431 et s.

¹⁰⁶ Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 454, citant É. HACHE, « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ? », *Raisons politiques*, 2007, vol. 28, n° 4, p. 63.

¹⁰⁷ Z. CRINE, *Au nom de l'autonomie. Analyses sociojuridiques de l'autonomie des demandeuses d'asile en centre d'accueil en Belgique*, thèse, Université catholique de Louvain (UCLouvain), 2025, p. 454.

En croisant le droit et les sciences sociales, et en s'appuyant sur une enquête ethnographique menée dans trois structures d'hébergement, l'article met en lumière la manière dont l'autonomie personnelle se décline, se négocie et se redéfinit dans les pratiques quotidiennes du travail en centre. Il montre que la notion de « responsabilité individuelle » y occupe une place centrale. Dans une logique contractualisée de l'accueil, l'aide fournie par le centre s'accompagne, en contrepartie, d'un engagement attendu des demandeuses d'asile à « se prendre en main », et l'autonomie est ainsi présentée comme dépendant avant tout de l'investissement personnel de chacune *pour et dans* son parcours. Une telle conception s'éloigne de l'autonomie dans les droits humains, entendue comme épanouissement personnel ou comme capacité de déterminer librement sa trajectoire, telle qu'elle peut être envisagée dans la jurisprudence relative à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle renvoie davantage à une autonomie conçue comme indépendance fonctionnelle, une autonomie « autarcie ». Elle permet d'éclipser un référentiel protectionnel fondé sur les droits de la personne et le respect de sa dignité, au profit d'une rationalité managériale, qui s'impose par des orientations politiques et des instruments flexibles opérant en dehors du cadre juridique.

L'autonomie apparaît alors comme une construction politique contingente, étroitement dépendante des choix administratifs et ministériels d'une action publique largement indexée sur des logiques néolibérales. Dans ce cadre, elle tend moins à fonctionner comme un principe protecteur des droits de la personne (de son identité, de sa mise en capacité et surtout, des conditions matérielles nécessaires à son existence) que comme une technique de gouvernement singulière, prenant racine dans une société qui « confère un certain prestige à l'idée d'agir par soi-même »¹⁰⁸, sans aide et sans dépendre. Une idée puissante, car non seulement désirable (tout le monde aspire à être autonome et reconnu comme tel), mais aussi tronquée, puisqu'elle occulte la réalité de positions sociale très inégale des demandeuses d'asile, dont les capacités restent contraintes par une série de conditions matérielles, juridiques et administratives qui définissent aussi, les conditions d'exercice et d'effectivité de leurs droits.

Au-delà du seul cas d'étude des centres d'accueil, pris ici comme exemple, la réflexion que soutient cet article plaide pour un dialogue plus étroit entre le droit, les sciences sociales et leurs méthodes. Une telle approche permet d'appréhender certaines notions juridiques dans leur cohérence interne et dans leur technicité, mais aussi dans les rapports de pouvoir et les systèmes de subordination qu'elles organisent. De les examiner dans les marges, à la frontière du droit et de la politique, là où elles peuvent parfois confiner certains groupes sociaux dans leur subalternité.

¹⁰⁸ N. MARQUIS, « Des vies en dépendances », *Terrain. Anthropologie & sciences humaines*, mars 2022, n° 76, pp. 84-103, disponible à l'adresse suivante : <https://journals.openedition.org/terrain/23339#tocto1n5> [consultée le 6 mars 2026].

Changer de regard sur le droit : intérêt et mise en œuvre de la recherche empirique

par Aline BODSON*
et Coline MOREAU**

RÉSUMÉ

Cette contribution vise à exposer les raisons de notre intérêt pour la recherche empirique en droit, à savoir l'ouverture du champ de la recherche qu'elle permet et le regard nouveau sur le droit qu'elle offre. Dans une première partie théorique et générale, nous proposons une perspective de réponse à trois questions fondamentales, à savoir : qu'est-ce que la recherche empirique en droit, dans quelles circonstances elle s'avère pertinente et dans quelle perspective nous la mobilisons. Dans une seconde partie, qui se veut plus pédagogique, nous présentons un exemple concret de la manière dont peut être approchée la recherche empirique, en expliquant pas à pas et de manière concrète un processus empirique que nous avons mené. Nous montrons ainsi les apports des méthodes empiriques dans l'analyse des décisions judiciaires et administratives et nous présentons la méthode de la théorisation ancrée, adaptée par P. Paillé. L'objectif de cette démarche est de rendre visible un autre niveau d'observation du droit grâce aux méthodes empiriques et de proposer une manière de regarder le droit mettant l'accent autant sur l'état du droit actuel que sur les enjeux de société derrière cet état du droit. L'analyse de décisions de l'Office des étrangers à l'aide de la théorisation ancrée a permis d'aller voir au-delà de l'application du système juridique auquel elles appartiennent pour notamment découvrir, nommer et comprendre le phénomène de « dévoiement » de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'œuvre en contexte migratoire.

The aim of this contribution is to set out the reasons for our interest in empirical legal studies, namely the opening-up of the field of research that it enables and the fresh look at the law that it offers. In a first theoretical and general part, we propose a perspective to answer three fundamental questions: what are empirical legal studies, in what circumstances is it relevant, and in what perspective do we mobilize it. In a second, more pedagogical section, we present a concrete example of how empirical research can be approached, explaining step-by-step

* Docteure, UNamur et UCLouvain, Unité droits de l'enfant (UNamur), Équipe droits et migrations (UCLouvain).

** Docteure, Université d'Ottawa, Criminologie — Droit pénal, Boursière de la Fondation Pierre Elliott Trudeau, Collaboratrice scientifique pour le CRID&P (UCLouvain).

an empirical process we have carried out. We demonstrate the contribution of empirical methods to the analysis of judicial and administrative decisions, and present P. Paillé's grounded theory method. The aim of this approach is to make visible the level of observation of the law made accessible by the P. Paillé's grounded theory method, and to propose a way of observing the law that focuses as much on the current state of the law as on the societal issues behind this state of the law. The analysis of decisions by the foreigners' Office (Office des étrangers), using grounded theorization, enabled us to look beyond the application of the legal system to which they belong, to discover, name and understand the phenomenon of « dévoiement » from the best interests of the child at work in a migratory context.

INTRODUCTION

1. La recherche empirique en droit fait progressivement sa place dans les universités belges, comme en témoigne ce numéro spécial des Annales de droit de Louvain qui lui est consacré. Cette évolution nous réjouit particulièrement, tant nous sommes convaincues des apports substantiels que les approches empiriques peuvent offrir à la recherche en sciences juridiques.

Les méthodes empiriques retiennent notre attention depuis plusieurs années déjà. Elles constituent d'ailleurs le point de départ de notre rencontre, de nos échanges et de notre collaboration qui n'ont, depuis lors, jamais tari. Elles alimentent nos réflexions méthodologiques et nourrissent une amitié qui s'est développée tant dans le cadre de la recherche qu'au-delà.

2. Cette contribution expose l'intérêt de mobiliser les méthodes empiriques dans le champ du droit, notamment le fait qu'elles permettent d'observer des éléments invisibles aux méthodes classiques, et présente une manière d'y recourir. Pour ce faire, nous avons structuré cet article autour de quatre questions qui nous semble fondamentales : les *quoi*, *pourquoi*, *quand* et *comment* de la recherche empirique en droit. Dans une première partie, nous proposons une perspective de réponse aux trois premières questions, à savoir : qu'est-ce que la recherche empirique en droit, dans quelles circonstances elle s'avère pertinente et dans quelle perspective nous la mobilisons. Dans une seconde partie, nous présentons un exemple concret de la manière dont elle peut être approchée, en expliquant pas à pas un extrait d'un processus empirique que nous avons mené à l'occasion d'une recherche réalisée sur la question de l'intérêt supérieur de l'enfant en contexte migratoire. La partie empirique de cet article (partie II) sert donc à appuyer et illustrer le propos élaboré dans la partie sur la posture épistémologique et méthodologique (partie I).

I. LES CONTOURS DE LA RECHERCHE EMPIRIQUE EN DROIT

A. Quoi ?

3. La recherche empirique correspond à « un ensemble de techniques qui permettent de recueillir et d'analyser de manière critique des données tirées de la recherche »¹. Ces données sont dites « empiriques », c'est-à-dire qu'elles sont tirées de l'observation et de l'expérience². Ainsi, la recherche empirique renvoie à une démarche de production de connaissances en droit fondée sur l'observation et l'analyse systématique de données, plutôt que sur l'interprétation de sources normatives. Elle permet de collecter et d'analyser des données sur le droit mais aussi d'élaborer des problèmes de recherche, mobiliser des théories explicatives, réaliser des revues systématiques de la littérature, construire des plans de recherche ou encore transférer les connaissances³.

4. Plus particulièrement, la recherche empirique en droit peut se concevoir comme un « domaine d'étude dans lequel les hypothèses sur le monde réel sur lequel les lois sont construites, les opérations du système juridique et les effets des lois et de la procédure juridique sont étudiés, en utilisant une variété de points de vue disciplinaires et une variété d'approches méthodologiques. Le centre d'intérêt principal et ultime est le droit. En tant que telles, les études juridiques empiriques décrivent et expliquent le contexte dans lequel le droit est appliqué, l'application elle-même du droit et l'impact de l'application des lois et des règlements sur le monde empirique »⁴. Ainsi, l'enjeu n'est pas de décrire le contenu formel des normes, mais d'examiner comment le droit opère, comment il est mobilisé, comment il est mis en œuvre et quels effets il produit dans des contextes sociaux et institutionnels situés. La distinction entre l'étude du « droit dans les livres » et du « droit en action » est souvent utilisée pour préciser le centre d'intérêt de la recherche empirique en droit⁵. Celui-ci se concentre sur les développements et les actions du droit dans le monde social.

5. Le panel des méthodes pouvant être mobilisées dans le domaine de la recherche empirique en droit est divers : différentes approches issues des sciences sociales peuvent s'avérer pertinentes telles que l'entretien, l'observation, l'analyse

¹ E. BERNHEIM, D. GESULADI-FECTEAU *et al.*, « L'approche empirique en droit : prolégomènes », in D. GESULADI-FECTEAU et E. BERNHEIM, *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques*, Montréal, Thémis, 2021, p. 4.

² E. BERNHEIM, D. GESULADI-FECTEAU *et al.*, « L'approche empirique en droit : prolégomènes », in D. GESULADI-FECTEAU et E. BERNHEIM, *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques*, Montréal, Thémis, 2021, p. 4.

³ F. L. LEEUW et H. SCHMEET, *Empirical Legal Research: A Guidance Book for Lawyers, Legislators and Regulators*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016.

⁴ Traduction libre. C. BIJLEVELD, *Research Methods for Empirical Legal Studies*, La Haye, Eleven, 2023, p. 11.

⁵ F. L. LEEUW et H. SCHMEET, *Empirical Legal Research: A Guidance Book for Lawyers, Legislators and Regulators*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016.

documentaire, le sondage, l'analyse statistique. Ces outils peuvent être mobilisés autant dans une perspective qualitative que quantitative ⁶, sans qu'une des deux ne soit intrinsèquement « supérieure » l'autre. La question centrale est l'adéquation entre la question de recherche, le type de données et la méthode pour les récolter ainsi que celle pour les analyser.

B. Quand ?

6. La recherche empirique en droit a commencé à intéresser et à attirer des chercheurs en quête d'un « autrement » pour les sciences juridiques. Depuis deux décennies, les *Empirical legal studies* (ELS) ont émergé comme une branche intégrale du droit aux États-Unis. En Europe, cette discipline gagne en importance. En effet, depuis le début ^{xxi}^e siècle, la recherche empirique en droit a été pratiquée principalement aux États-Unis ⁷, mais aujourd'hui, elle s'est répandue dans un certain nombre de revues de renommée internationale, de conférences, de sociétés universitaires et de centres de recherche universitaires ⁸.

Cela étant, la question du « quand » renvoie moins à un moment chronologique qu'à des situations de recherche dans lesquelles les méthodes empiriques deviennent particulièrement pertinentes. L'objectif de cette approche est d'alimenter une compréhension du système juridique sur la base de données empiriques afin d'apporter « une contribution à toutes les questions et à tous les phénomènes qui, bien qu'importants pour les juristes, n'ont pas pu faire l'objet d'une enquête empirique en raison du manque de méthode » ⁹. Cette manière d'envisager la recherche répond à une volonté de sortir d'une approche se cantonnant aux sources formelles du droit dans une perspective de droit positif ¹⁰ qui donne pour objet à la science juridique de « décrire le droit positif, c'est-à-dire un ensemble de normes énoncées par la volonté d'une autorité habilitée » ¹¹. La recherche doctrinale s'interroge sur la position, le développement et l'application du droit concernant une question particulière et vise à identifier, analyser et synthétiser le contenu du droit à ce sujet ¹².

⁶ E. BERNHEIM, D. GESULADI-FECTEAU *et al.*, « L'approche empirique en droit : prolégomènes », in D. GESULADI-FECTEAU et E. BERNHEIM, *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques*, Montréal, Thémis, 2021.

⁷ A. J. WULF, « The Contribution of Empirical Research to Law », *Journal Jurisprudence*, n° 29, 2016, pp. 29-49.

⁸ A. J. WULF, « The Contribution of Empirical Research to Law », *Journal Jurisprudence*, n° 29, 2016, pp. 29-49.

⁹ Traduction libre. A. J. WULF, « The Contribution of Empirical Research to Law », *Journal Jurisprudence*, n° 29, 2016, p. 32.

¹⁰ E. BERNHEIM, D. GESULADI-FECTEAU *et al.*, « L'approche empirique en droit : prolégomènes », in D. GESULADI-FECTEAU et E. BERNHEIM, *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques*, Montréal, Thémis, 2021.

¹¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, p. 113.

¹² F. L. LEEUW et H. SCHMEET, *Empirical Legal Research: A Guidance Book for Lawyers, Legislators and Regulators*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016.

La recherche empirique permet, quant à elle, d'étudier le droit et ses institutions dans leur contexte social et politique¹³. Dans cette optique, les juristes se tournent vers les méthodes de recherche empirique pour répondre à des questions qui ne concernent pas l'état du droit à proprement parler¹⁴. Elles portent plutôt sur les hypothèses sur le monde réel sur lequel les lois sont construites, les opérations du système juridique et les effets des lois et de la procédure juridique. Ces méthodes sont mobilisées pour aborder des problématiques telles que, comme le suggère Bernheim, le contexte d'adoption des règles de droit ou la mise en place d'institutions juridiques¹⁵, l'effectivité de normes ou de dispositifs juridiques, les effets indirects, indésirés ou imprévus du droit¹⁶, la perception qu'en ont les justiciables et les pratiques et stratégies d'acteurs intervenant dans l'arène judiciaire (dont les praticiens du droit) ainsi que les conditions d'accès à la justice pour différents groupes de justiciables¹⁷, la place du droit dans la vie quotidienne¹⁸, le fossé souvent observé entre la loi et sa mise en œuvre¹⁹ ou l'amélioration des processus de réforme²⁰. Dans ces différents contextes, la recherche empirique permet d'étudier plusieurs niveaux du droit : le droit en action, le droit tel qu'il est interprété, le droit tel qu'il est vécu ou encore le droit tel qu'il est justifié discursivement.

7. Comme nous l'illustrons dans la seconde partie de cet article, le recours aux méthodes de recherche empirique permet d'affiner la compréhension du droit

¹³ M. McCONVILLE et W. H. CHUI (dir.), *Research Methods for Law*, 2^e éd., Edimbourg, Edinburgh University Press, 2007.

¹⁴ E. BERNHEIM, D. GESULADI-FECTEAU et al., « L'approche empirique en droit : prolégomènes », in D. GESULADI-FECTEAU et E. BERNHEIM, *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques*, Montréal, Thémis, 2021.

¹⁵ Voy. comme exemple de recherche empirique sur ce thème, A. AUDESSE et C. MOREAU, « Des victimes et des peines : Réflexions sur les nouvelles tendances victimaires de la pénalité canadienne », *Champ Pénal/ Penal Field*, n° 30, 2023 ; R. WILLIS, « How Members of Parliament Understand and Respond to Climate Change », *The Sociological Review*, vol. 66, n° 3, 2018, pp. 475-491.

¹⁶ Voy. comme exemple de recherche empirique sur ce thème, S. DE SAUSSURE, « Les effets de la peine sur les proches des contrevenants : difficultés et discussion quant à leur problématisation lors de la détermination de la peine », *Criminologie*, vol. 52, n° 1, 2023, pp. 203-224.

¹⁷ Voy. comme exemple de recherche empirique sur ce thème, C. MOREAU et T. MOREAU, « Paroles de jeunes sur leur droit d'être entendus dans le champ de l'aide et de la protection de la jeunesse en Belgique francophone. Mise en lumière de quelques angles morts », *Journal du Droit des Jeunes*, n° 403, 2021 ; M.-E. SYLVESTRE et C. BELLLOT, « Challenging Discriminatory and Punitive Responses to Homelessness in Canada », in M. JACKMAN et B. PORTER (dir.), *Advancing social rights in Canada*, Toronto, Irwin Law, 2014, pp. 155-186.

¹⁸ Voy. comme exemple de recherche empirique sur ce thème, P. EWICK et S. SILBEY, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.

¹⁹ Voy. comme exemple de recherche empirique sur ce thème, M. GARCIA, « La géométrie normative variable des droits de la personne présents dans le système de droit criminel », *Déviance et Société*, vol. 38, n° 3, 2014, pp. 361-385.

²⁰ Voy. comme exemple de recherche empirique sur ce thème, M. GARCIA, « Droit, aliénation et créativité », *Les Cahiers de droit*, vol. 61, n° 3, 2020, pp. 647-678 ; N. HANLEY, B. FILEBORN, et al., « Improving the Law Reform Process: Opportunities for Empirical Qualitative Research? », *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, vol. 49, n° 4, 2016, pp. 546-563, 547 ; A. P. PIRÈS, « La réforme pénale au Canada : l'apport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine », *Criminologie*, vol. 20, n° 2, 1987.

lorsque celui-ci opère dans des domaines marqués par des finalités multiples et des logiques potentiellement concurrentes (protection des droits fondamentaux, impératifs administratifs, intérêts politiques, etc.), tels que le droit de l'immigration et le droit de la protection des mineurs. Dans ce type de configuration, les décisions et pratiques institutionnelles ne peuvent pas toujours être comprises uniquement à partir du raisonnement juridique lui-même. L'enjeu consiste alors à examiner les logiques de justification, les contraintes cognitives et organisationnelles et les catégorisations qui structurent l'action juridique. Autrement dit, l'analyse empirique déplace le regard, sortant d'une lecture interne au droit, pour capter d'autres dimensions qui influencent la prise de décision. Plutôt que de rester confinée à une interprétation strictement juridique, l'approche empirique permet de percevoir d'autres motivations, en ce compris « les présupposés idéologiques, religieux, philosophiques [...] »²¹, politiques, mais aussi les représentations sociales, les objectifs et valeurs en tension ou les phénomènes qui sous-tendent et imprègnent le processus de décision du juge²².

8. L'approche de la recherche empirique en droit apporte ainsi un élément que le droit positif ne fournit pas pour l'évolution de la connaissance : « elle dirige le regard vers des idées, des formes de fonctionnement, des contraintes et des possibilités qui resteraient autrement peu visibles »²³. En ce sens, « il ne s'agit donc pas de hiérarchiser ces deux points de vue, mais plutôt d'apprécier, dans une perspective de complémentarité, les contributions qui peuvent en découler et leurs limites »²⁴. La recherche empirique en droit ne remplace pas la recherche en droit positif, elle la complète.

La métaphore du « miroir des décisions » illustre bien la distinction entre les deux approches²⁵. L'analyse classique de jurisprudence permet de capter les

²¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, p. 121.

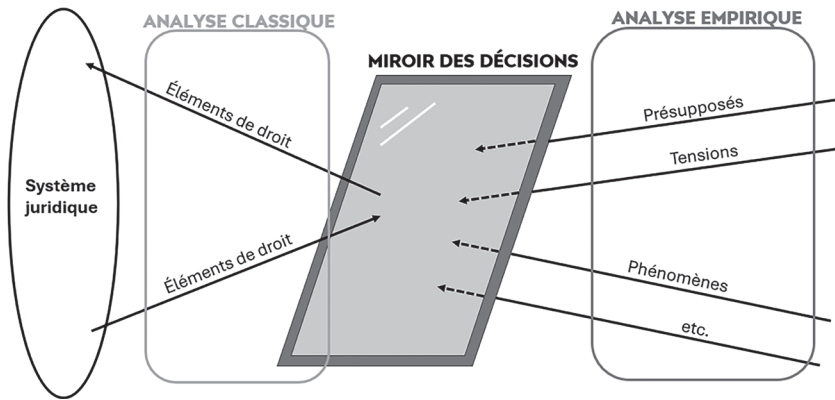
²² G. VALLÉE, « La jurisprudence, les archives institutionnelles et les entrevues : des sources utiles pour une étude empirique du droit ? L'exemple de recherches en droit du travail », in D. GESUALDI-FECTEAU et E. BERNHEIM (dir.), *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques*, Montréal, Thémis, 2021, p. 59.

²³ M. GARCIA, « De nouveaux horizons épistémologiques pour la recherche empirique en droit : décentrer le sujet, interviewer le système et "désubstantialiser" les catégories juridiques », *Les cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011, p. 425.

²⁴ M. GARCIA, « De nouveaux horizons épistémologiques pour la recherche empirique en droit : décentrer le sujet, interviewer le système et "désubstantialiser" les catégories juridiques », *Les cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011, p. 425.

²⁵ La métaphore du miroir est également utilisée par certains auteurs pour illustrer un processus similaire dans d'autres contextes ou à d'autres échelles. Nous en proposons ici une adaptation. Voy. par exemple M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses universitaires de France, 1988, p. 26, cité par M. GARCIA, « De nouveaux horizons épistémologiques pour la recherche empirique en droit : décentrer le sujet, interviewer le système et "désubstantialiser" les catégories juridiques », *Les cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011. Notons en outre que d'autres auteurs utilisent différentes métaphores ou termes pour expliquer ce même processus. Voy. p. ex. D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, Toulouse, éditions érès, 2015.

échanges juridiques qui se déroulent *devant* le miroir, entre le système juridique et la décision étudiée. Comme le miroir qui capte et renvoie la lumière, la décision capte et renvoie des éléments juridiques au système qui l'englobe. Ce sont ces éléments que la méthode classique observe. Les méthodes empiriques, quant à elles, permettent d'aller au-delà de ces échanges juridiques, de passer derrière le miroir des décisions pour observer d'autres éléments.



C. Dans quelle perspective ?

9. Dans la recherche empirique en droit, le problème de recherche est présenté pour le système juridique lui-même, c'est-à-dire au regard de ses propres valeurs et principes. Dans ce cadre, le chercheur témoigne d'un intérêt pour les principes du droit et les « autoportraits disponibles dans le système juridique, qu'ils proviennent de la théorie du droit, de la doctrine ou de la jurisprudence »²⁶. Le chercheur s'inscrit dans une démarche où il vise à saisir le droit et la manière dont celui-ci se décrit, c'est-à-dire « les conventions, les concepts, les idées, les théories et les systèmes d'idées du système juridique » en espérant que sa manière de les observer apporte « pour l'évolution des connaissances à la fois scientifiques et juridiques, un « quelque chose d'autre » »²⁷.

10. Cette perspective offre un accès pour mieux cerner comment le droit observe, comprend et élabore son monde. Elle crée ainsi la possibilité d'étudier ces mécanismes et de proposer des contributions pour faire avancer les réflexions et l'élaboration du droit à partir de ce type d'analyses. Le recours à l'empirie sert

²⁶ M. GARCIA, « De nouveaux horizons épistémologiques pour la recherche empirique en droit : décentrer le sujet, interviewer le système et “désubstantialiser” les catégories juridiques », *Les cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011, p. 424.

²⁷ M. GARCIA, « De nouveaux horizons épistémologiques pour la recherche empirique en droit : décentrer le sujet, interviewer le système et “désubstantialiser” les catégories juridiques », *Les cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011, p. 424.

alors à produire une compréhension du droit qui rend visibles des dimensions peu accessibles par la seule analyse interne des normes.

11. Au-delà de ce que cette posture apporte au droit lui-même, elle permet également d'établir un dialogue pluridisciplinaire entre les sciences sociales et le droit²⁸. Elle en est, dès lors, d'autant plus bénéfique pour le développement des connaissances sur le droit dans le sens où, d'une part, « elle est susceptible de modifier le rapport entre le droit et les disciplines lui étant exogènes, comme les sciences sociales », en permettant des échanges entre les juristes et les spécialistes des sciences sociales et, d'autre part, « cette perspective apporte une contribution à l'évolution des connaissances scientifiques et juridiques en jetant de la lumière sur des alternatives qui soient à la portée du droit »²⁹, ce qui constitue une voie prometteuse pour l'innovation de celui-ci.

12. Adopter une telle posture a donc toute sa pertinence puisqu'elle permet, en favorisant un dialogue pluridisciplinaire, la « collaboration et la coresponsabilisation autour d'un projet commun »³⁰. Elle rend également possible la « synchronisation entre les idées innovatrices et les pratiques judiciaires » alors qu'un manque de cohérence entre idées et pratiques se fait globalement ressentir en matière de justice³¹.

13. Enfin, cette perspective est d'autant plus pertinente que la manière d'observer le droit, sa construction et son application est amenée à se transformer étant donné la confrontation de celui-ci à des enjeux de société de plus en plus complexes et « régulés par des figures juridiques caractérisées par leur texture normative ouverte (valeurs fondamentales, droits de la personne, etc.) »³² tels que les droits religieux, droits des femmes, droits des peuples autochtones, droit au suicide assisté, droits liés aux genres, droits des migrations, etc. Tant les chercheurs que les acteurs du système juridique sont appelés, aujourd'hui plus que jamais, à mobiliser de nouvelles ressources cognitives et méthodologiques pour répondre aux impératifs de créativité et d'imagination juridique que ces questions exigent et, ainsi, être en mesure de déterminer des possibles encore non actualisés par le droit³³.

²⁸ Ph. LANGBROEK, K. VAN DEN BOS, M. SIMON THOMAS, M. MILO et W. VAN ROSSUM, « Methodology of Legal Research: Challenges and Opportunities », *Utrecht Law Review*, vol. 13, Issue 3, 2017.

²⁹ S. LABONTÉ, *La construction judiciaire de la victime et de ses attentes dans la sentence du droit pénal : vers un nouveau fondement du droit de punir ?*, Thèse de doctorat, Ottawa, Université d'Ottawa, 2019, p. 119.

³⁰ M. GARCIA et R. DUBÉ, « Une enquête théorique et empirique sur les menaces externes à l'indépendance judiciaire dans le cadre du *sentencing* », *Revue générale de droit*, vol. 47, n° 1, 2017, p. 28.

³¹ M. GARCIA et R. DUBÉ, « Une enquête théorique et empirique sur les menaces externes à l'indépendance judiciaire dans le cadre du *sentencing* », *Revue générale de droit*, vol. 47, n° 1, 2017, p. 30.

³² M. GARCIA, « La géométrie normative variable des droits de la personne présents dans le système de droit criminel », *Déviance et Société*, vol. 38, n° 3, 2014, p. 417.

³³ M. GARCIA, « La géométrie normative variable des droits de la personne présents dans le système de droit criminel », *Déviance et Société*, vol. 38, n° 3, 2014.

14. Au-delà de ces considérations théoriques et épistémologiques, il nous semble important de présenter, de manière concrète, à quoi peut ressembler une recherche mobilisant des méthodes empiriques dans le domaine du droit. Nous souhaitons illustrer notre propos à partir d'une recherche que nous avons menée dans le champ des droits de l'enfant en contexte « migratoire » afin de montrer comment la recherche empirique permet d'étudier d'autres dimensions du droit par rapport aux méthodes de droit positif.

II. UNE DÉMONSTRATION DE RÉALISATION DE LA RECHERCHE EMPIRIQUE EN DROIT

15. Dans la continuité de la partie précédente qui propose un aperçu théorique et épistémologique général sur les méthodes empiriques en droit, cette partie offre une illustration concrète. Elle vise à compléter cette réflexion par un exemple montrant *quand, comment et pourquoi* la recherche empirique peut être éclairante et opérante en droit.

Pour ce faire, nous présentons de manière détaillée et progressive une démarche suivie dans le cadre d'une recherche doctorale consacrée à la comparaison de la mise en œuvre de l'intérêt supérieur de l'enfant (ci-après, « l'ISE »), concept clé des droits de l'enfant, dans la jurisprudence belge en contexte « migratoire » et « sédentaire ». L'objectif de cet article n'est pas de retracer l'ensemble du processus de recherche ni de présenter tous les résultats de l'analyse des décisions, mais bien d'offrir un exemple concret de mise en œuvre d'une analyse empirique³⁴.

Dans cette perspective, cette partie s'organise en deux sections. La première expose les raisons du recours à une méthode empirique, le choix de celle-ci et les modalités de récolte des données. La seconde est consacrée à l'analyse empirique proprement dite et retrace pas à pas le cheminement ayant conduit à l'identification d'un phénomène spécifique, celui du « dévoiement » de l'intérêt supérieur de l'enfant.

A. La méthode d'analyse et les données empiriques

§ 1. La théorisation ancrée de P. Paillé

16. L'objectif de la recherche précitée est double. D'une part, elle vise à comparer la manière dont le concept de l'ISE est mis en œuvre. D'autre part, elle cherche à identifier les motifs sous-jacents à d'éventuelles disparités dans cette

³⁴ Pour un développement exhaustif des éléments découverts dans cette recherche, voy. A. BODSON, « L'éloignement d'un parent face aux droits de l'enfant et au respect dû à la vie familiale. Une étude empirique de décisions de l'Office des étrangers », *R.D.E.*, n° 222, 2024, pp. 5-19.

mise en œuvre. À cet égard, les décisions judiciaires et administratives constituent des sources de données particulièrement précieuses. Elles donnent à voir l'application du système juridique auquel elles appartiennent et contribuent au développement et à l'éclaircissement des règles de droit. En outre, comme déjà indiqué, ces décisions contiennent « [...] [d]es présupposés idéologiques, religieux, philosophiques [...] »³⁵ ou politiques ainsi que des représentations sociales, des objectifs et valeurs parfois en tension qui sous-tendent et imprègnent le processus décisionnel du juge³⁶.

L'identification de ces présupposés et autres contraintes cognitives ou logiques de justification requiert le recours à des méthodes empiriques, dans la mesure où ces dimensions échappent aux méthodes de recherche en droit positif. Dans cette perspective, nous avons mobilisé une méthode d'analyse empirique empruntée aux sciences sociales, à savoir la méthode de la théorisation ancrée³⁷ proposée par P. Paillé³⁸, sur la base de la *Grounded Theory* de Glaser et Strauss³⁹.

17. La théorisation ancrée est une méthode d'analyse *qualitative* des données empiriques. Au sein de la famille des méthodes qualitatives, elle se distingue par son caractère *intensif*, en ce qu'elle repose sur l'analyse approfondie d'un nombre limité de données⁴⁰. Il s'agit en outre d'une méthode *inductive* qui vise à théoriser en s'encrant dans le matériau empirique.

Théoriser consiste à « dégager le sens d'un événement [...] lier dans un schéma explicatif divers éléments d'une situation [...] renouveler la compréhension d'un phénomène en le mettant différemment en lumière. [...] [L]a théorisation est, de façon essentielle, beaucoup plus un processus qu'un résultat »⁴¹. La nature inductive de cette méthode se manifeste notamment par l'absence de « thèmes ou codes préétablis »⁴². Ceux-ci émergent au fur et à mesure de l'analyse des don-

³⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, p. 121.

³⁶ G. VALLÉE, « La jurisprudence, les archives institutionnelles et les entrevues : des sources utiles pour une étude empirique du droit ? L'exemple de recherches en droit du travail », in D. GESUALDI-FECTEAU et E. BERNHEIM (dir.), *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques*, Montréal, Thémis, 2021, p. 59.

³⁷ Aussi renommée « analyse qualitative par théorisation ancrée » ou « analyse à l'aide des catégories conceptualisantes ».

³⁸ P. PAILLÉ, « L'analyse par théorisation ancrée », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 23, 1994, pp. 147-181 ; P. PAILLÉ, « L'analyse par théorisation ancrée », in M. SANTIAGO DELEFOSSE et M. DER RIO CARRAL (dir.), *Les méthodes qualitatives en psychologie et sciences humaines de la santé*, Paris, Dunod, 2017, pp. 61-83.

³⁹ B. GLASER et A. STRAUSS, *The discovery of grounded theory*, New Brunswick et Londres, Aldine Transaction, 1967.

⁴⁰ L. VAN CAMPENHOUDT, J. MARQUET et R. QUIVY, *Manuel de recherche en sciences sociales*, 6^e éd., Malakoff, Armand Colin, 2022, p. 300.

⁴¹ P. PAILLÉ, « L'analyse par théorisation ancrée », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 23, 1994, pp. 149-150.

⁴² C. CLARK-KAZAK, *Research across borders: an Introduction to interdisciplinary, cross-cultural methodology*, Toronto, University of Toronto Press, 2023, p. 215.

nées. Ce processus nécessite un ancrage rigoureux dans le matériel empirique, ce qui implique que le chercheur doit continuellement se référer à ses données pour garantir la validité de son analyse et assurer une correspondance étroite entre celles-ci⁴³. Un tel ancrage permet à la fois de rendre compte des singularités du corpus et d'atteindre « ce qu'il y a de plus substantiel dans les données empiriques »⁴⁴.

Un autre aspect central de la théorisation ancrée réside dans son caractère non linéaire. D'abord, parce que le processus d'analyse débute concomitamment à la collecte des données, et non à son terme⁴⁵. Ensuite, car les six étapes de cette méthode ne s'enchaînent pas de manière strictement chronologique, elles s'inscrivent plutôt dans un processus de va-et-vient⁴⁶. Ces étapes, présentées à la section suivante, ne sont ni équivalentes ni fixes : leur importance et leur envergure varient selon les recherches et évoluent au cours du processus analytique⁴⁷.

§ 2. La jurisprudence comme source de données empiriques

18. Le champ de recherche a été déterminé au regard des définitions retenues des termes polysémiques « migratoire » et « sédentaire », afin d'identifier les décisions à analyser. En « matière migratoire », l'étude porte sur des décisions susceptibles d'entraîner l'éloignement d'un parent du territoire belge pour des raisons administratives. En « matière sédentaire », elle concerne des décisions relatives à l'hébergement temporaire d'un enfant hors du milieu familial. Dans les deux cas, il s'agit de situations impliquant une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale, en ce qu'elles peuvent conduire à une séparation entre l'enfant et l'un de ses parents.

Nous avons choisi d'analyser, dans les deux matières, des décisions rendues en première et en seconde instance. Cela permet une diversification interne du corpus, garantissant une analyse approfondie au sein d'un groupe relativement homogène⁴⁸. En « matière migratoire », le corpus se compose de décisions de

⁴³ P. PAILLÉ, « L'analyse par théorisation ancrée », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 23, 1994, p. 150 ; C. LEJEUNE, *Manuel d'analyse qualitative : analyser sans compter ni classer*, 2^e éd., Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2019, p. 22.

⁴⁴ V. MÉLIANI, « Choisir l'analyse par théorisation ancrée : illustration des apports et des limites de la méthode », *Recherches qualitatives*, hors-série, n° 15, 2013, p. 436.

⁴⁵ V. MÉLIANI, « Choisir l'analyse par théorisation ancrée : illustration des apports et des limites de la méthode », *Recherches qualitatives*, hors-série, n° 15, 2013, p. 437.

⁴⁶ V. MÉLIANI, « Choisir l'analyse par théorisation ancrée : illustration des apports et des limites de la méthode », *Recherches qualitatives*, hors-série, n° 15, 2013, p. 439 ; P. PAILLÉ, « L'analyse par théorisation ancrée », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 23, 1994, p. 185. P. PAILLÉ, « L'analyse par théorisation ancrée », in M. SANTIAGO DELEFOSSE et M. DER RIO CARRAL (dir.), *Les méthodes qualitatives en psychologie et sciences humaines de la santé*, Paris, Dunod, 2017, p. 69.

⁴⁷ V. MÉLIANI, « Choisir l'analyse par théorisation ancrée : illustration des apports et des limites de la méthode », *Recherches qualitatives*, hors-série, n° 15, 2013, p. 439.

⁴⁸ A. PIRES, « Échantillonnage et recherche qualitative : essai théorique et méthodologique », in POUPART, DESLAURIES, GROULX, et al. (dir.), *La recherche qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques*, Montréal, Gaëtan Morin, 1997, p. 65.

l'Office des étrangers et d'arrêts du Conseil du contentieux des étrangers. En « matière sédentaire », il comprend des décisions des tribunaux de la jeunesse et des cours d'appel.

19. Au total, une centaine de décisions ont été étudiées. L'échantillonnage s'est fait différemment selon les matières. En matière « sédentaire », l'accès aux décisions des cours et tribunaux étant limité, la constitution du corpus a nécessité de contacter directement les acteurs judiciaires impliqués. Des décisions émanant de plusieurs juridictions ont pu être réunies, permettant une nouvelle diversification du corpus. En matière « migratoire », les arrêts du Conseil du contentieux des étrangers sont publiés en ligne et reproduisent *in extenso* les motifs des décisions de l'Office des étrangers portées devant lui. L'échantillonnage a dès lors été réalisé à partir du site internet du Conseil du contentieux des étrangers, au moyen de critères de recherche pertinents au regard de l'objet d'étude. Les décisions retenues relèvent de neuf procédures distinctes, assurant une diversification du corpus.

B. Processus d'analyse : l'exemple de la découverte du concept de « dévoiement »

20. Une fois la méthode empirique définie et l'échantillonnage précisé, l'analyse a débuté. Cette section se concentre sur la mise au jour d'un concept, celui du « dévoiement », dans les décisions de l'Office des étrangers. L'objectif est de présenter, pas à pas, la manière dont la méthode empirique a été mobilisée, ainsi qu'un exemple des apports qu'elle permet de dégager.

À titre liminaire, il convient de préciser que les éléments développés ci-après reflètent uniquement les observations issues des décisions analysées et ne sauraient être généralisés à la pratique de l'Office des étrangers. Cette prudence s'impose d'autant plus que l'échantillonnage est limité à des décisions portant sur des refus d'accorder un droit de séjour et/ou d'éloignement, ce qui constitue une limite importante de la recherche.

21. Partons de deux extraits issus de deux des vingt-cinq décisions de l'Office des étrangers étudiées. Ces extraits portent sur la question de l'éloignement de la famille des requérantes :

« [La requérante] n'indique pas pour quelle raison sa famille ne pourrait l'accompagner afin d'éviter tout risque de rupture de l'unité familiale. L'intérêt supérieur de l'enfant résidant avant tout dans l'unité de la famille, laquelle n'est pas compromise par la présente décision, les droits de l'enfant sont dès lors respectés »⁴⁹.

⁴⁹ O.E., 24 mars 2020, in C.C.E.[à préciser svp], 27 juillet 2022, n° 275 484, p. 3.

« L'intérêt des enfants et de Madame est de maintenir ce noyau familial et en cas de départ ils peuvent partir ensemble »⁵⁰.

22. La première étape de la méthode de la théorisation ancrée est *la codification*, qui consiste en une lecture très proche du document afin de « dégager l'essentiel dans le discours recueilli ou la situation observée. Il est nécessaire de bien veiller ici à rester dans la reformulation sans chercher à qualifier ou conceptualiser les données »⁵¹. Pour ce faire, les paragraphes des décisions ont été placés dans des tableaux, avec une colonne supplémentaire résumant l'essentiel du discours en quelques mots, tel que le veut le principe de faible inférence. Les deux extraits choisis ont été codifiés de cette façon :

Extraits	Codes
« [La requérante] n'indique pas pour quelle raison sa famille ne pourrait l'accompagner afin d'éviter tout risque de rupture de l'unité familiale. L'intérêt supérieur de l'enfant résidant avant tout dans l'unité de la famille, laquelle n'est pas compromise par la présente décision, les droits de l'enfant sont dès lors respectés » ⁵² .	ISE = unité familiale OR enfant peut accompagner la mère = OK droits enfant
« L'intérêt des enfants et de Madame est de maintenir ce noyau familial et en cas de départ ils peuvent partir ensemble » ⁵³ .	Intérêt enfant et mère = maintenir le noyau familial. Partir ensemble

23. Ces codes synthétisent l'essentiel du discours des extraits en utilisant des termes proches du texte original. Dans le premier extrait, l'Office des étrangers indique que l'ISE réside « avant tout dans l'unité de la famille ». L'instance considère que, puisque les enfants peuvent accompagner leur mère dans le pays où elle est renvoyée, l'éloignement de cette dernière ne viole pas leurs droits. Ainsi, l'argument central repose sur la possibilité pour la famille de rester unie, justifiant qu'un éloignement de la requérante ne violerait pas les droits des enfants.

24. Dans le deuxième extrait, l'Office des étrangers réitère que l'intérêt des enfants est de maintenir le noyau familial et rappelle que les enfants ont la possibilité d'accompagner leur mère en cas d'éloignement du territoire belge.

25. Au fur et à mesure de la codification de l'ensemble des décisions étudiées de l'Office des étrangers, des liens commencent à se former entre certains extraits, permettant une analyse plus globale et distanciée des messages. La seconde étape,

⁵⁰ O.E., 22 septembre 2021, in **C.C.E.**, 24 mai 2022, n° 273 280, p. 4.

⁵¹ V. MÉLIANI, « Choisir l'analyse par théorisation ancrée : illustration des apports et des limites de la méthode », *Recherches qualitatives*, hors-série, n° 15, 2013, p. 439.

⁵² O.E., 24 mars 2020, in **C.C.E.**, 27 juillet 2022, n° 275 484, p. 3.

⁵³ O.E., 22 septembre 2021, in **C.C.E.**, 24 mai 2022, n° 273 280, p. 4.

l'étape de *la catégorisation*, consiste à « [...] porter l'analyse à un niveau conceptuel en nommant de manière plus riche et plus englobante les phénomènes »⁵⁴. L'idée est d'atteindre un niveau plus élevé d'abstraction en se posant les questions suivantes : « Qu'est-ce qui se passe ici ? De quoi s'agit-il ? Je suis en face de quel phénomène ? »⁵⁵. Dans le cadre de notre recherche, une colonne a été ajoutée à chaque ligne des tableaux à cet effet :

Extraits	Codes	Catégories
« [La requérante] n'indique pas pour quelle raison sa famille ne pourrait l'accompagner afin d'éviter tout risque de rupture de l'unité familiale. L'intérêt supérieur de l'enfant résidant avant tout dans l'unité de la famille, laquelle n'est pas compromise par la présente décision, les droits de l'enfant sont dès lors respectés » ⁵⁶ .	ISE = unité familiale OR enfant peut accompagner la mère = OK droits enfant	ISE → unité familiale = enfants partent avec parent
« L'intérêt des enfants et de Madame est de maintenir ce noyau familial et en cas de départ ils peuvent partir ensemble » ⁵⁷ .	Intérêt enfant et mère = maintenir le noyau familial. Partir ensemble	ISE → unité familiale = enfants partent avec parent

26. Lors du processus de codification et de catégorisation des deux extraits, il est apparu qu'un lien de ressemblance les unissait, ceux-ci développant une logique similaire : l'ISE réside dans l'unité familiale, or, *in casu*, les enfants peuvent accompagner leur parent, impliquant que l'éloignement de ce dernier ne contrevient pas à leurs droits. Si cet élément est explicite dans le premier extrait, il est sous-entendu dans le second.

27. Dans le cadre de cette recherche, une catégorie et une sous-catégorie ont été attribuées à chacun des extraits étudiés. S'agissant des deux extraits ici présentés, puisque l'objet de la recherche est centré sur la mise en œuvre de l'ISE, la catégorie attribuée se réfère à ce concept. La sous-catégorie synthétise l'interprétation qui est faite de celui-ci. Dans d'autres extraits, l'ISE est interprété autrement par l'instance. Dans ces cas, la catégorie est similaire à celle de nos deux extraits, mais la sous-catégorie diffère et synthétise l'interprétation qui en est faite.

⁵⁴ P. PAILLÉ, « L'analyse par théorisation ancrée », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 23, 1994, p. 159.

⁵⁵ P. PAILLÉ, « L'analyse par théorisation ancrée », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 23, 1994, p. 159.

⁵⁶ O.E., 24 mars 2020, in **C.C.E.**, 27 juillet 2022, n° 275 484, p. 3.

⁵⁷ O.E., 22 septembre 2021, in **C.C.E.**, 24 mai 2022, n° 273 280, p. 4.

28. La troisième étape consiste à mettre en relation les différents éléments mis en évidence durant les deux premières phases. À nouveau, *la mise en relation* peut avoir lieu concomitamment ou à la suite de la codification et de la catégorisation. L'objectif est de regrouper « les données des mêmes catégories pour les comparer et voir comment elles sont liées »⁵⁸. Il s'agit par exemple de découvrir et identifier des relations de « ressemblance, dépendance, fonctionnement [...], hiérarchie »⁵⁹ voire d'opposition. Dans notre étude, cette étape a pris une ampleur particulière, car c'est par la mise en relation progressive de l'ensemble des éléments découverts que la dynamique générale des décisions a pu être dégagée, ainsi que plusieurs phénomènes spécifiques.

29. Pour faciliter cette mise en relation, nous avons créé de nouveaux tableaux dans lesquels les extraits ont été regroupés et placés au regard des catégories et sous-catégories, rendant visibles les liens de diverses natures. Les deux extraits ont été placés dans le tableau avec tous les autres extraits dont la catégorie était « l'ISE » et la sous-catégorie « = unité familiale = enfants partent avec parents » :

Catégories	Sous-catégories	Extraits
ISE	= unité familiale = enfants partent avec parent	« [La requérante] n'indique pas pour quelle raison sa famille ne pourrait l'accompagner afin d'éviter tout risque de rupture de l'unité familiale. L'intérêt supérieur de l'enfant résidant avant tout dans l'unité de la famille, laquelle n'est pas compromise par la présente décision, les droits de l'enfant sont dès lors respectés » ⁶⁰ .
		« L'intérêt des enfants et de Madame est de maintenir ce noyau familial et en cas de départ ils peuvent partir ensemble » ⁶¹ .
	Etc.	
Etc.		

30. En regroupant et en comparant l'ensemble des extraits des décisions, une logique générale a commencé à émerger, laissant transparaître certains éléments qui se trouvent *derrière* le miroir de ces décisions. Cette logique générale prend forme grâce à l'étape de *l'intégration*. Celle-ci a pour objet de « [...] dépasser les différents phénomènes observés pour voir émerger un phénomène

⁵⁸ C. CLARK-KAZAK, *Research across borders: an Introduction to interdisciplinary, cross-cultural methodology*, Toronto, University of Toronto Press, 2023, p. 216.

⁵⁹ P. PAILLÉ, « L'analyse par théorisation ancrée », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 23, 1994, p. 172.

⁶⁰ O.E., 24 mars 2020, in **C.C.E.**, 27 juillet 2022, n° 275 484, p. 3.

⁶¹ O.E., 22 septembre 2021, in **C.C.E.**, 24 mai 2022, n° 273 280, p. 4.

général »⁶². Il s'agit de recentrer le travail par rapport à ce qui a pu être observé et d'éventuellement ajuster la question de recherche. Dans notre analyse, la mise en relation de l'ensemble des catégories et l'intégration ont permis de voir apparaître une tension entre les droits fondamentaux des individus concernés par les décisions et la politique migratoire poursuivie par l'Office des étrangers. Il se dégage des deux extraits étudiés un phénomène qui s'ancre dans cette dynamique : l'Office des étrangers justifie, par le droit des enfants, l'éloignement du territoire du parent accompagnés de ses enfants.

31. Au fur et à mesure que ces éléments se dégageaient, nous avons construit un modèle reprenant cette dynamique et ce phénomène. *La modélisation* est une étape à part entière de cette méthode. Elle cherche à « [...] reproduire le plus fidèlement possible l'organisation des relations structurelles et fonctionnelles caractérisant le phénomène principal »⁶³. Il s'agit d'essayer d'appréhender une dynamique générale, de capter ses caractéristiques et les relations entre ces dernières.

32. Enfin, la dernière étape de la méthode est *la théorisation*. Elle constitue l'aboutissement vers lequel tendent les cinq étapes précédentes et s'opère dès lors tout au long de leur mise en œuvre. Rappelons que la théorisation se caractérise par son processus plus que par un résultat⁶⁴. Il ne s'agit pas de répondre de manière univoque et définitive à la question de recherche, mais de comprendre le phénomène global grâce à un processus progressif et fiable⁶⁵.

33. Dans le cadre de cette recherche, la mise en relation progressive des différents éléments dégagés, ainsi que le va-et-vient constant entre les étapes de l'analyse⁶⁶, ont permis de mettre en évidence que l'Office des étrangers, lorsqu'il se prononce sur les droits de l'enfant et/ou sur le droit au respect de la vie familiale dans les décisions d'éloignement analysées, se trouve confronté à deux cadres conceptuels reposant sur des logiques et injonctions incompatibles, voire contradictoires. D'une part, les droits fondamentaux, qui englobent le corpus juridique international et national reprenant le droit au respect de la vie familiale et les droits de l'enfant. Dans ce cadre, l'enfant est envisagé comme un sujet de droits fondamentaux à part entière, indépendant de ses parents. Il est à la fois égal à l'adulte et particulièrement vulnérable en raison de son « [...] manque de

⁶² V. MÉLIANI, « Choisir l'analyse par théorisation ancrée : illustration des apports et des limites de la méthode », *Recherches qualitatives*, hors-série, n° 15, 2013, p. 441.

⁶³ V. MÉLIANI, « Choisir l'analyse par théorisation ancrée : illustration des apports et des limites de la méthode », *Recherches qualitatives*, hors-série, n° 15, 2013, p. 442.

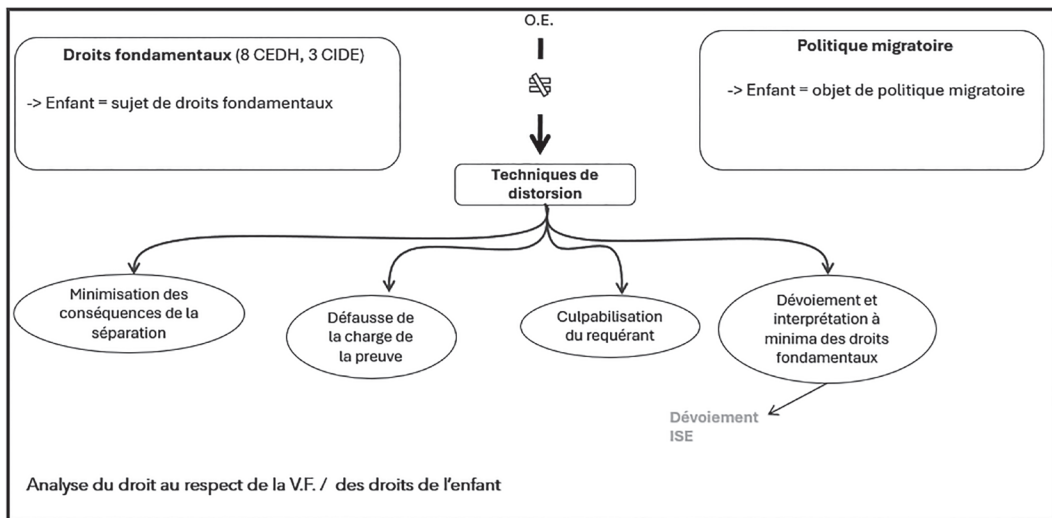
⁶⁴ P. PAILLÉ, « L'analyse par théorisation ancrée », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 23, 1994, p. 177.

⁶⁵ P. PAILLÉ, « L'analyse par théorisation ancrée », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 23, 1994, p. 177.

⁶⁶ S'il est difficile de faire apparaître dans un tel exemple ces mouvements de va-et-vient et de mise en relation progressive, il faut retenir que ces processus sont essentiels puisqu'ils permettent d'atteindre différents paliers d'abstraction.

maturité physique et intellectuel »⁶⁷, impliquant une protection et une attention particulière. D'autre part, la politique migratoire, qualifiée sur le site de l'Office des étrangers de politique de « gestion des flux migratoires »⁶⁸, tend à assimiler les enfants, au même titre que leurs parents, à une masse indistincte. Ce traitement dilue leur individualité ainsi que leur vulnérabilité spécifique.

34. Face à ces injonctions incompatibles, l'analyse par théorisation ancrée révèle que, lorsqu'il décide du refus d'un titre de séjour et/ou d'un éloignement du territoire dans les décisions étudiées, l'O.E. mobilise dans sa motivation quatre types de *techniques de distorsion*. Ce concept, que nous avons élaboré, se définit comme un ensemble de techniques de modification ou d'altération de la signification ou de la perception des informations, des situations, des responsabilités et/ou des obligations légales, de manière à donner l'illusion de conformité à l'ensemble de ces injonctions, pourtant incompatibles. Le modèle de recherche, simplifié et limité aux éléments présentés dans cette contribution, se présente comme tel :



35. Parmi ces techniques de distorsion figure le dévoiement de l'ISE, tel qu'il émerge des deux extraits présentés ici. Le concept de *dévoiement* renvoie à l'interprétation sélective et/ou à la manipulation des objectifs des droits fondamentaux, détournés de l'intention ou de l'esprit de la norme juridique qui la contient, afin de servir des intérêts autres que ceux visés par cette norme. Dans ces deux extraits, l'O.E. outrepassé les procédés d'évaluation et de détermination de l'ISE

⁶⁷ Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New York le 29 novembre 1989, approuvée par la loi belge du 25 novembre 1991, *M.B.*, 17 janvier 1992, préambule.

⁶⁸ Site officiel de l'O.E., <https://dofi.ibz.be/fr/propos>, consulté le 29 février 2024.

tels que recommandés par le Comité des droits de l'enfant⁶⁹. Il procède à une interprétation *in abstracto* du principe, permettant un *dévolement* des objectifs de celui-ci au profit des objectifs de la politique migratoire et au détriment de la protection des droits de l'enfant. Ainsi, le départ de l'enfant et de son parent du territoire belge est justifié au nom de l'intérêt de l'enfant alors qu'il sert en réalité les objectifs de la politique migratoire.

36. La manipulation de la mise en œuvre et des objectifs du concept de l'ISE par des instances étatiques n'est pas une découverte en soi. De nombreux acteurs du droit critiquent depuis longtemps le caractère flou de l'ISE, précisément parce qu'il permet une manipulation de sa mise en œuvre au service d'intérêts autres que ceux de l'enfant, comme l'illustrent les deux extraits analysés⁷⁰. L'apport spécifique de l'analyse empirique réside toutefois dans la possibilité non seulement de repérer et de nommer ce phénomène mais également de comprendre sa raison d'être et son rôle dans une dynamique plus large où les éléments observés se rattachent aux représentations sociales, aux tensions, aux objectifs et aux présupposés sous-jacents dans ces décisions, habituellement invisibles au droit.

37. De la même façon, le fait que la politique migratoire d'un État puisse constituer une limite du droit au respect de la vie familiale et à l'ISE n'est pas une découverte. Cette limite est d'ailleurs prévue par ces droits qui ne sont pas absolus. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, instaurant le droit au respect de la vie privée et familiale au sein du Conseil de l'Europe, prévoit explicitement, dans son deuxième paragraphe, des ingérences sous certaines conditions. Selon l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, l'ISE est *une* considération primordiale, impliquant que d'autres considérations puissent être prises en compte et même, dans certaines conditions, prévaloir sur celui-ci. Il est acquis que l'intérêt général puisse constituer une limite aux intérêts individuels. L'analyse empirique permet de mettre en lumière qu'il ne s'agit pas uniquement d'une question d'équilibre entre droits individuels et généraux, mais bien d'une rencontre entre deux cadres conceptuels distincts, dotés de logiques, d'injonctions et de représentations sociales propres. Elle permet non seulement d'étudier ces cadres individuellement, de les nommer et, éventuellement, de les interroger. Elle permet également d'étudier comment l'Office des étrangers justifie ses décisions à travers ces cadres conflictuels et de découvrir des phénomènes liés à ces processus décisionnels. Les méthodes empiriques offrent un renouvellement de la compréhension de la motivation de ces décisions étudiées, un nouvel angle d'approche, qui complète l'approche jurisprudentielle classique.

⁶⁹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, 2013, CRC/C/GC/14.

⁷⁰ Voy. p. ex., Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, 2013, CRC/C/GC/14, § 34.

CONCLUSION

38. Dans les développements qui précèdent, nous avons présenté théoriquement et épistémologiquement la perspective de recherche empirique en droit dans laquelle nous nous inscrivons. Nous avons ensuite illustré notre propos avec une recherche empirique menée dans le champ des droits de l'enfant en contexte migratoire. Nous avons présenté une analyse documentaire de type qualitative (analyse de jurisprudence) mobilisant la technique d'analyse de la théorisation ancrée empruntée aux sciences sociales.

39. Dans cette recherche, le niveau d'observation n'était pas celui de l'état du droit en tant que tel et la description de celui-ci. L'analyse portait sur la mise en œuvre d'un concept de droit, à savoir l'ISE, dans un contexte « migratoire ». L'étude des vingt-cinq décisions de l'Office des étrangers à l'aide de la théorisation ancrée a permis d'aller voir au-delà de l'application du système juridique auquel elles appartiennent pour notamment découvrir, nommer et comprendre le phénomène de « dévoiement » de l'ISE à l'œuvre dans ce domaine. Notre regard a pu se déplacer et sortir de la conversation du droit au droit afin d'aller observer *derrière* la jurisprudence. Nous avons ainsi pu envisager tant ce que le droit avait observé (ses observations) que ce que le droit n'avait pas observé (ses inobservations) quant à la manière de mobiliser la notion d'ISE en contexte migratoire. L'analyse empirique réalisée offre un éclairage nouveau sur la mise en œuvre de cette notion qui permet d'envisager de nouveaux angles d'approche pour l'actualisation des possibles dans ce domaine du droit.

40. La recherche empirique en droit, au côté des méthodes classiques et de manière complémentaire à celles-ci, insuffle un souffle nouveau à la discipline juridique. Il n'y a dès lors pas lieu de hiérarchiser les deux approches, mais plutôt d'apprécier les contributions qui peuvent découler de chacune d'elles ainsi que leurs limites. Étudier le droit au moyen de la recherche empirique nécessite toutefois d'accepter de s'ouvrir à une autre manière d'observer et de comprendre celui-ci. Cette manière de travailler est, à notre sens, générative car elle nécessite et engendre en même temps une posture nouvelle vis-à-vis du droit et de la recherche fondamentale, qui permet de contribuer à l'évolution des connaissances.



Begripsdenken voorbij: de nood aan waardendenken en waardengericht juridisch onderzoek in het afstammingsrecht

door Drs. Leander VAN DRIESSCHE*, **

ABSTRACT

Discussies over de inhoud en de toekomst van het Belgische oorspronkelijke afstammingsrecht worden veelal gevoerd bij monde van de diverse rechtsconcepten die erin centraal staan. Die focus op, onder meer, het bezit van staat, de vervalttermijnregeling en het belang van het kind is evenwel niet altijd aangewezen. Denken aan de hand van rechtsconcepten of, synoniem, begripsdenken is niet ideaal wanneer sprake is van 'leemtes' in het positieve recht. In dat geval is rechtsontwikkeling noodzakelijk en moeten nieuwe keuzes worden gemaakt. Begripsdenken in die context aanwenden, leidt tot verhulling en maakt fundamentele discussies over rechtstoepassingsgelijkheid en gevalsrechtvaardigheid onmogelijk. Inzichtelijke en onthullende rechtsontwikkeling is enkel mogelijk via waardendenken. Een waardengerichte kijk op juridische conflictbeslechting is niet alleen interessant bij de beoordeling van concrete praktijkgevallen (*i.e.* rechtsvinding), maar ook bij de voorbereiding van een wetgevende hervorming van het oorspronkelijke afstammingsrecht.

Les débats sur le contenu et l'avenir du droit belge de la filiation sont souvent menés à travers les divers concepts juridiques qui y occupent une place centrale. Cette focalisation sur, entre autres, la possession d'état, les délais de prescription et l'intérêt supérieur de l'enfant n'est cependant pas toujours appropriée. Penser en termes de concepts juridiques, ou de raisonnement conceptuel, n'est pas idéal lorsqu'il existe des « lacunes » dans le droit positif. Dans de tels cas, le développement du droit s'avère nécessaire et requiert de nouveaux choix. Recourir au raisonnement conceptuel dans ce contexte conduit à une dissimulation et rend impossibles les débats fondamentaux sur l'égalité devant la loi et la justice des cas individuels. Un développement juridique clair et révélateur n'est possible qu'à travers un raisonnement basé sur les valeurs. Une perspective axée sur les valeurs dans la résolution des conflits juridiques est non seulement intéressante

* Assistent Centrum voor Grondslagen en Methoden van Privaatrecht en medewerker Instituut voor Familierecht (Universiteit Gent).

** De auteur bedankt de professoren Gerd VERSCHULDEN (UGent) en Frederik PEERAER (UGent) voor hun begeleiding bij de totstandkoming van deze tekst en feedback op eerdere versies. Ook een bedanking voor drs. mr. Dries RONSSE en de reviewers is op zijn plaats voor hun waardevolle suggesties.

pour l'évaluation des cas pratiques concrets (c'est-à-dire la recherche juridique), mais également pour la préparation d'une réforme législative du droit de la filiation d'origine.

law on filiation?

Discussions concerning the content and future of Belgian **paternity law** are often conducted through the lens of various legal concepts central to it. This focus on, among others, possession d'état, prescription periods, and the best interests of the child is not always appropriate. Thinking in terms of legal concepts, or, synonymously, conceptual reasoning, is not ideal when there are 'gaps' in positive law. In such cases, the development of law becomes necessary, requiring new choices to be made. Applying conceptual reasoning in this context results in obfuscation and renders fundamental debates about **equality and justice** impossible. Transparent and open legal development is only achievable through value-based reasoning. A value-oriented perspective on legal conflict resolution is not only valuable for assessing concrete cases but also for preparing legislative reform of **Belgian paternity law**.

equality
before the law
and the jus-
tice of indi-
vidual cases?

the Bel-
gian law on
filiation?

I. DE STAAT VAN HET OORSPRONKELIJKE AFSTAMMINGSRECHT

1. Het Belgische oorspronkelijke afstammingsrecht staat al geruime tijd in de belangstelling. Na de laatste hervorming in 2006¹ kwam eind 2010² een stadige stroom aan rechtspraak op gang van het Grondwettelijk Hof, waarbij diverse wettelijke afstammingsbepalingen ongrondwettig zijn bevonden.³ Vooral het bezit van staat⁴, maar ook de termijnen van het kind om zijn juridische afstammingsbanden te betwisten⁵ en de toetsing aan het belang van het kind als correctiemechanisme op een toestemmingsweigering⁶ kwamen gehavend uit die maalstroom. De termijnen van de overige vorderingsgerechtigden⁷ en het vereiste bewijs van een

¹ Wet 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, BS 29 december 2006.

² Beginnend met GwH 16 december 2010, 144/2010.

³ Voor een overzicht, bijgewerkt tot 6 augustus 2025: VERSCHULDEN G., *Handboek Belgisch personen-, familie- en relatievormingsrecht*, die Keure, 2025, 25-26.

⁴ GwH 3 februari 2011, 20/2011; GwH 7 juli 2011, 122/2011; GwH 7 maart 2013, 29/2013; GwH 9 juli 2013, 96/2013 en 105/2013; GwH 7 november 2013, 147/2013; GwH 20 maart 2014, 48/2014; GwH 19 september 2014, 127/2014; GwH 12 maart 2015, 35/2015; GwH 26 november 2015, 168/2015; GwH 3 februari 2016, 18/2016.

⁵ GwH 31 mei 2011, 96/2011; GwH 7 november 2013, 147/2013; GwH 3 februari 2016, 18/2016; GwH 25 mei 2016, 77/2016; GwH 14 december 2016, 161/2016; GwH 19 oktober 2017, 123/2017; GwH 17 oktober 2019, 142/2019; GwH 15 februari 2024, 22/2024.

⁶ GwH 16 december 2014, 144/2010; GwH 3 mei 2012, 61/2012; GwH 7 maart 2013, 30/2013; GwH 2 juli 2015, 101/2015.

⁷ Enkel wat de duurtijd van die termijnen betreft: GwH 17 oktober 2013, 139/2013; GwH 25 september 2014, 139/2014; GwH 9 oktober 2014, 145/2014; GwH 2 juni 2016, 87/2016; GwH 21 november 2024, 138/2024. Het aanvangspunt van sommige termijnen werd wel ongrondwettig bevonden: GwH 6 april 2011 54/2011; GwH 5 december 2013, 165/2013; GwH 16 februari 2017, 24/2017; GwH 18 januari 2018, 3/2018. Dat laatste is niet het geval in: GwH 20 maart 2014, 46/2014.

wilsgebrek bleven overeind.⁸ Hoewel die stroom inmiddels sterk afgenomen is, komen nieuwe arresten druppelsgewijs uit de lucht vallen.⁹

2. Naar aanleiding van die rechtspraakstroom werd in de regeerperiode 2014-2019 een ministeriële werkgroep in het leven geroepen ter voorbereiding van een nieuwe richting voor het oorspronkelijke afstammingsrecht.¹⁰ De werkzaamheden van deze werkgroep mondden uit in een reparatiewet¹¹, waarbij de beleidsvragen naar de toekomstige rol van het bezit van staat en de vervaltermijnregelingen voor het kind onbeslist zijn gebleven.¹² Ook in de regeerperiode 2020-2024 bestond de intentie om het wettelijke afstammingsrecht aan te passen, aangezien het — volgens de bewoording van het regeerakkoord — “nog niet voldoet aan de huidige maatschappelijke behoeften”.¹³ Het opzet bestond erin om een nieuwe werkgroep aan te stellen die op basis van een (ongepubliceerde) principesnota afgestemd onder de partijen van regering-De Croo, wetteksten zou voorbereiden. Die werkgroep is evenwel nooit echt van start gegaan en doofde samen met de toenmalige regering uit in aanloop naar de federale verkiezingen van juni 2024.¹⁴ De huidige regering tot slot, heeft ook de intentie geuit om het wettelijke afstammingsrecht te hervormen. De beoogde modernisering ervan moet deze rechtstak laten evolueren van een sturend naar een dienend recht, waarbij met alle vormen van ouderschap rekening wordt gehouden en elke discriminatie is weggewerkt.¹⁵

3. Het Hof van Cassatie heeft intussen drie arresten gevelde waarin het de draagwijdte verduidelijkt van de constitutionele arresten over het bezit van staat.¹⁶ Ook in de doctrine zijn sinds 2011 vele bijdragen verschenen waarbij de arresten

⁸ GwH 25 september 2014, 139/2014; GwH 19 maart 2015, 38/2015; GwH 24 september 2015, 126/2015.

⁹ Op het moment van schrijven is GwH 21 november 2024, 138/2024 het laatst gepubliceerde arrest.

¹⁰ Algemene beleidsnota Justitie, KAMER, 2017-2018, 8 november 2017, nr. 54-2708/29, 40-41.

¹¹ Titel 3 wet 21 december 2018 houdende diverse bepalingen betreffende justitie, BS 31 december 2018.

¹² Zie het relaas van VERSCHULDEN G., *Handboek Belgisch personen-, familie- en relatievermogensrecht*, die Keure, 2025, 21, nr. 31. Zie ook: VAN DEN SANDE J., ‘De zoektocht naar een evenwichtig hervormd vaderschapsrecht na de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof’, *T.Fam.* 2022, 269, nr. 2 en voetnoot 2.

¹³ Regeerakkoord d.d. 30 september 2020, 72.

¹⁴ In deze regeerperiode kwamen weliswaar twee kleine reparatiewetten tot stand. Zie art. 19 wet 31 juli 2020 houdende diverse dringende bepalingen inzake justitie, BS 7 augustus 2020, (58048) 58051 (n.a.v. GwH 7 mei 202, 58/2020 inzake frauduleuze erkenningen) en art. 50-51 wet 28 maart 2024 houdende bepalingen inzake digitalisering van justitie en diverse bepalingen *Ibis*, BS 29 maart 2024, (38622) 38633 (n.a.v. GwH 30 maart 2023, 56/2023 inzake de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot die toestemde in een daad van kunstmatige inseminatie bij zijn echtgenote die optrad als draagmoeder voor een ander).

¹⁵ Federaal regeerakkoord 2025-2029 d.d. 12 februari 2025, i.h.b. 161, zie ook 125-126. Voor de beoogde modus operandi, zie: Beleidsverklaring Justitie, KAMER, 2024-2025, 13 maart 2025, nr. 56-767/17, 19.

¹⁶ Voor een overzicht zie: VAN DRIESCHTE L., ‘Zin en onzin van het onderscheid tussen de ontvanke-lijkheid en de gegrondheid van de vordering tot betwisting van vaderschap (noot onder Cass. 26 mei 2023)’, *T.Fam.* 2024, 207-208, nrs. 6-8.

van het Grondwettelijk Hof zijn geanalyseerd en soms ook gefileerd. De meeste van die bijdragen nemen daarbij een standpunt in over de draagwijdte van die rechtspraak, gaan na wat die rechtspraak impliceert voor de houdbaarheid van de wetbepalingen uit het oud Burgerlijk Wetboek en identificeren welke hervormingsvoorstellen aan die rechtspraak de gepaste mouw kunnen breien.¹⁷

II. BEGRIPSDENKEN ALS BEGRENSD CONFLICTBESLECHTINGSMECHANISME

4. In de oordelen van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie enerzijds en de analyses en aanbevelingen uit de doctrine anderzijds spelen de rechtsconcepten uit het oorspronkelijke afstammingsrecht de hoofdrol. Die wijze van conflictbeslechting wordt hierna ‘begripsdenken’ genoemd en heeft verschillende voordelen. Begripsdenken heeft echter ook grenzen.

A. Recht als conflictbeslechtingsmechanisme

5. Recht is een middel om intermenselijke conflicten te beslechten. Die conflicten rijzen in een gegeven feitelijke context en ontstaan wanneer minstens twee mensen tegenstrijdige belangen hebben. Die belangen bestaan uit twee elementen: de toestand die iemand wenst te bereiken en de redenen waarom die toestand volgens die persoon wenselijk is.¹⁸ Binnen de context van een groep personen die een ouderrol wil opnemen ten aanzien van hetzelfde kind, staan al snel meerdere belangen tegenover elkaar. De juridische moeder wil bijvoorbeeld dat haar huidige partner en echtgenoot die ouderrol behoudt. De genetische vader wil daarentegen zelf die rol opnemen en het kind wil mogelijk met beide personen niets te maken hebben.

6. Wanneer die belangen onverzoenbaar zijn, is een keuze nodig om dat conflict te beslechten. Die keuze kan gebeuren louter op basis van de eindsituatie die het meest wenselijk wordt geacht: de vaststelling, het behoud of de beëindiging van een juridische afstammingsband. Rechtsregels fungeren daarbij als informatiedragers waarin die keuzes worden vervat.¹⁹ Rechtsregels zijn namelijk evaluatiecriteria waarin een concreet belangenconflict wordt gelinkt aan de gewenste eindsituatie. Het geviseerde belangenconflict komt tot uiting in het toepassingsgebied van

¹⁷ BV. MASSAGER N., ‘La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation’, *Act.dr.fam.* 2011, 130-139; SENAËVE P., ‘Hoe het recht op identiteit wettelijk verankeren?’, *T.Fam.* 2020, 122-124; SWENNEN F., ‘Wat is ouderschap?’, *TPR* 2016, 11-95; VAN DEN SANDE J., ‘Naar een hervormd vaderschapsrecht’, *TPR* 2022, 915-1021.

¹⁸ Zie VAN DRIESSCHE L., ‘De lokroep van de zeemeermin: onduidelijkheden bij de belangenafweging in een procedure tot betwisting van vaderschap (noot onder Cass. 7 april 2022)’, *T.Fam.* 2023, 20, nr. 27, tweede lid en de verwijzingen daar.

¹⁹ In zelfde zin: RÖHL K.F. en RÖHL H.Ch., *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, Carl Heymans, 2008, 277.

een regel en de gewenste eindsituatie neemt de vorm aan van de rechtsgevolgen die daarin moeten intreden.

B. Conflictbeslechting via begripsdenken

7. Begripsdenken²⁰ is een manier om conflicten te beslechten aan de hand van rechtsregels. Rechtsregels fungeren daarbij als de categorieën waarin het te beslechten geval ondergebracht kan worden.²¹ Op basis van de feiten die de partijen aandragen, wordt gezocht naar een rechtsregel die dat toepassingsgebied beslaat. Eens gevonden, wordt nagegaan of de bijbehorende rechtsgevolgen mogen intreden in het voorliggende geval.

8. Stel bijvoorbeeld dat een man zijn eigen juridisch vaderschap wenst te betwisten. Doordat zijn vaderschap tot stand kwam tijdens zijn huwelijk met de moeder, is artikel 318 oud BW van toepassing. Volgens de letter van de wet is in die typesituatie de beëindiging van het juridisch vaderschap toegelaten onder bepaalde voorwaarden zoals de afwezigheid van bezit van staat. Wanneer de juridische vader en het kind gedragingen hebben gesteld ten aanzien van elkaar die stereotiep zijn voor sociaal-feitelijk ouderschap en dat ook door hun naasten en de overheid wordt erkend (art. 331*nonies* oud BW), moet het juridisch vaderschap behouden blijven. Wanneer in het voorliggende geval effectief bezit van staat wordt bewezen, strandt in principe de betwistingsvordering.²²

9. Wanneer daarentegen een moeder een juridische afstammingsband wil laten vestigen tussen haar kind en de vooroverleden wensvader, speelt artikel 332*quinquies* oud BW en werpt het vereiste van een genetische band tussen de kandidaat-juridische vader en het kind uit § 3 mogelijk een hindernis op. Wanneer het kind is verwekt met gameten van een andere man, bijvoorbeeld in geval van exogene medisch begeleide voortplanting, moet de vordering worden afgewezen volgens de letter van de wet.

10. Begripsdenken is bijzonder nuttig. Rechtsregels formuleren ter beslechting van toekomstige conflicten laat niet alleen toe gelijkaardige conflicten gelijk te behandelen, maar laat de bestemming van die normen ook — minstens theoretisch — toe om diens gedrag aan de inhoud ervan aan te passen.²³ Daarnaast helpen rechtsregels en begripsdenken om de cognitieve belasting te milderen

²⁰ Eigen vertaling van het Duitse *Begriffsjurisprudenz*. Voor een inleiding: BYDLINSKI F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer-Verlag, 1982, 109-113.

²¹ Ook 'subsumptie' genoemd. Zie daarover: MÖLLERS T.M.J., *Juristische Methodenlehre*, C.H. Beck, 2025, 138-140, nrs. 2-6.

²² De wettelijke rol van het bezit van staat is genuanceerd door rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie *infra* nrs. 23 e.v. Voor meer informatie over deze betwistingsprocedure zie bv. MATHIEU G., *Droit de la famille*, Larcier-Intersentia, 2024, 376-388 en 394-411; SENAËVE P., DECLERCK Ch. en WUYTS T., *Compendium van het personen- en familierecht*, Acco, 2025, 259-268.

²³ Over gedragsafstemming als een van de functies van recht: PEERAER F., *Algemene Rechtsleer*, Gompel & Svacina, 2021, 108 e.v., nr. 110 e.v.

die rechtsvinding met zich meebrengt. Doordat de essentiële kenmerken van het conflict in de toepassingsvoorwaarden omschreven zijn, is eenvoudiger te bepalen of een gegeven conflict daaraan voldoet. Doordat de gewenste eindsituatie al bedacht is, moet een rechter niet elke individuele zaak volledig zelf beoordelen.

C. Grenzen aan begripsdenken

11. Het nut van begripsdenken botst al snel op drie grenzen.²⁴ Ten eerste is rechtsvinding vaak niet zo simpel samen te vatten als de selectie van één rechtsregel en de toepassing ervan op het voorliggende geval. Rechtsvinding is vaak een arena waarin verschillende rechtsregels gelijktijdig van toepassing zijn en hun onderlinge verhouding en samenhang nog moeten worden uitgeklaard.²⁵ Begripsdenken laat niet toe om die verschillende regels op elkaar af te stemmen. Begripsdenken laat enkel toe om op basis van een regel de rechtsgevolgen te bepalen die in een gegeven geval behoren in te treden. Voor zover twee regels een overlappend toepassingsgebied en divergerende rechtsgevolgen hebben, leidt begripsdenken tot twee conflicterende beoordelingen. Welke van die twee voorrang behoort te krijgen, vereist een nieuwe keuze.²⁶

12. Daarnaast kan het positieve recht niet elk conflict op voorhand regelen. Bij de voorbereiding van wetgeving zullen altijd bepaalde (varianties van) conflicten aan de aandacht ontsnappen. Soms bestaat ook gewoonweg geen politieke consensus om bepaalde conflicten te reguleren. Tot slot vallen onvoorzienbare situaties zoals plotse technologische en wetenschappelijke doorbraken, natuurrampen, pandemieën of globale conflicten uit hun aard niet *ex ante* te normeren. Doordat het positieve recht nooit volledig kan zijn, zullen nooit voldoende categorieën bestaan aan de hand waarvan elk voorkomend conflict via begripsdenken te beslechten valt. Rechtsweigering is evenwel geen optie (art. 5 Ger.W.), waardoor ook in dat geval een rechterlijk oordeel vereist is. Bij begripsdenken wordt dit opgelost door nieuwe gevallen onder bestaande rechtsconcepten of rechtsregels te brengen, een techniek die twijfelachtig is (zie *infra* nr. 27).

13. Ten derde reguleert de wetgever bewust niet alle conflicten zelf. Dat is het geval wanneer rechters via open normen de bevoegdheid hebben gekregen om zelf te kiezen welke beoordelingsstandaard zij op het voorliggende conflict

²⁴ Voor deels gelijklopende en ook andere kritiek op begripsdenken: zie RÖHL K.F. en RÖHL H.Ch., *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, Carl Heymans, 2008, 67-71.

²⁵ Zie bv. LARENZ K. en CANARIS C.-W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, 1995, 223. In dezelfde zin, maar in de context van rechtsvergelijkend onderzoek: SACCO R., 'Legal Formants: A Dynamic Approach to comparative Law (I/II)', *The American Journal of Comparative Law* 1991, 21-23.

²⁶ Een voorrangsregeling is slechts een manier om afstemmingsproblemen of, synoniem, antinomieën in het recht te verhelpen. F. PEERAER spreekt in dit verband bv. over de mogelijkheid om antinomieën te vermijden (via een verzoenende, verruimende of inperkende uitlegging) dan wel te verhelpen. Zie: PEERAER F., *Rechtsvinding*, Syllabus, Universiteit Gent, 2024-2025, 281-287.

toepassen.²⁷ Voorbeelden daarvan in het oorspronkelijke afstammingsrecht zijn de verwijzingen naar het belang van het kind bij de beoordeling van een toestemmingsweigering tot erkenning (art. 329*bis*, § 2, vierde lid oud BW) of na de uitoefening van verzet in een gerechtelijke vaststelling van juridisch ouderschap (art. 332*quinquies*, § 2 oud BW). Naast wettelijke, bestaan ook grondwettelijke open normen. Zo heeft het Grondwettelijk Hof de bevoegdheid om via het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (art. 10 en 11 Gw.) alsook het recht op bescherming van het privé- en familieleven (art. 22 Gw.) de grenzen af te bakenen die het wettelijke oorspronkelijke afstammingsrecht moet respecteren.

III. DE NOOD AAN INZICHTELIJKE RECHTSONTWIKKELING

14. Om conflicten te beslechten die buiten die grenzen vallen, kan begripsdenken niet volstaan. In elk van die gevallen is namelijk sprake van een leemte in het recht die enkel via rechtsontwikkeling kan worden opgevuld. Het recht verder ontwikkelen, is evenwel geen eenvoudige opgave. Om het resultaat daarvan te kunnen evalueren of te kunnen aanwenden bij de beslechting van toekomstige gevallen, is open rechtsontwikkeling noodzakelijk.

A. Leemtes in het recht

15. Rechtsontwikkeling is noodzakelijk telkens wanneer sprake is van een leemte in het positieve recht.²⁸ Leemtes kunnen, zoals gezien in de nrs. 12-14, verschillende vormen aannemen: afstemmingsconflicten tussen rechtsregels, nog niet gereguleerde (varianties van) conflicten of nog te concretiseren beoordelingsmaatstaven in het geval van open normen.²⁹

16. Leemtes identificeren is niet altijd eenvoudig. De afwezigheid van regulering kan namelijk minstens drie verschillende dingen betekenen.³⁰ Het niet-geregelde conflict is (1) nog te reguleren, (2) willen we niet reguleren via overheidsrecht, maar bijvoorbeeld eerder overlaten aan de moraal of (3) wordt in de praktijk reeds beslecht op de wijze waarop we willen dat het beslecht wordt. Enkel in de eerste betekenis is sprake van een ‘leemte in het recht’. Aangezien quasi nooit duidelijk is wat de afwezigheid van regulering impliceert, vereist de kwalificatie ervan als een leemte altijd een expliciete en beargumenteerde keuze.

²⁷ PEERAER F., *Algemene Rechtsleer*, Gompel & Svacina, 2021, 204, nr. 247.

²⁸ De term ‘rechtsontwikkeling’ is een eigen vertaling van het Duitse *Rechtsfortbildung*. Zie bv. MÖLLERS T.M.J., *Juristische Methodenlehre*, C.H. Beck, 2025, 148-150, nrs. 35-38.

²⁹ Over leemtes in het recht, zie bv.: LARENZ K. en CANARIS C.-W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, 1995, 191 e.v.

³⁰ Over het ‘zwijgen’ van de wetgever: MÖLLERS T.M.J., *Juristische Methodenlehre*, C.H. Beck, 2025, 522-523, nrs. 42-45.

B. Een moeilijke evenwichtsoefening

17. Leemtes verhelpen door het recht nader te ontwikkelen, vergt een delicate evenwichtsoefening. Juristen proberen conflicten namelijk te beslechten op een manier die tegelijk rechtstoepassingsgelijkheid en gevalsrechtvaardigheid nastreeft.³¹ Rechtstoepassingsgelijkheid (art. 10 en 11 Gw.) vereist dat gelijkaardige gevallen een gelijke beoordeling krijgen.³² Aangezien de feitenconstellatie van concrete gevallen altijd uniek is, vergt deze oefening een abstrahering van die concrete gevallen tot ‘types’ die ontdaan zijn van irrelevante feiten. Concrete gevallen die behoren tot hetzelfde type, worden op dezelfde manier beoordeeld. Het streven naar rechtstoepassingsgelijkheid impliceert ook dat rechtsontwikkeling zo heteronoom als mogelijk is.³³ In heteronome rechtsontwikkeling zijn de keuzes die de wetgever heeft gemaakt, richtinggevend voor de nog te maken keuzes. Waar mogelijk zijn die nieuwe keuzes zo coherent en consistent mogelijk met diens voorkeuren zoals uitgedrukt in het positieve recht.³⁴

18. Waar rechtstoepassingsgelijkheid focust op gelijkenissen, legt gevalsrechtvaardigheid de nadruk op verschillpunten.³⁵ Een rechtvaardige behandeling van een concreet geval kan namelijk vereisen om de specifieke omstandigheden ervan in rekening te brengen. Het type waartoe dat concrete geval initieel leek te behoren, is dan niet passend en een afwijking van de bijbehorende norm is aangewezen. De erkenning van een significant verschilpunt leidt tot de creatie van een nieuw type en dus ook een nieuwe norm.³⁶ Gevalsrechtvaardigheid nastreven impliceert dat rechtsontwikkeling autonoom is waar nodig. Voor zover de voorkeuren van de wetgever geen of onvoldoende rekening houden met de specifieke en significante omstandigheden van het geval, dringt een afwijkende keuze zich op.³⁷

19. Doordat rechtstoepassingsgelijkheid en gevalsrechtvaardigheid elkaar beïnvloeden, vergt rechtsontwikkeling een moeilijke evenwichtsoefening. Streven naar meer rechtstoepassingsgelijkheid vergt de opoffering van meer unieke

³¹ Over het spanningsveld tussen beide: BYDLINSKI F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer-Verlag, 1982, 364-365.

³² Benaming geïnspireerd op het Duitse *Rechtsanwendungs-gleichheit* (zie bv. MÖLLERS T.M.J., *Juristische Methodenlehre*, C.H. Beck, 2025, 18, nr. 44.) en verkozen boven ‘gelijkheidsbeginsel’ vanwege haar meer sprekende karakter.

³³ De termen ‘heteronoom’ en ‘autonoom’ (zie *infra*) zijn ontleend aan: WIARDA G.J., *Drie typen van rechtsvinding*, Tjeenk Willink, 1999, 13-15.

³⁴ LARENZ en CANARIS spreken in dit verband van *Gezetsimmananten Rechtsfortbildung*: LARENZ K. en CANARIS C.-W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, 1995, 191 e.v.

³⁵ Ook ‘billijkheid’ genoemd. Zie bv. BYDLINSKI F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer-Verlag, 1982, 364.

³⁶ BYDLINSKI F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer-Verlag, 1982, 348-350. BYDLINSKI vat het hier uitgesplitste streven naar rechtsgelijkheid en gevalsrechtvaardigheid evenwel samen tot een ‘verbod op willekeurige afwijking van een algemene rechtsnorm’.

³⁷ LARENZ en CANARIS pleiten in een dergelijk geval voor rechtsontwikkeling *extra legem*, maar *intra ius*. Zie: LARENZ K. en CANARIS C.-W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, 1995, 232 e.v.

omstandigheden van het geval. Hoe unieker een geval daarentegen wordt bevonden en dus hoe hoger gevalsrechtvaardigheid in het vaandel wordt gedragen, hoe minder bestaande rechtsregels toepasbaar zijn en hoe minder rechtstoepassingsgelijkheid kan worden gerealiseerd. Rechtsontwikkeling is dus een complex proces dat ernaar streeft zo heteronoom als mogelijk en zo autonoom als nodig te zijn.³⁸

C. Open rechtsontwikkeling

20. Enkel open communicatie over de wijze waarop het recht verder werd ontwikkeld, laat anderen toe om het resultaat ervan te evalueren en zelf aan te wenden bij de beslechting van toekomstige gevallen. Rechtszekerheid, begrepen als inzichtelijkheid³⁹, is met andere woorden een *conditio sine qua non* zonder dewelke fundamentele discussies over de mate waarin bij de beslechting van een gegeven geval een wenselijk evenwicht is bereikt tussen rechtstoepassingsgelijkheid en gevalsrechtvaardigheid onmogelijk zijn.

21. Voor open rechtsontwikkeling is het noodzakelijk het te beslechten probleem centraal te stellen en drie vragen expliciet te beantwoorden: wat, waarom en wanneer? Inzichtelijke rechtsontwikkeling maakt vooreerst duidelijk *wat* de implicaties zijn van het gevelde oordeel voor het voorliggende geval. Om te kunnen achterhalen welke gevallen daaraan gelijkaardig zijn, is bovendien het *waarom* van het oordeel pertinent. Dat waarom bevat de ‘schrage motieven’, de *ratio decidendi* of de beoordelingsmaatstaf van de beslissing en is het criterium in het licht waarvan de vergelijkbaarheid van toekomstige gevallen te beoordelen is. Elk appel op rechtstoepassingsgelijkheid gaat echter gepaard met een beroep op gevalsrechtvaardigheid. Het *wanneer* verduidelijkt daarom welke feitelijke elementen essentieel waren bij de totstandkoming van het waarom. In het licht daarvan is het eenvoudiger om bij toekomstige rechtsontwikkeling te bepalen in welke mate een nieuw geval daarvan significant verschilt.

IV. VERHULLENDE RECHTSONTWIKKELING IN HET OORSPRONKELIJKE AFSTAMMINGSRECHT

22. In het oorspronkelijke afstammingsrecht gebeurt rechtsontwikkeling op een verhullende manier.⁴⁰ Zowel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het

³⁸ Uitspraak ontleend aan PEERAER F., *Rechtsvinding*, syllabus, Universiteit Gent, 2024, 30-31, nrs. 53-54. Voor een voorstel van stappenplan daartoe, zie: MÖLLERS T.M.J., *Juristische Methodenlehre*, C.H. Beck, 2025, 509-557.

³⁹ Slechts een van de vele facetten van rechtszekerheid. Zie bv. BYDLINSKI F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer-Verlag, 1982, 325-329.

⁴⁰ Geïnspireerd op VRANKENS ‘Verhullend Argumenteren’: VRANKEN J.B.M., ‘Algemeen Deel. Een vervolg’, *Mr. C. Assers’s handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Kluwer, 2005, 28-47.

Hof van Cassatie als in de doctrine ontbreekt namelijk essentiële informatie om het wat, waarom en wanneer te kunnen vatten van de neergeschreven rechtsopvattingen, zijnde stellingen over hoe de inhoud van het positieve recht luidt of behoort te luiden. Die verhulling is het resultaat van een te ver doorgedreven aanwending van begripsdenken bij de beoordeling van conflicten waarvoor het positieve recht niet alle antwoorden bevat. Hoewel rechtsontwikkeling in die gevallen noodzakelijk is, blijft het constructieproces grotendeels onuitgesproken en worden de gemaakte keuzes niet openlijk toegelicht. De nadelen daarvan zijn van diverse aard.

A. Het bezit van staat

23. De saga over het bezit van staat is een eerste voorbeeld van verhullende conflictbeslechting in het oorspronkelijke afstammingsrecht. Het verhaal begint met arrest nr. 20/2011 van het Grondwettelijk Hof dat is gevelde naar aanleiding van een conflict waarin de juridische vader zijn afstammingsband wil verbreken met het kind van zijn ex-echtgenote nu een DNA-onderzoek aantoonde dat hij geen genetische band met dat kind heeft.⁴¹ Volgens de verwijzende rechter is de betwisting naar Belgisch recht ontoelaatbaar, omdat de juridische vader en het kind bezit van staat hebben t.a.v. elkaar (art. 318, § 1 oud BW).

24. Het Grondwettelijk Hof moest oordelen over de verenigbaarheid daarvan met artikel 22 van de Grondwet en besluit uiteindelijk tot een ongrondwettigheid. Volgens het Hof zijn de bescherming van de rust der families, de rechtszekerheid van de familiale banden en het belang van het kind legitieme doelstellingen in het licht waarvan de wetgever mag beletten dat een juridische afstammingsband in vraag wordt gesteld.⁴² De mate waarin bestaande juridische afstammingsbanden worden beschermd, is evenwel onredelijk. Immers:

*“(...) door het ‘bezit van staat’ als een absolute grond van niet-ontvankelijkheid van de vordering tot betwisting van het vermoeden van vaderschap in te stellen, heeft de wetgever de socio-affectieve werkelijkheid (...) steeds laten prevaleren op de biologische werkelijkheid. Door die absolute grond van niet-ontvankelijkheid wordt de echtgenoot van de moeder die te goeder trouw het socio-affectieve vaderschap heeft opgenomen, op absolute wijze uitgesloten van de mogelijkheid om zijn vaderschap te betwisten omdat zijn handelen te goeder trouw precies heeft bijgedragen tot de totstandkoming van de feiten die de criteria uitmaken van het bezit van staat. Aldus bestaat voor de rechter geen enkele mogelijkheid om rekening te houden met de belangen van alle betrokken partijen. Een dergelijke maatregel is (...) niet bestaanbaar met artikel 22 van de Grondwet.”*⁴³

⁴¹ GwH 3 februari 2011, 20/2011, 3.

⁴² *Ibid.*, 11, overw. B.9.

⁴³ *Ibid.*, 10-11, overw. B.10.

25. Varianten op dit oordeel werden later door het Hof uitgesproken in verschillende andere feitelijke contexten. In arrest nr. 29/2013 en nr. 96/2013 wil de (vermeende) genetische vader het juridisch ouderschap van de erkenner beëindigen en het zijne vaststellen.⁴⁴ In arrest nr. 105/2013 is opnieuw sprake van een genetische vader die het juridisch ouderschap wil bekomen. Ditmaal niet ten nadele van de erkenner, maar wel van de ex-echtgenoot van de moeder.⁴⁵ Arrest nr. 147/2013 is gelijkaardig aan de context van arrest nr. 20/2011 met het verschil dat de ex-echtgenoot vooroverleden is en zijn erfgenamen de betwistingsvordering inleiden.⁴⁶ In arrest nr. 127/2014 en nr. 35/2015 wil de erkenner, heel gelijkaardig aan de situatie in arrest nr. 20/2011, zijn juridisch vaderschap beëindigen, omdat hij niet de genetische vader van zijn juridisch kind is.⁴⁷ In arrest nr. 168/2015 wil een minderjarig kind — bij monde van diens voogd *ad hoc* — het juridisch vaderschap van de niet-genetisch verwante erkenner betwisten en laten vestigen ten aanzien van een andere man die het socioaffectieve vaderschap reeds heeft opgenomen.⁴⁸ In arrest nr. 18/2016 tot slot, wil een meerderjarig kind het juridisch vaderschap van de niet-genetisch verwante echtgenoot betwisten om daarna een procedure tot vaststelling van het juridisch vaderschap van de genetische vader in te leiden.⁴⁹

26. De formulering van het oordeel in die arresten verschilt van het oordeel uit arrest nr. 20/2011 naargelang daarin wel of geen specifieke feitelijke omstandigheden aan bod komen.⁵⁰ De versie waarin die vermeldingen ontbreken, luidt als volgt:

“De rust der families en de rechtszekerheid van de familiale banden, enerzijds, en het belang van het kind, anderzijds, zijn legitieme doelstellingen waarvan de wetgever kan uitgaan om een onbeperkte mogelijkheid tot betwisting van het vermoeden van vaderschap te verhinderen. In dat opzicht is het pertinent om de biologische werkelijkheid niet a priori te laten prevaleren op de socioaffectieve werkelijkheid van het vaderschap.

Door het ‘bezit van staat’ als absolute grond van niet-ontvankelijkheid van de vordering tot betwisting van het vermoeden van vaderschap in te stellen, heeft de wetgever de socioaffectieve werkelijkheid van het vaderschap evenwel steeds laten prevaleren op de biologische werkelijkheid. Door die absolute grond van niet-ontvankelijkheid wordt [het kind/de echtgenoot/de erkenner/de

⁴⁴ GwH 7 maart 2013, 29/2013, 2 en GwH 9 juli 2013, 96/2013, 2-3.

⁴⁵ GwH 9 juli 2013, 105/2013, 2.

⁴⁶ GwH 7 november 2013, 147/2013, 3.

⁴⁷ GwH 19 september 2014, 127/2014, 3 en GwH 12 maart 2015, 35/2015, 3.

⁴⁸ GwH 26 november 2015, 168/2015, 2-3.

⁴⁹ GwH 3 februari 2016, 18/2016, 2.

⁵⁰ Die verwijzingen zijn wel te vinden in: GwH 3 februari 2011, 20/2011, 11-12, overw. B.10; GwH 19 september 2014, 127/2014, 10-11, overw. B.9.-10; GwH 12 maart 2015, 35/2015, 10-11, overw. B.9.-10; GwH 3 februari 2016, 18/2016, 16-17, overw. B.7.2.-3.

man die het vaderschap opeist] volledig de mogelijkheid ontnomen om het vermoeden van vaderschap te betwisten.

Aldus bestaat voor de rechter geen enkele mogelijkheid om rekening te houden met de belangen van alle betrokken partijen.

*Een dergelijke maatregel is onevenredig met de door de wetgever nagestreefde, legitieme doelstellingen, en derhalve niet bestaansbaar met artikel 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.”*⁵¹

27. In elk van deze arresten is nood aan rechtsontwikkeling. Ten eerste omdat het Grondwettelijk Hof de wettelijke rol van het bezit van staat telkens moet toetsen aan de artikelen 10, 11, 22 en 22bis Gw.⁵² Deze normen hebben een open karakter, waardoor het Hof zelf de concrete invulling ervan moet bepalen (*supra* nr. 13). Voor die invulling lijkt het Hof veelvuldig te verwijzen naar rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) (bv. ter invulling van het belang van het kind). In de doctrine is evenwel betwijfeld of het Hof die rechtspraak wel steeds adequaat naar de Belgische rechtscontext vertaalt. Volgens SWENNEN, VERSCHelden en WUYTS haalt het Grondwettelijk Hof EHRM-rechtspraak buiten haar context aan en wordt die rechtspraak verkeerd toegepast.⁵³ Volgens WUYTS heeft het Grondwettelijk Hof daarnaast te weinig oog voor zorgvuldigheid bij de beoordeling van het toepassingsgebied van artikel 8 EVRM die vereist om *in concreto* na te gaan of van familie- en gezinsleven sprake is tussen de betrokkenen, lijkt dat Hof geen rekening te houden met de genuanceerde oordelen van het EHRM, betreft dat Hof niet altijd de relevante EHRM-rechtspraak in zijn oordeel, gaat het Hof niet na over welke concrete appreciatiemarge de wetgever beschikt om een bepaald afstammingsconflict te regelen, vult het Grondwettelijk Hof soms zelf de appreciatiemarge van de wetgever in en volgt niet steeds uit de rechtspraak van het EHRM dat een belangenafweging *in concreto* mogelijk moet zijn.⁵⁴

Ten tweede is nood aan rechtsontwikkeling, omdat in conflicten zoals nr. 20/2011, waarin de juridische vader onterecht dacht de genetische vader van het kind te zijn, de toepassing van het wettelijke afstammingsrecht niet vanzelfsprekend is. Zowel de verwijzende rechters als het Grondwettelijk Hof menen dat de toepassing van

⁵¹ Te vinden in min of meer gelijklopende bewoordingen in: GwH 7 juli 2011, 122/2011, 9-10, overw. B.8; GwH 7 maart 2013, 29/2013, 10, overw. B.9-10; GwH 9 juli 2013, 96/2013, 10, overw. B.9-10; GwH 9 juli 2013, 105/2013, 9, overw. B.8-9; GwH 7 november 2013, 147/2013, 16, overw. B.17-18; GwH 26 november 2015, 168/2015, 10, overw. B.9-10.

⁵² GwH 7 februari 2019, 19/2019, 5, overw. B.2.1 en GwH 3 februari 2011, 20/2011, 9, overw. B.4.

⁵³ SWENNEN F., VERSCHelden G. en WUYTS T., ‘Afstammingsvorderingen van het kind: *nihil obstat?*’ (noot GwH 3 februari 2016, nr. 18/2016)’, *T.Fam.* 2016, 87, nr. 13.

⁵⁴ WUYTS T., ‘Het bezit van staat mag de betwisting van het juridische vaderschap niet op absolute wijze verhinderen (noot onder GwH 7 maart 2013, 29/2013; 9 juli 2013, 96/2013 en 9 juli 2013, 105/2013)’, *T.Fam.* 2013, 223-228.

artikel 318, § 1 oud BW (vermoeden van vaderschap) of artikel 330, § 1, eerste lid oud BW (vaderlijke erkenning) in dat geval leidt tot de afwijzing van de betwistingsvordering (*supra* nrs. 9 en 24). Daardoor nemen zij impliciet aan dat die wetsartikelen ook een uitspraak doen over de situatie waarin een juridische vader pas na geruime tijd de ontbrekende genetische band t.a.v. het kind ontdekt. Een blik op de parlementaire voorbereiding leert evenwel dat die typesituatie niet expliciet is besproken in Kamer of Senaat.⁵⁵ Die situatie was waarschijnlijk geen typegeval dat de wetgever voor ogen had bij de uitvaardiging van dat wetsartikel (*infra* nr. 12), waardoor het niet vanzelfsprekend is om die wetsbepalingen daarop toe te passen. De totstandkoming en vormgeving van een wetsbepaling is namelijk altijd ingegeven door de conflictsituaties waaraan de wetgever denkt bij de uitvaardiging ervan. Een wetsbepaling is dan de weergave van het oordeel dat de wetgever over die conflictsituaties heeft geveld. Hoewel, zoals het geval was voor het conflict dat aanleiding gaf tot arrest nr. 20/2011 van het Grondwettelijk Hof, een gegeven conflictsituatie dus in principe binnen het toepassingsgebied van een gegeven norm valt, impliceert dat niet dat de wetgever zich ook over dat conflict heeft uitgesproken.⁵⁶ De keuzes van de wetgever naar dergelijke gevallen uitbreiden, vergt extra keuzes van de rechter en deze keuzes zijn in het vermelde arrest niet expliciet geduid.

28. In geen van deze arresten is die nood aan rechtsontwikkeling openlijk geleverd. Het verhullende karakter ervan blijkt ten eerste uit het onduidelijke ‘wat’, *i.e.* de onduidelijke implicaties voor te beoordelen gevallen. Volgens deze arresten moet de familierechter bij zijn beoordeling rekening houden met de belangen van alle betrokken partijen. In de rechtspraak van het Hof van Cassatie en de doctrine wordt dat vereiste ingevuld als een verplichte rechterlijke belangenafweging *in concreto* (zie *infra*). Een belangenafweging uitvoeren is geenszins vanzelfsprekend en vergt verschillende keuzes. In de bovenvermelde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is echter geen informatie over de te maken keuzes terug te vinden.⁵⁷

29. Ook het ‘waarom’ van de rechtspraak is onduidelijk. De gebruikte beoordelingsmaatstaf is vooreerst meerduidig. Zo kan het ‘absolute karakter’ verwijzen naar zowel de verplichting om in elk te beoordelen geval na te gaan of bezit van staat voorhanden is als naar de vaststelling dat aan bewezen bezit van staat slechts één rechtsgevolg is gekoppeld en maatwerk dus niet mogelijk is. Het gebruikte

⁵⁵ Zie: Verslag 21 september 2005 namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.*, KAMER, 2004-2005, nr. 51-597/32; Verslag 1 juni 2006 namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.*, KAMER, 2005-2006, nr. 51-597/37; Verslag 10 mei 2006 namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.*, SENAAT, 2005-2006, nr. 3-1402/7.

⁵⁶ In de literatuur worden verschillende andere redenen geïdentificeerd waarom een rechtsregel niet gevolgd moet worden hoewel de toepassingsvoorwaarden ervan vervuld zijn (*i.e.* *defeasibility*). Zie bv. FETERIS E.T., *Fundamentals of Legal Argumentation. A survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Springer, 2017, 5-6.

⁵⁷ Zie VAN DRIESSCHE L., ‘De lokroep van de zeemeermin: onduidelijkheden bij de belangenafweging in een procedure tot betwisting van vaderschap (noot onder Cass. 7 april 2022)’, *T.Fam.* 2023, 20 e.v., nr. 26 e.v.

criterium is ook onderspecifiek. Waarom het (meerdere) absolute karakter van het bezit van staat ‘te’ absoluut is, komt niet duidelijk naar voren. Uit bepaalde rechtspraak over de vervaltermijnregeling blijkt alvast dat beide mogelijke betekenissen van het ‘absolute karakter’ geen voldoende verklaring bieden. De grondwettig bevonden korte vervaltermijnen zijn namelijk evengoed altijd te beoordelen en het verstrijken ervan leidt ook slechts tot één rechtsgevolg.⁵⁸

30. Doordat het Grondwettelijk Hof soms wel en soms niet vermeldt in welke specifieke omstandigheden de toepassing van de wettelijke rol van het bezit van staat ongrondwettig is, zijn, tot slot, meerdere interpretaties mogelijk van het ‘wanneer’ van de rechtsopvatting. Zo is het mogelijk te betogen dat die rechtspraak enkel geldt ter beoordeling van gevallen waarin de specifieke omstandigheden voorkwamen die ook door het Grondwettelijk Hof zijn vermeld. Onder verwijzing naar de arresten waarin geen specifieke omstandigheden worden vermeld beargumenteren dat de rechtspraak van dat Hof een algemene, context-onafhankelijke draagwijdte heeft, is evenzeer mogelijk.

31. Het verhullende karakter van deze rechtspraak heeft diverse nadelen. Hoe meer verhullend een rechtsopvatting en de bijbehorende motivering is, hoe eenvoudiger het is om divergerende interpretaties aan die rechtsopvatting toe te schrijven. Dit fenomeen is bijvoorbeeld zichtbaar in de weelde aan opvattingen in de doctrine over de rol van het bezit van staat in afstammingsrechtelijke betwistingsprocedures na de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Volgens een eerste strekking behoudt het bezit van staat zijn wettelijke rol als ontvankelijkheidsvereiste, maar moet tot een uitzondering kunnen worden besloten.⁵⁹ Met het bezit van staat heeft de wetgever de bestaande afstammingsband willen beschermen⁶⁰ en in principe geniet deze bescherming. Tijdens de belangenafweging moet de feitenrechter evenwel nagaan of (legitieme) redenen bestaan om van die bescherming af te wijken.⁶¹

⁵⁸ Zie GwH 17 oktober 2013, 139/2013; GwH 9 oktober 2014, 145/2014; GwH 2 juni 2016, 87/2016; en GwH 21 november 2024, 138/2024.

⁵⁹ Bv. MATHIEU G., *Droit de la famille*, Larcier-Intersentia, 2024, 384-387, nr. 502; SENAËVE P., DECLERCK Ch. en WUYTS T., *Compendium van het personen- en familierecht*, Acco, 2025, 261, nr. 761; SWENNEN F., *Het personen- en familierecht. Een benadering in context*, Intersentia, 2023, 467-68, nr. 684 en 490-91, nr. 715; VERSCHULDEN G., *Handboek Belgisch personen-, familie- en relatievermogensrecht*, die Keure, 2025, 142-144, nrs. 288-290.

⁶⁰ Uitgedrukt met de termen ‘familievrede’, ‘rechtszekerheid’ en ‘bescherming van de gezinscel’. Zie SALOMEZ L., ‘Bezit van staat en het Hof van Cassatie (noot onder Cass. 7 april 2017)’, *RW* 2017-2018, 944, nr. 12. Zie ook: WUYTS T., ‘Het bezit van staat als absolute grond van niet-ontvankelijkheid bij betwisting van de afstamming strijdig met het recht op eerbiediging van het privéleven (noot onder GwH 3 februari 2011, 20/2011)’, *T.Fam.* 2011, 66, nr. 8; SWENNEN F., ‘Afstamming en Grondwettelijk Hof’, *RW* 2011-2012, 1103, nr. 3, derde en vierde alinea (deze auteur bespreekt in deze bijdrage enkel de arresten nrs. 20/2011 en 122/2011).

⁶¹ SWENNEN haalt in dit verband de onzekerheid van de biologische waarheid, het al dan niet verspreken zijn van vorderingstermijnen, de periode tussen kennisname van de biologische waarheid en de instelling van de vordering aan als relevante elementen (SWENNEN F., ‘Afstamming en Grondwettelijk Hof’, *RW* 2011-2012, 1106, nr. 10, vijfde alinea) en de situatie waarin het bezit van staat geplaagd wordt

Volgens een tweede strekking moet de familierechter vandaag een algehele belangenafweging uitvoeren. De familierechter moet *in concreto* nagaan of de socioaffectieve realiteit — beschermd door het bezit van staat — op de biologische realiteit mag voorgaan.⁶² De bestaande afstammingsband geniet volgens deze strekking geen principiële bescherming.⁶³ Er moet dus niet worden gezocht naar uitzonderingen op de principiële niet-ontvankelijkheid van de betwistingsvordering bij bewezen bezit van staat. Als antwoord op de vraag hoe zo'n open afweging moet gebeuren, stelt deze strekking dat het niet verstandig is om krachtlijnen of criteria te willen ontdekken.⁶⁴ In plaats daarvan zal rechtspraakanalyse duidelijk maken welke recurrente feiten het oordeel van de rechter schragen.⁶⁵

32. Door de verhulling kan die rechtspraak, ten tweede, niet dienen als interpretatief handvat. Zo heeft het Hof van Cassatie in een arrest van 26 mei 2023 geoordeeld over het moment waarop een familierechter die bezit van staat bewezen acht, de conflicterende belangen moet afwegen. Volgens dat Hof en onder verwijzing naar bovenvermelde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof mag die afweging plaatsvinden bij de beoordeling van *hetzij* de ontvankelijkheid, *hetzij* de gegrondheid van de betwistingsvordering.⁶⁶ Of de woordgroep 'hetzij ... hetzij ...' inclusief dan wel exclusief begrepen moet worden, hangt af van het 'waarom' van het cassatieoordeel. Dat aspect is evenwel verhuuld. Een alternatieve manier om een keuze tussen de inclusieve en exclusieve betekenis te maken, is door terug te grijpen naar de in het cassatiearrest aangehaalde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Uit het cassatiearrest lijkt namelijk te volgen dat het Hof van Cassatie in lijn met die rechtspraak wil oordelen. De interpretatie die in lijn ligt met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, is dan waarschijnlijk de door het Hof van Cassatie bedoelde interpretatie. Aangezien de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof evenwel zelf verhuullend is, kan ze niet als handvat fungeren om dergelijke keuzes te maken.⁶⁷

33. Een derde nadeel heeft te maken met perceptie. De interpretaties in de rechtsleer van verhullende rechtsopvattingen kunnen soms verregaande implicaties hebben. Wanneer die interpretatie invloedrijk is in de rechtspraktijk, kan de perceptie ontstaan dat ze de bedoeling van de originele auteur weerspiegelt en kan

door een wilsgebrek (SWENNEN F., *Het personen- en familierecht. Een benadering in context*, Intersentia, 2023, 467-68, nr. 684). Voor een overzicht van redenen aanvaard in de rechtspraak, zie: VERSCHULDEN G., *Handboek Belgisch personen-, familie- en relatievermogensrecht*, die Keure, 2025, 144, nr. 290.

⁶² LELEU Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 2020, 585-86, nr. 621.

⁶³ Het bezit van staat is wel een "marqueur" d'une éventuelle convergence d'intérêts vers la famille légale" (LELEU Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 2020, 584, nr. 620).

⁶⁴ *Ibid.*, 595-96, nr. 621-7.

⁶⁵ *Ibid.*, 595-96, nr. 621-7.

⁶⁶ Cass. (1e k.) 26 mei 2023, C.22.0456.N, *T.Fam.* 2024, 205, noot VAN DRIESSCHE L.

⁶⁷ Voor een analyse: VAN DRIESSCHE L., 'Zin en onzin van het onderscheid tussen de ontvankelijkheid en de gegrondheid van de vordering tot betwisting van vaderschap (noot onder Cass. 26 mei 2023)', *T.Fam.* 2024, 206-215.

ze daardoor het positieve recht ingrijpend wijzigen. Die perceptie moet evenwel altijd kritisch worden benaderd. Immers, hoe vager de originele rechtsopvatting, hoe minder richting daarin te vinden is, hoe meer keuzes een interpretator zelf moet maken en hoe groter de onzekerheid dat de gemaakte keuzes de bedoeling weerspiegelen van de auteur(s) van die rechtsopvatting.

Een toepassing hiervan is bijvoorbeeld te maken in verband met de doctrinestrekking die meent dat uit de bovenvermelde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof volgt dat dat Hof in het oorspronkelijke afstammingsrecht wil overstappen van een wettenrecht naar een rechtersrecht.⁶⁸ De implicaties van die interpretatie zijn best verregaand. Die interpretatie berust namelijk op het uitgangspunt dat de wetgever weinig tot geen algemene keuzes kan maken ter beoordeling van afstammingsrechtelijke conflicten, omdat elk concreet conflict té uniek is. Enkel via de uitvaardiging van open normen en een rechterlijke belangenafweging *in concreto* kan een billijke oplossing worden bereikt.⁶⁹ Rechtstoepassingsgelijkheid maakt met andere woorden plaats voor meer of misschien zelfs absolute gevalsrechtvaardigheid. Dat uitgangspunt impliceert evenwel een uitholling van de organieke wetgevende macht en kan de indruk doen ontstaan dat het vereiste van een belangenafweging *in concreto* een vrijgeleide voor de rechter is om in afwachting van een wetgevende hervorming volledig autonoom te oordelen. Zou dat werkelijk in lijn zijn met de bedoeling van het Grondwettelijk Hof? Is het werkelijk diens bedoeling een andere staatsmacht in die mate te beletten haar functie uit te voeren?

B. Exogene medisch-begeleide voortplanting

34. Een tweede voorbeeld van verholde rechtsontwikkeling is te vinden in arrest nr. 19/2019 van het Grondwettelijk Hof. Daarin oordeelt het Hof over de toelaatbaarheid om een juridische afstammingsband vast te stellen tussen een kind geconcipieerd met de zaadcel van derde en de vooroverleden wensvader. De erfgenamen van de wensvader willen die vaststelling verhinderen. Zij doen daarvoor een beroep op artikel 332*quinquies*, § 3 oud BW. Volgens dat artikel wordt de vaststelling van de afstammingsband geweigerd wanneer blijkt dat tussen het kind en de beweerde vader geen genetische band bestaat. De moeder van het kind daarentegen stelt dat de bewezen geachte intentie van de vooroverledene om met haar een kind te verwekken, voldoende is om de gerechtelijke vaststelling van diens juridisch ouderschap toe te laten.⁷⁰ De verwijzende rechter vraagt aan het

⁶⁸ Voor een overzicht van de aanhangers van een wettenrecht dan wel rechtersrecht: VAN DEN SANDE J., 'Naar een hervormd vaderschapsrecht', *TPR* 2022, 953-54, nr. 70. Voor een historische benadering zie: LELEU Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 2020, 545-551, nrs. 603 en 603-1.

⁶⁹ VAN DEN SANDE J., 'Naar een hervormd vaderschapsrecht', *TPR* 2022, 953-54, nr. 70, 996-97, nr. 159 (bezit van staat), 998-99, nr. 165 (belang van het kind) en 1009-10, nrs. 188-189 (samenvatting); LELEU Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Larcier, 2020, 548, nr. 603-1 en 550, tweede lid.

⁷⁰ GwH 7 februari 2019, 19/2019, 3.

Grondwettelijk Hof in welke mate de aangehaalde bepaling verenigbaar is met de Belgische Grondwet⁷¹ en dat Hof besluit uiteindelijk tot de toelaatbaarheid van dergelijke afstammingsband:

*“B.9.1. Uit hetgeen voorafgaat, vloeit voort dat de wetgever, wanneer hij de situatie van de kinderen die zijn geboren met behulp van een techniek van exogene medisch begeleide voortplanting beoogt, de vaststelling en het behoud van de afstammingsband ten aanzien van de wensouders mogelijk wil maken, niettegenstaande er geen biologische band bestaat.”*⁷²

35. Naast een toetsing aan een open norm, is in dit arrest sprake van een tweede leemte die rechtsontwikkeling noodzakelijk maakt: een afstemmingsconflict (*supra* nr. 11). Enerzijds speelt het vereiste van een genetische band met de kandidaat-juridische vader (*supra* nr. 9), anderzijds speelt ook artikel 56, eerste lid MBV-wet.⁷³ Volgens die rechtsregel spelen vanaf de inseminatie van de gedoneerde gameten de afstammingsregels uit het oud Burgerlijk Wetboek in het voordeel van de wensouders. Het toepassingsgebied van beide regels overlapt en uit begripsdenken volgt enkel dat de toepassing van de eerste regel leidt tot de weigering van de oorspronkelijke afstammingsband, terwijl de toepassing van de tweede regel leidt tot de vaststelling ervan.

36. Open rechtsontwikkeling zou vereisen dat het afstammingsprobleem expliciet wordt benoemd, dat de implicaties van de verschillende opties worden geduid en dat vervolgens daartussen een beargumenteerde keuze wordt gemaakt. In het arrest poneert het Grondwettelijk Hof enkel dat “(...) *het volstaat vast te stellen dat de wetgever de wensafstamming heeft willen doen primeren op de genetische afstamming, wanneer de verwekking van het kind voortvloeit uit de toepassing van een techniek van medisch begeleide voortplanting zoals [beoogd door de MBV-wet]*”⁷⁴ om vervolgens uit die doelstelling de implicaties voor de beoordeling van het voorliggende geval af te leiden. Het ‘wat’ van die keuze is dus duidelijk: de juridische afstammingsband mag tot stand komen t.o.v. de vooroverleden wensvader.

37. Het ‘waarom’ en ‘wanneer’ van die keuze blijven evenwel verhuuld. Waarom de bescherming van die doelstellingen in het voorliggende geval wenselijker is dan het doortrekken van artikel 332*quinquies*, § 3 oud BW, is niet weergegeven. Het ‘wanneer’ is onduidelijk, omdat het Grondwettelijk Hof geen expliciete uitspraak doet over de feitelijke omstandigheden die wel of niet cruciaal zijn, opdat een oorspronkelijke afstammingsband mag ontstaan ten aanzien van een wensouder.

⁷¹ *Ibid.*, 2.

⁷² *Ibid.*, 10, overw. B.9.1.

⁷³ Wet van 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten, *BS* 17 juli 2007.

⁷⁴ GwH 7 februari 2019, 19/2019, 9, overw. B.7.3.

Zo is in het geval dat aanleiding gaf tot dit arrest de wensouder van het mannelijke geslacht. In de *supra* aangehaalde passages van het arrest is evenwel enkel sprake van de algemene term ‘wensouder’. Volgt daaruit dat het geslacht van de wensouder niet relevant is in de rechtsopvatting van het Grondwettelijk Hof? Of zou het Hof toch bepaalde situaties in gedachten hebben, zoals enerzijds paren bestaande uit een vrouw en een man en anderzijds paren bestaande uit twee vrouwen en dus met uitsluiting van paren bestaande uit twee mannen? ⁷⁵

38. Een andere feitelijke omstandigheid waarvan de aanwezigheid van belang zou kunnen zijn, is de gebruikte techniek van medische begeleide voortplanting. In overweging B.7.3. verwijst het Hof specifiek naar de technieken die in de MBV-wet aan bod komen. In overweging B.9.1. ontbreekt die verwijzing. Impliceert die omis-sie dat de rechtsopvatting van het Grondwettelijk Hof geldt ongeacht of de techniek van exogene medische begeleide voortplanting is vermeld in de MBV-wet?

39. De verhuiling van het ‘waarom’ en het ‘wanneer’ heeft als nadeel dat de veralgemeenbaarheid van dit arrest naar andere gevallen vatbaar is voor significante interpretatieverschillen. Als in een nieuw geval een paar bestaande uit twee mannen voor de rechter staat of wanneer in een context van medisch begeleide voortplanting ook van een draagmoeder sprake is die al dan niet zelf een eikel ter beschikking stelt, biedt arrest nr. 19/2019 geen handvatten aan om de relevantie van die feiten te beoordelen. ⁷⁶ Op basis van dat arrest kan een familierechter beide richtingen uitgaan. Die rechter kan focussen op de algemeen verwoorde overwegingen uit het arrest en besluiten dat die feiten niet relevant zijn en het dictum analogisch toepassen. Die rechter kan ook nauwe aansluiting zoeken bij de specifiekere verwoorde overwegingen, besluiten dat die feiten wel relevant zijn en het dictum bijgevolg niet analogisch toepassen of een nieuwe prejudiciële vraag stellen.

V. ONTHULLENDE RECHTSONTWIKKELING VIA WAARDENDENKEN

40. Om recht op een meer open manier te ontwikkelen, is nood aan een alternatief voor begripsdenken dat explicieter is over het ‘wat’, ‘waarom’ en ‘wanneer’ van de gemaakte keuzes. Dat alternatief is waardendenken waarin openlijk wordt gecommuniceerd over de gewenste eindsituatie (het ‘wat’), de waarden die we daarmee willen nastreven (het ‘waarom’) en de typesituaties waarin die eindsituatie wenselijk is (het ‘wanneer’). ⁷⁷

⁷⁵ GwH 7 februari 2019, 19/2019, 7, overw. B.4.2.

⁷⁶ Zie inmiddels in de context van een gehuwde draagmoeder: GwH 30 maart 2023, 56/2023 en GwH 6 juli 2023, 109/2023 en de navolgende wijziging aan art. 318, § 4 oud BW.

⁷⁷ Geïnspireerd op LARENZ K. en CANARIS C.-W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, 1995, 36 e.v. Waardendenken is een uitloper van de Duitse *Wertungsjurisprudenz*. Voor een inleiding: BYDLINSKI F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer-Verlag, 1982, 113-139.

A. Waarden als inspiratie voor rechtsregels

41. Ter beslechting van een gegeven conflict bestaan altijd verschillende mogelijke eindsituaties. Om daarin een keuze te maken, is een beoordelingscriterium noodzakelijk. Een heel gangbaar criterium is de doelstelling die via de oplossing voor dat gegeven geschil wordt nagestreefd.⁷⁸ Die doelstelling kan verschillende vormen aannemen en gaat terug op waarden.⁷⁹ Waarden berusten op persoonlijke overtuigingen, zijn concrete benamingen voor wat wenselijk wordt geacht en door middel van de gekozen eindsituatie wordt nagestreefd.

42. Waarden zijn cruciale bouwstenen in juridisch denken, omdat ze de inhoud van het recht inspireren.⁸⁰ Rechtsregels zijn dan de instrumenten die uiting geven aan de waarden die een maatschappij doorslaggevend acht. Zo kan het behoud van een juridische afstammingsband bijvoorbeeld ingegeven zijn door de wens om het sociaal-feitelijk gezinsleven te beschermen.⁸¹ De beëindiging ervan kan ten dienste staan van genetische primauteit.⁸² In onze rechtscultuur is het daarom jammer dat de waarden waarop een rechtsregel berust, veelal niet in de formulering ervan tot uitdrukking komen.⁸³ In die formulering staan de interacties tussen verschillende rechtsconcepten centraal en de achterliggende waarden moeten op basis daarvan veelal zelf worden samengepuzzeld.

43. Artikel 315 oud BW leent zich als voorbeeld. Volgens de loutere bewoording ervan heeft het kind dat geboren is tijdens of binnen 300 dagen na ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk, de echtgenoot van de moeder als juridische vader. Dat artikel bevat dus het aanknopingspunt op basis waarvan een specifieke man aan een welbepaald kind wordt gelinkt. De waarde die schuilgaat achter dat wetsartikel, is niet expliciet in de wettekst verduidelijkt. Daarom moeten we zelf mogelijke achterliggende waarden bedenken en vervolgens op basis van de gebruikte rechtsconcepten aftoetsen welke daarvan het meest overtuigend is. De betekenis van het wetsartikel is namelijk waarden-afhankelijk en niet elke betekenis is verzoenbaar met de aanwezige rechtsconcepten.

44. Een eerste mogelijke waarde is ouderlijke verantwoordelijkheid: elke persoon die doelbewust een juridische ouderrol opneemt, kan daar later niet meer aan ontsnappen. Het huwelijk is in het licht van die waarden een indicator van dat engagement. Elke persoon die toestemt in een huwelijk met een persoon van het

⁷⁸ RÖHL K.F. en RÖHL H.Ch., *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, Carl Heymans, 2008, 277.

⁷⁹ Over de verhouding tussen waarden en doelen: *ibid.*, 272-273.

⁸⁰ In zelfde zin: STAAKE M., *Werte und Normen*, Nomos, 2016, 19.

⁸¹ *I.e.* de overtuiging dat feitelijk-beleefde gezinsbanden een essentieel onderdeel zijn van iemands leven en de mogelijkheid tot ontwikkeling en behoud ervan daarom bescherming behoort te genieten.

⁸² *I.e.* de overtuiging dat de genetische verwekker(s) van een kind ook bij voorrang het juridisch ouderschap mag opnemen.

⁸³ Zie ook: LARENZ K. en CANARIS C.-W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, 1995, 36.

vrouwelijke geslacht wordt onweerlegbaar geacht ook de ouderlijke verantwoordelijkheid op te willen nemen ten aanzien van de kinderen van wie zij bevalt. Een alternatieve waarde is de genetische primauteit: de genetische verwekker heeft het recht en soms ook de plicht om het juridisch ouderschap op te nemen t.a.v. diens genetische nakomelingen. In het licht van die waarde is het huwelijk een indicator voor vermoede genetische verwantschap.

45. Aangezien het juridisch vaderschap van de echtgenoot automatisch vast komt te staan, moeten we kijken naar de regels over de betwisting ervan om na te gaan welke van die twee waarden het meest overtuigend is. Een lezing van artikel 318 oud BW leert dan dat de eerste interpretatie waarschijnlijk niet opgaat omdat de juridische vader zijn juridisch ouderschap mag betwisten wanneer hij niet genetisch met het kind verwant is (§ 3, eerste lid) en geen toestemming tot medisch-begeleide voortplanting heeft gegeven (§ 4). Zowel de afwezigheid van die genetische band als de afwezigheid van die toestemming zou niet relevant zijn als het huwelijk een onweerlegbaar vermoeden zou zijn van de opname van (toekomstig) ouderlijk engagement.

B. Rechtsregels als complexe waardenevenwichten

46. Bij de beslechting van een gegeven conflict spelen meestal meerdere waarden mee. Wanneer de bescherming van die waarden wijzen naar andere eindsituaties, conflicteren die waarden met elkaar. Omdat waarden per definitie waardevol worden geacht, is het moeilijk de ene waarde volledig voor de andere op te offeren. In plaats daarvan is het mogelijk te moduleren in welke omstandigheden de ene dan wel de andere waarde voorrang krijgt. Een dergelijke evenwichtsoefening resulteert in een geheel van rechtsregels waarin verschillende rechtsconcepten met elkaar interageren. Elk van die rechtsconcepten staat ten dienste van een waarde en samen geven zij uitdrukking aan een complex waardenevenwicht.⁸⁴

47. In artikel 318 oud BW zijn bijvoorbeeld diverse rechtsconcepten te ontwaren: het bezit van staat, de vorderingsgerechtigde personen, de vervaltermijnregeling en het vereiste van een afwezige genetische band. De achterliggende waarden zijn divers. Zo willen we de juridische vader die denkt de genetische vader te zijn, in principe niet verplichten een juridische ouderrol te blijven uitvoeren wanneer die genetische band afwezig is (§3, eerste lid). Daarnaast willen we het kind beschermen door het twee juridische ouders te geven en te beletten die banden zomaar te beëindigen (§ 1 en § 2). Ook willen we de genetische vader de mogelijkheid geven de juridische ouderrol op te nemen (§ 2 en § 5). Verder willen we de socioaffectieve en wensvaders die bewust het juridisch ouderschap

⁸⁴ Geïnspireerd op: RÖHL K.F. en RÖHL H.Ch., *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, Carl Heymans, 2008, 281-282.

hebben opgenomen, beschermen tegen de wensen van anderen om die ouderrol op te eisen en tegelijk beletten die rol naast zich neer te leggen wanneer het hen uitkomt (§ 1 en § 2).

48. Nu het wettelijke afstammingsrecht niet expliciet is over de achterliggende waarden (*supra* nr. 42 e.v.), is het niet verbazend dat het gewenste evenwicht daartussen ook niet altijd even inzichtelijk is. Als bijvoorbeeld zowel het bezit van staat als de vervaltermijnregeling dienstdoet om de afstammingsband van de socioaffectieve vader te beschermen tegen een betwistingsvordering door de genetische vader⁸⁵, is het vreemd om eerst het respecteren van de termijn en pas daarna het bezit van staat te toetsen.⁸⁶ Waarom zou namelijk een verstreken termijn de vordering moeten beletten wanneer uit de toetsing van het bezit van staat zou blijken dat van socioaffectief vaderschap geen sprake is?⁸⁷ In het geval van een vordering door de juridische vader zelf kan de bescherming van het kind daar voor iets tussen zitten. Die verklaring gaat evenwel niet op in 2-in-1-procedures waar altijd een nieuwe kandidaat-vader klaarstaat.

C. Open analogische rechtsontwikkeling via waarden

49. Wanneer de achterliggende waarden, de typesituatie waarin ze conflicteren en het gewenste waardenevenwicht waarop een rechtsregel berust duidelijk zijn, helpen ze om op een inzichtelijke, navolgbare en bekritiseerbare wijze aan rechtsontwikkeling te doen. Bovendien geven die waarden sturing om in nieuwe gevallen recht te ontwikkelen dat zo heteronoom als mogelijk en slechts zo autonoom als nodig is (*supra* nr. 19).

50. Stel dat een vrouw na een relatiebreuk met haar partner diens genetisch materiaal steelt uit het medisch centrum dat hen begeleidde bij een vruchtbaarheidsproblematiek en daarmee bij zichzelf een kind verwekt. Een familierechter moet vervolgens oordelen of de gerechtelijke vaststelling van juridisch vaderschap, ingeleid door die vrouw, toelaatbaar is. Via begripsdenken botst die familierechter al snel op moeilijkheden. De ex-partner is de genetische vader (art. 324, tweede lid oud BW). De vaderlijke afstammingsband vaststellen, wringt evenwel met de juridische intuïtie van de familierechter waardoor die een waardengerichte bril opzet. Vanuit dat perspectief bekeken, is snel duidelijk dat sprake is van een leemte in het recht. Bij de uitvaardiging van de artikelen 324 en 332*quinquies* oud BW had de wetgever het voorliggende geval waarschijnlijk niet in gedachten

⁸⁵ Zie Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.*, KAMER, 2004-2005, nr. 51-597/32, 31.

⁸⁶ Deze beoordelingsvolgorde volgt niet uit de wet, maar is wel zichtbaar in de rechtspraak. Bv. Antwerpen 8 februari 2022, *RW* 2022-2023, 379-382.

⁸⁷ Dezelfde vraag werd opgeroepen bij de voorbereiding van de afstammingswet van 2006: Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.*, KAMER, 2004-2005, nr. 51-597/32, 65.

renvoi
interne

waardoor nood is aan rechtsontwikkeling.⁸⁸ Om het recht zo heteronoom mogelijk te ontwikkelen en dus zoveel rechtstoepassingsgelijkheid als mogelijk na te streven, gaat de rechter na of ergens in het positieve oorspronkelijke afstammingsrecht het waardenconflict uit het voorliggende geval aan bod komt en, indien ja, of het daartussen gecreëerde evenwicht analogisch toepasbaar is in het voorliggende geval.

51. Het voorliggende geval is een context waarin volgens de familierechter een kind wordt verwekt tegen de wensen in van een van de genetische ouders. Die schending van iemands persoonlijke autonomie (*i.e.* de verwekking van een kind is zonder toestemming gebeurd van een persoon wiens genetisch materiaal werd gebruikt) komt in conflict met de wens om de opvoeding en het onderhoud van kinderen te verzekeren en de primauteit van genetische ouderschapsbanden. Dat waardenconflict komt ook aan bod in de artikelen 329*bis*, § 2, vijfde lid en 332*quinquies*, § 4 oud BW. Wanneer een kind is verwekt na verkrachting van de moeder, mag de erkenning niet plaatsvinden en heeft zij een vetorecht tegen de vaststelling van het juridisch vaderschap van de dader-genetische vader. De keuze van de ouder-slachtoffer zal met andere woorden bepalen hoe dat waardenconflict in een concreet geval opgelost zal worden. Weigert de moeder de vaststelling, dan wordt de bescherming van het kind via een dubbele afstammingsband en de primauteit van genetische banden daarvoor opgeofferd.

52. Aangezien dat wetsartikel een uitspraak doet over dat waardenconflict, is het, in lijn met het principe van rechtstoepassingsgelijkheid, aangewezen dat antwoord te transplanteren naar de beoordeling van het voorliggende geval en ditmaal de ex-partner dat vetorecht te geven. De hamvraag is evenwel of de omstandigheden van het voorliggende geval significante verschillen vertonen ten aanzien van de situatie beslecht in artikel 332*quinquies*, § 4 oud BW. Feiten zijn significant verschillend wanneer ze appelleren aan een waarde die niet in beide gevallen in het gedrang komt. In lijn met het principe van gevalsrechtvaardigheid is het dan noodzakelijk die situaties anders te behandelen door een nieuw waardenevenwicht te creëren.

53. Een zo'n waarde is de bescherming van de lichamelijke integriteit. In het geval van artikel 332*quinquies*, § 4 oud BW is de lichamelijke integriteit van de moeder vanzelfsprekend aangetast. In het voorliggende geval lijkt dat minder het geval te zijn. De vervolgvraag is of dat verschil significant is in het licht van de eventuele toekenning van een vetorecht aan de ex-partner. Die keuze moet de familierechter autonoom maken. Als die familierechter oordeelt dat het essentiële element uit artikel 332*quinquies*, § 4 oud BW de aantasting van de persoonlijke autonomie is, dan zal het vetorecht analogisch worden toegekend. Wordt de

⁸⁸ *Idem*, voetnoot 58.

aantasting van de lichamelijke integriteit de doorslaggevende waarde bevonden, dan zal de analogische transplantatie niet doorgaan en moet de familierechter verder op zoek naar de rechtsgevolgen die wel behoren in te treden.

54. Of de familierechter de ‘correcte’ waarden heeft geïdentificeerd en alle relevante rechtsregels in acht heeft genomen, is minder relevant dan de openheid die tijdens het rechtsvindingsproces aan de dag is gelegd. Door diens keuzes expliciet te maken en te beargumenteren, moeten anderen niet raden naar het wat, waarom en wanneer van diens beslissing. Andere rechters krijgen op die manier meer inzicht in het gedachtenproces van hun collega’s en kunnen door de explicitering van de geïdentificeerde waarden waar nodig eenvoudiger en op beargumenteerde wijze een divergerend oordeel vellen. Bovendien zijn rechtsgeleerden in staat over die keuzes te reflecteren, ze in doctrinebijdragen vanuit verschillende perspectieven kritisch te belichten en al doende het maatschappelijk debat aan te zwengelen over de rechtsvragen die deze rechter op diens bord kreeg.

VI. EEN WEG VOORUIT

55. Nu gebleken is dat waarden en de typesituatie waarin ze met elkaar conflicteren, essentieel zijn om het recht openlijk te ontwikkelen, volgt daar niet uit dat begripsdenken overbodig is. Daarnaast is rechterlijke rechtsvinding niet het enige domein waarin waardendenken vruchten kan afwerpen. Ook in juridisch onderzoek, bijvoorbeeld ter voorbereiding van een hervorming van het oorspronkelijke afstammingsrecht, heeft het zijn nut.

A. Evenwicht tussen begrips- en waardendenken in rechtsvinding

56. Hoewel begrips- en waardendenken *supra* als alternatieven zijn opgevoerd, zijn het beide essentiële vormen van conflictbeslechting die twee polen binnen een eeuwig dilemma vertolken. De extreme variant van begripsdenken waarin wordt gemeend dat een rechtssstelsel volledig *ex ante* kan worden bepaald, vertolkt het streven naar rechtstoepassingsgelijkheid. De extreme variant van waardendenken waarin elk conflict volledig uniek is, personifieert absolute gevalsrechtvaardigheid. Doorheen de geschiedenis aan discussies over recht(svinding) is een pendelbeweging tussen beide polen waar te nemen waarbij soms de ene, dan weer de andere het zwaartepunt vormt.⁸⁹ De weg vooruit naar meer inzichtelijk recht en dus meer rechtszekerheid bestaat erin die pendelbeweging niet aan te wakkeren, maar het conflict zoveel als mogelijk te ontmijnen.

⁸⁹ Zie RÜCKERT J., “‘Vom freirecht’ zur freien ‘Wertungsjurisprudenz’ — eine Geschichte voller Legenden”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung* 2008, 201.

57. Begrips- en waardendenken zijn namelijk geen alternatieven, maar complementen met een eigen toepassingsgebied. Begripsdenken schittert in duidelijke gevallen waarvan de beoordeling kan volstaan uit de loutere toepassing van het positieve recht.⁹⁰ Waardendenken treedt dan weer op de voorgrond wanneer rechtsontwikkeling noodzakelijk is.⁹¹ De moeilijkheid is natuurlijk om te bepalen wanneer sprake is van een leemte in het recht (*supra* nr. 16). Die discussie openlijk voeren bij de beslechting van concrete conflicten, is m.i. veel wenselijker dan in het algemeen te debatteren over de nood aan meer rechtstoepassingsgelijkheid dan wel gevalsrechtvaardigheid. Voor zover die discussie plaatsvindt los van de beoordeling van een concreet conflict, kan ze weinig zoden aan de dijk brengen.

B. Nood aan waarden-expliciterend onderzoek in het oorspronkelijke afstammingsrecht

58. Waarden inspireren niet alleen de keuzes tijdens rechterlijke rechtsvinding, maar telkens wanneer een waardering noodzakelijk is. Een open debat over welke waarden we in welke feitelijke context willen nastreven, is daarom even noodzakelijk voor een constructief hervormingsdebat over de toekomst van het oorspronkelijke afstammingsrecht.⁹² Op vandaag worden evenwel zowel in de rechtspraak als in de doctrine de discussies over het oorspronkelijke afstammingsrecht voornamelijk gevoerd bij monde van de rechtsconcepten die erin centraal staan. De typesituaties, de waarden die daarin worden nagestreefd en de gewenste waardenevenwichten zijn nog verhuuld.

59. Wanneer we als juristen en juridische onderzoekers echter willen bijdragen aan maatschappelijke discussies zoals de hervorming van het oorspronkelijke afstammingsrecht, dan moeten we proberen die achterliggende waarden meer te expliciteren. Die waarden expliciteren is allerminst eenvoudig. Hoewel elke rechtsopvatting — en dat ongeacht zij afkomstig is van de wetgever, het Grondwettelijk Hof, het Hof van Cassatie, andere rechters of doctrine — teruggaat op waarden, zijn wij als juristen vooral getraind om onze waarderingen uit te drukken aan de hand van onze vaktaal. Die vaktaal zit vol rechtsconcepten en is veelal

⁹⁰ In die zin: BYDLINSKI F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Springer-Verlag, 1982, 113.

⁹¹ Een andere manier om hun respectievelijke toepassingsgebied te omschrijven, is aan de hand van het Duitse onderscheid tussen *Begriffskern* (domein van loutere rechtstoepassing) en *Begriffshof* (domein van rechtsontwikkeling). Zie bv. RÖHL K.F. en RÖHL H.Ch., *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, Carl Heymans, 2008, 33-35.

⁹² In gelijkaardige zin kwam MASSAGER al in 2011 tot de vaststelling dat de arresten van het Grondwettelijk Hof inzake afstamming het gevolg zijn van een gebrek aan vooruitziendheid en durf bij de toenmalige wetgever om nieuwe, door de grondrechten geïnspireerde waarden in het afstammingsrecht te introduceren. Die wetgever verkoos echter om met overgeleverde rechtsconcepten zoals het bezit van staat en oude waarden als rechtszekerheid het afstammingsrecht bij te sturen om de toenmalige ongrondwettigheden weg te werken. Zie: MASSAGER N., 'La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation', *Act.dr.fam.* 2011, 131-133.

niet expliciet over de onderliggende waarden en de feitelijke context waarin ze met elkaar conflicteren.

60. Niettemin is het mogelijk om elkaar te helpen door te zoeken naar de mogelijke achterliggende waarden, vertrekkende van rechtsopvattingen die zijn uitgedrukt aan de hand van die vaktaal. In dergelijk waarden-expliciterend juridisch onderzoek is de juridische onderzoeker iemand die probeert de waardeoordelen van anderen, zoals het Grondwettelijk Hof, in kaart te brengen in plaats van zelf een standpunt over de (wenselijke) inhoud van het positieve recht in te nemen.⁹³ Dergelijk onderzoek is een nuttige voorstap om vervolgens in het licht daarvan de houdbaarheid van de wettelijke keuzes uit 2006 te beoordelen en mogelijke pistes voor een eventuele hervorming van het oorspronkelijke afstammingsrecht te identificeren.⁹⁴ Om mogelijke achterliggende waarden te expliciteren, bestaan verschillende technieken. De weergave en bespreking ervan is voer voor een volgende bijdrage.⁹⁵

CONCLUSIE

61. Het doel van deze bijdrage bestond erin om juristen (met interesse in het afstammingsrecht) attent te maken op de meerwaarde die open communicatie over waarden kan hebben tijdens het rechtsvindingsproces. Daartoe kwam eerst een bespreking van begripsdenken aan bod: een denkwijze waarbij juristen aan de hand van bestaande rechtsconcepten proberen om de aan hen voorgelegde (afstammings-)conflicten te beslechten. Daarbij is gebleken dat begripsdenken bijzonder waardevol is om rechtstoepassingsgelijkheid te promoten, maar niet ideaal is wanneer de nood bestaat om het positieve recht verder te ontwikkelen. In dergelijke gevallen is waardendenken aangewezen: een denkwijze waarbij juristen op zoek gaan naar de waarden die schuilgaan in de keuzes die wetgever wel heeft gemaakt, om vervolgens openlijk na te gaan in welke mate deze ook navolging verdienen in conflicten waarover de wetgever zich nog niet expliciet heeft uitgesproken en waar dus sprake is van een leemte in het positieve recht. De voordelen van waardendenken reiken evenwel verder dan rechtsvinding. Het wettelijke oorspronkelijke afstammingsrecht is toe aan een

⁹³ CANARIS spreekt in dat verband over rechtswetenschap als de studie van ‘het juist begrijpen’ eerder dan ‘het juist handelen’: CANARIS C.-W., *Systemdenken und Systembegriff*, Duncker & Humblot, 1983, 147-149.

⁹⁴ De auteur bereidt hierover een proefschrift voor aan de UGent onder begeleiding van de professoren Gerd VERSCHOLDEN en Frederik PEERAER.

⁹⁵ De voorbeelden uit deel IV zullen daarin de leidraad vormen. Voor een illustratie hoe waarden-expliciterend onderzoek toelaat vervolgens de houdbaarheid van het klassieke onderscheid tussen de ontvankelijkheid en de gegrondheid van een betwistingsprocedure te beoordelen: VAN DRIESSE L., ‘Zin en onzin van het onderscheid tussen de ontvankelijkheid en de gegrondheid van de vordering tot betwisting van vaderschap (noot onder Cass. 26 mei 2023)’, *T.Fam.* 2024, 206-215.

diepgaande hervorming en een kwalitatief parlementair debat is enkel mogelijk wanneer duidelijkheid bestaat over de waarden (het waarom) die het Grondwettelijk Hof met zijn rechtspraak nastreeft en de typesituaties waarin die waarden worden nagestreefd (het wanneer). Om die duidelijkheid te scheppen, is nood aan waarden-expliciterend juridisch onderzoek, een methode waarover het laatste woord nog niet is gezegd.