

November, 2017

Recht is geen wetenschap.
Rechtswetenschap bestaat daarom
niet minder

Serge Gutwirth

*Bijdrage verschenen in het
Nieuw Juridisch Weekblad, 2017, nr. 369, 670-685*

-

Verwijs alleen naar de gepubliceerde versie aub

Recht is geen wetenschap. Rechtswetenschap bestaat daarom niet minder¹.

Serge Gutwirth

1. De rechtswetenschap moet wel bestaan, maar hoe herken je die ?

1. Een blik op de bepalingen van de Vlaamse Codex Hoger Onderwijs volstaat om vast te stellen dat het academisch onderwijs aan de universiteiten gekarakteriseerd is doordat het in wetenschappelijk onderzoek is ingebed en moet leiden tot de vorming van nieuwe wetenschappers. Dat er rechtsfaculteiten zijn, impliceert dan ook dat de rechtswetenschap *moet* bestaan: juridische opleidingen aan de universiteit dienen weliswaar toekomstige advocaten, rechters, notarissen en bedrijfsjuristen voort te brengen, maar in elk geval ook autonome rechtswetenschappers.

2. Minder duidelijk is echter wat rechtswetenschappelijk is en wat niet. En dat is zeker geen retorische vraag. Integendeel blijkt de inzet ervan zeer reëel wanneer onderzoeksgelden in het kader van outputfinanciering moeten worden verdeeld tussen universiteiten, faculteiten, vakgroepen en zelfs individuele wetenschappers.² Publicaties van juristen worden in deze oefening immers gemakkelijk van tafel geveegd wegens “niet wetenschappelijk” omdat ze niet “scoren” op de gangbare bibliometrische criteria van het *Web of Science* (het “Wos”, geproduceerd door de beursgenoteerde multinational Thomson Reuters). Boeken, hoofdstukken in boeken, bijdragen in een andere taal dan het Engels, tijdschriften die zich niet alleen aan de wetenschappelijke *peers*, maar ook aan de rechtspractici adresseren, ze

¹ Voorliggende bijdrage is een op de Vlaamse situatie toegespitste en verder geactualiseerde bewerking van S. GUTWIRTH, “Le droit n’est pas une science, mais la science juridique existe bel et bien” in G. AZZARIA, (ed.), *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique*, Editions Yvon Blais/Thomson Reuters, 2016, 1-38 “Le droit n’est pas une science, mais la science juridique existe bel et bien”.

² Dit is meteen een antwoord op de vraag gesteld in de titel van B. VANGEEBERGEN & D. VANDAELE, “Is de studie van het recht een wetenschap en wie kan het wat schelen?”, *RW* 2008-09, 986-994.

tellen niet mee want ze beantwoorden niet aan de selectiecriteria van de bibliometrische rekenkunde die vanuit de “harde” en sommige “sociale” wetenschappen op de juridische discipline werd toepasselijk verklaard.^{3 4}

Tegenover deze “imperialistische” transplantatie van een elders bedacht meetinstrument, staat echter de al even problematische en omgekeerde autarkische visie van vele juristen: recht zou als dusdanig en zonder meer al wetenschap zijn. M.a.w. zou elke bijdrage of handeling van een jurist “in functie”, ongeacht de vorm daarvan (conclusie, pleidooi, arrest, commentaar of artikel), meteen ook wetenschappelijk van aard zijn ...⁵ Hoe verkeerd die stelling ook zal blijken te zijn (infra), ze is in elk geval onaanvaardbaar in de harde academische concurrentie over de verdeling van schaarse onderzoeksmiddelen over de disciplines en vakgroepen heen ; ze zou de rechtsfaculteiten immers een volstrekt inacceptabel voordeel geven. Net als een gebouwde brug geen ingenieurswetenschap is, is een conclusie van een advocaat geen rechtswetenschap.

3. Met de invoering van het Vlaams Academisch Bibliografisch Bestand voor de Sociale en Humane Wetenschappen (VABB) werd, althans wat betreft de interuniversitaire verdeling van onderzoeksmiddelen in Vlaanderen, een betekenisvolle stap gezet.⁶ Het VABB maakt, in principe uitsluitend in het kader van de (output)financiering van het hoger onderwijs⁷, het onderscheid tussen “meetellende”, dus wetenschappelijk geachte, en “niet-meetellende”, dus niet-wetenschappelijk geachte publicaties van Vlaamse onderzoekers verbonden aan universiteiten en hogescholen in de sociale wetenschappen en *humanities*.⁸

³ Voor alle duidelijkheid: in het “Wos” zijn een 140-tal tijdschriften te vinden in de “law”-hoofding, maar het gaat voor het allergrootste deel om Amerikaanse of Engelse tijdschriften (en dus geen “internationale”) waarbij de *student law reviews* van Amerikaanse universiteiten ongeveer 1/4 van het aantal vertegenwoordigen.

⁴ Dat dit bibliometrisch model in de experimentele wetenschappen beter verdedigbaar is, maar om redenen die niet opgaan in de *humanities*, hebben we al elders uitgelegd : S. GUTWIRTH & J. CHRISTIAENS, “*It’s the science policy stupid !* Over wetenschapsfraude als bliksemafleider”, *Panopticon*, 2014.4, Vol. 25, 277-279.

⁵ Zo’n positie denk ik te kunnen lezen in F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg. Een op het positief recht gefundeerde theorie over de verantwoordelijkheid die de Belgische Staat draagt en opneemt voor de curatieve medische verzorging van zijn burgers*, Brussel, Larcier, 2015, 10-12. Hoekx, Vanhove en Verbeke stellen eenzelfde fenomeen kritisch vast wanneer zij schrijven dat er in de (Vlaamse) “juridische academische gemeenschap” te veel arrogantie is: “Elk schrijfsel in om het even welk blaadje mag als wetenschappelijk onderzoek op het CV palmares worden geplaatst”. Zij spreken eveneens van een “tendens om vakpublicaties en –lezingen te verheffen tot wetenschappelijk onderzoek”; N. HOEKX, K. VANHOVE & A. VERBEKE, “Yes we care! Bedenkingen over de (methode der) rechtswetenschap”, *RW* 2008-09, 1789. Grappig is wel hun verspreking wanneer zij schrijven: “De door het recht bestudeerde werkelijkheid zijn regels én gedrag dat samenhangt met die regels” (*ibid.*, 1785), want “het recht” zelf “bestudeert” natuurlijk niets, het zijn geïnteresseerden die dat doen, waaronder naast justitiwatchers en -amateurs, ook sociale wetenschappers, filosofen en ja, rechtswetenschappers.

⁶ Over het VABB zie <https://www.ecoom.be/nl/onderzoek/vabb-shw> en <http://www.vlir.be/content1.aspx?url=vabb-shw>. Tevens ook T. ENGELS, E. SPRUYT, W. GLANZEL & K. DEBACKERE, “Het Vlaams Academisch Bibliografisch Bestand voor de Sociale en Humane Wetenschappen: instrument ten dienste van een optimaal wetenschapsbeleid?”, *Tijdschrift voor Onderwijsrecht en Onderwijsbeleid (T.O.R.B.)*, *Themanummer Wetenschapsbeleid*, 2008-2009, 395-403.

⁷ Belangrijk is te benadrukken dat het VABB eigenlijk “louter een instrument (biedt) om onderzoeksmiddelen te verdelen tussen universiteiten. Het bestand is NIET geschikt om onderzoekers individueel, groepsmatig of disciplinair, en zeker niet crossdisciplinair, te vergelijken” (“Het VABB-SHW : de zesde versie”, via <https://www.ecoom.be/nl/vabb>). Het is evenwel duidelijk dat in het VABB in de praktijk dikwijls anders wordt gehanteerd dan het de bedoeling is, bijvoorbeeld door de Expertpanels SHW van het FWO, die het, als was het een WoS, toch gebruiken bij de evaluatie van individuele vorsers ...

⁸ En dit ongeacht de taal waarin ze gesteld zijn of de vorm die zij aannemen -tijdschriftartikelen, boeken, hoofdstukken in boeken, *editorships*, *proceedings* kunnen allemaal meetellen - waarmee al wordt komaf gemaakt met twee voor de *humanities* bijzonder benadelende en discriminerende parameters van het WoS.

Dit is in het kader van deze bijdrage pertinent omdat zodoende een verschil wordt gemaakt tussen juridische publicaties die wetenschappelijk worden geacht en niet.⁹

Om het onderscheid te maken worden in het VABB vijf criteria gehanteerd, waarvan de eerste vier door art. 4 BOF-besluit¹⁰ zijn bepaald :

“Om opgenomen te worden in het VABB-SHW moet een publicatie aan de volgende criteria als ondergrens voldoen :

1° publiek toegankelijk zijn;

2° op een ondubbelzinnige manier identificeerbaar zijn via een ISBN- of ISSN-nummer;

3° een bijdrage leveren aan de ontwikkeling van nieuwe inzichten of aan de toepassing ervan;

4° voor ze verschijnt beoordeeld zijn in een aantoonbaar peer-reviewproces door onafhankelijke wetenschappers die expert zijn in de betrokken (deel)discipline(s). Peer review moet uitgevoerd worden door een editorial board, door een vast leescomité, door externe referees of door een combinatie van die types. Daarbij moet minstens een inbreng zijn die extern is aan de onderzoeksgroep en die onafhankelijk is van de auteur(s). De peer review wordt niet door de auteur georganiseerd.”

Het Gezaghebbend Panel voegde hieraan nog toe dat de publicatie minstens vier pagina lang moet zijn om te lichte en weinig inspanning vragende bijdragen uit te sluiten.¹¹ Belangrijk is het te noteren dat die publicaties in het juridische gebied veel voorkomen, bijvoorbeeld als korte “noten” bij uitspraken of als “legislatieve actualiteiten” en deze optie geldt dus *de facto* als een “weging” van het grote absolute aantal juridische publicaties.

Uit de praktijk van het Gezaghebbend Panel mag worden afgeleid dat het vierde criterium doorweegt: voor de opname van een bijdrage in het VABB moet worden aangetoond dat die voorafgaand aan de publicatie onderworpen is geweest aan een “peer-review proces door onafhankelijke wetenschappers die expert zijn in de betrokken

⁹ Mark Van Hoecke gaat dan ook wat kort door de bocht wanneer hij stelt dat alle in het VABB opgenomen publicaties daardoor tot “A”-publicaties worden verheven (een benaming die in sommige instellingen – UGent, FWO - wordt gegeven aan wat de “top” van de wetenschappelijke publicaties wordt geacht te zijn); M. VAN HOECKE, “De evaluatie van rechtswetenschappelijk onderzoek”, *RW* 2014-15, 138. VABB-publicaties drukken iets anders uit: ze voldoen aan een “ondergrens” (art. 4 BOF-besluit, *infra*) en worden daardoor meegeteld wanneer het erop aankomt geld te verdelen tussen de Vlaamse universiteiten. Over de wenselijkheid van een verdere kwalitatieve rangschikking van soorten publicaties, met aanpassing van de gewichtswaarde van elke VABB-publicatie in functie daarvan, is er binnen het Gezaghebbend Panel nog discussie.

¹⁰ Besluit van 21 december 2012 van de Vlaamse Regering betreffende de financiering van de Bijzondere Onderzoeksfondsen aan de universiteiten in de Vlaamse Gemeenschap,

¹¹ Dit is natuurlijk niet erg overtuigend, want de verhouding tussen de lengte van een bijdrage en de inspanningen die ze vergt, laat staan tot haar wetenschappelijke kwaliteit, is natuurlijk niet principieel recht evenredig, maar men mag hopen dat ze in de meerderheid van gevallen wel enige grond heeft.

(deel)discipline(s)".¹² Andere wetenschappers uit dezelfde discipline – *peers* – moeten de bijdrage eerst hebben gewikt en gewogen, tegengesproken, op de proef gesteld en becommentarieerd, en daarna pas, eventueel, na herwerking van de eerste versie, het licht op groen hebben gezet voor de publicatie ervan.

Hiermee is echter nog niet gezegd wat kenschetsend is voor de *rechtswetenschap* want "peer review" is, zoals we verder nog zullen aankaarten, van *alle* wetenschappen.¹³ Die vraag blijft dus open, en meteen ook de vraag wat een rechtswetenschappelijke bijdrage onderscheidt van wetenschappelijke bijdragen in andere wetenschapsdisciplines.

4. In pogingen om de *rechtswetenschap* te kenschetsen wordt veelal teruggrepen naar abstracte epistemologische en/of methodologische criteria. Zo hebben Bart Vangeebergen en Dirk Vandaele gepoogd om de rechtswetenschap te karakteriseren op basis van het Popper's falsificationisme. De auteurs weten zelf dat die benadering niet erg overtuigend is omdat ze natuurlijk valt en staat met de geldigheid van de gebruikte epistemologische *benchmarks* en de epistemologie van Popper is dan ook betwist, zoals zij zelf ook uitdrukkelijk uitleggen met verwijzingen naar weer andere epistemologische perspectieven zoals die van de Frankfurter Schule, van Thomas Kuhn en van Paul Feyerabend.¹⁴ Daarom laten Vangeebergen en Vandaele de "epistemologieën" aan het einde van hun bijdrage uiteindelijk voor wat ze zijn en spitsen ze zich toe op de toepassing van "de (methodologische) consequenties van het (...) geschetste wetenschapsbeeld" in de rechtswetenschap.¹⁵ Hierop worden dan algemene methodologische recepten en praktijken (zoals het expliciteren van probleemstelling en – methode, transparantie, rationele argumentatie en *peer review*) getransponeerd in het juridisch gebied.

Op die manier wordt echter alles behalve voor- en vastgesteld wat nu juist kenschetsend is voor de juridische wetenschap, maar gebeurt net het tegendeel. Het enige dat zo kan worden getoond is immers dat wat wordt getoetst wetenschap is of niet, maar zonder dat aandacht wordt gegeven wat de *rechtswetenschap* onder de wetenschappen karakteriseert. Dat geldt ook, zoals Mark Van Hoecke vaststelt, voor het inroepen van andere algemene en abstracte parameters zoals "diepgang" en "originaliteit", maar *a fortiori* ook, zoals Van Hoecke dan weer zelf doet, indien de wetenschappelijkheid van de rechtswetenschap zou worden gekarakteriseerd door "internationaliteit", "multidisciplinariteit" of "interdisciplinariteit".¹⁶ Want ook dat werkt averechts. Eerder dan haar eigenheid in de verf te zetten, lost het de rechtswetenschap op in andere

¹² De andere meer inhoudelijke voorwaarde, met name dat het geschrift "een bijdrage (moet) leveren aan de ontwikkeling van nieuwe inzichten of aan de toepassing ervan", functioneert enkel marginaal omdat er bijna steeds kan gediscussieerd worden over de al dan niet vervulling ervan.

¹³ In het kader van het VABB is vooral de toerekening van publicaties aan een instelling van hoger onderwijs van belang, en dat gebeurt via de personeelsstatus van de auteur : een auteur werknemer van de een instelling zal voor die instelling "opbrengen". Hetzelfde geldt voor de bepaling van de disciplinaire aard van de ingediende publicatie : ook die hangt af van de affiliatie van de auteur bij een faculteit of vakgroep. Dat betekent dat publicaties van een socioloog die in een rechtsfaculteit is aangesteld, voor de subsidieberekeningen, aan deze faculteit zullen worden toegerekend.

¹⁴ B. VANGEEBERGEN & D. VANDAELE, "Is de studie van het recht een wetenschap en wie kan het wat schelen ?", *RW* 2008-09, 986-994. Zelf heb ik een kritische analyse gemaakt van verschillende epistemologische visies, waaronder de hierboven genoemde, en ze allemaal problematisch bevonden, juist omdat zij door hun algemeenheid weinig van doen hebben met hoe wetenschap *de facto* bedreven wordt: S. GUTWIRTH, *Waarheidsaanspraken in recht en wetenschap. Een onderzoek naar de verhouding tussen recht en wetenschap met bijzondere illustraties uit het informatierecht*, Antwerpen/Brussel, MAKLU/VUBPRESS, 1993, 89-176

¹⁵ B. VANGEEBERGEN & D. VANDAELE, *ibid.*, 991

¹⁶ M. VAN HOECKE, "De evaluatie van rechtswetenschappelijk onderzoek", *RW* 2014-15, 140.

wetenschapsdomeinen (sociologie, politicologie, psychologie of historiografie, of in filosofie, ethiek, politiek of economie).¹⁷

5. Onze vraag is dus nog steeds onbeantwoord. Hoe kunnen we de eigenheid van de rechtswetenschap wèl duiden, als zowel het hanteren van algemene epistemologische theorieën als van abstracte methodologische criteria alleen maar afstevenen op de conclusie dat de rechtswetenschap al dan niet, veel of weinig voldoet aan *hun* vereisten.¹⁸ Dat toont in elk geval *niet* wat we zoeken, met name de specificiteit en eigenheid van de rechtswetenschap.

Kortom, veeleer dan de vraag naar de eigenheid van de rechtswetenschap te benaderen vanuit theoretische of abstracte omschrijvingen van wetenschap en van recht (met als triviaal refrein “recht is normatief en behelst waarden/wetenschap is descriptief en behelst feiten”) lijkt het aangewezen om te *focussen op de concrete manier waarop wetenschap en recht worden bedreven en geproduceerd*. In de hedendaagse benadering van de *science studies* is deze omslag verworven: de wegen van de abstracte epistemologie werden verlaten voor een zoektocht naar de eigenheid van wetenschap juist in de bijzondere vereisten waaraan het handelen moet voldoen om als wetenschappelijk gekarakteriseerd te worden. In de juridische sfeer staat zo’n aanpak nog in de kinderschoenen, maar er is ter zake toch al belangrijk verkennend werk geleverd.¹⁹

Vanuit het voorgestelde perspectief worden recht en wetenschap benaderd als praktijken²⁰ (of bestaansmodi²¹) die elk gekarakteriseerd zijn door een eigen set “verplichtingen” of *constraints* waaraan juristen en wetenschappers zich respectievelijk dienen te houden. M.a.w. bestaan zij dankzij een eigen “enunciatieregime” dat respectievelijk toelaat uit te maken wat respectievelijk juridisch en wetenschappelijk, (on)waar en/of (on)geldig is.²² Wetenschappers noch juristen zijn “vrij” want beide praktijken

¹⁷ Cf. 27 jaar geleden, R. POSNER, “The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987”, *Harvard Law Review*, Vol. 100, 1987, 761-780.

¹⁸ Voegen we daaraan een belangrijk punt toe : indien bepaalde methodes op een bepaald ogenblik karakteristiek zijn in een discipline, dan betekent dat nog niet dat het volstaat om zich ernaar te schikken om die wetenschap te bedrijven; I. STENGERS & B. BENSUADE-VINCENT, *100 mots pour commencer à penser les sciences*, Les empêcheurs de penser en rond/Le Seuil, Paris, 2003, 244-245.

¹⁹ B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2002 318p.; S. GUTWIRTH, “Providing the missing link : law after Latour’s passage”, in K. McGEE (ed.), *Latour and the passage of law*, Edinburgh U.P., 2015, 122-159, S. GUTWIRTH, “Waarvan zijn de bronnen van het recht de bron ? Van het recht natuurlijk ! Een kort essay over twee manieren om het recht te denken” in M.C. FOLETS, M. HILDEBRANDT & J. STEENBERGEN, *Liber Amicorum René Foqué*, Larcier/Boom Juridische Uitgevers, Gent, 2011, 593-614, P. EWICK & S. SILBEY, *The common place of law. Stories from everyday life*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1998, 336 p. en N. VAN DIJK, *Grounds of the Immaterial. A Conflict-Based Approach to Intellectual Rights*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham. Forthcoming July 2017.

²⁰ “Praktijken” in de zin die Isabelle Stengers daaraan geeft : I. STENGERS, *Cosmopolitiques. Tome 1. La guerre des sciences*, Paris, La découverte/Les empêcheurs de penser en rond, 1996 ; I. STENGERS, *Cosmopolitiques. Tome 7. Pour en finir avec la tolérance*, Paris, La découverte/Les empêcheurs de penser en rond, 1997 en I. STENGERS, “Une pratique cosmopolitique du droit est-elle possible ?” (entretien avec Laurent de Sutter), *Pratiques cosmopolitiques du droit, Cosmopolitiques. Cahiers théoriques pour l’écologie politique*, n° 8, Paris, L’Aube, 2004.

²¹ Over bestaansmodi of *modes d’existence*: zie B. LATOUR, *Enquête sur les modes d’existence. Une anthropologie des Modernes*, Paris, La Découverte, 2012, 498 p. (Engelse vertaling bij Harvard U.P.) en I. STENGERS, & B. LATOUR “Le sphinx de l’œuvre » in E. SOURIAU, *Les différents modes d’existence suivi De l’œuvre à faire*, Paris, PUF, 2009, 1-75.

²² B. LATOUR, *La fabrique du droit, o.c.*, 318 p.; B. LATOUR, *Un monde pluriel mais commun. Entretiens avec François Ewald*, Paris, Editions de l’Aube, 2003, 66 p.; B. LATOUR, “Note brève sur l’écologie du droit saisie comme énonciation” in Fr. AUDREN & L. DE SUTTER (eds.), *Pratiques cosmopolitiques du droit*,

veronderstellen dat wordt gehandeld krachtens specifieke vereisten en verwachtingen. Sterker zelfs, het is precies en alleen wanneer die *constraints* worden gerespecteerd dat iemand jurist, respectievelijk wetenschapper wordt en in die hoedanigheid productief en creatief kan zijn.²³

Het voorgaande gaat overigens niet alleen op voor recht en wetenschap, maar ook voor bijvoorbeeld economie, politiek, techniek, religie, organisatie of zelfs fictie.²⁴ Alle bestaansmodi zijn singulier en onherleidbaar tot elkaar, met als gevolg dat stellingnamen die voorhouden dat recht “maar” een emanatie is van economie, of dat wetenschap “niets anders” is dan sociale conventies, of nog, dat de wetenschappelijke waarheid de politiek of het recht transcendeert en onderwerpt, *categorisch fout* zijn. De veelheid van praktijken en waarheidsregimes tekent een plurale wereld waarin veel verschillende registers, modi en “sleutels” naast en door elkaar aan het werk zijn, en die elk anders bepalen wat (on)waar of (on)juist is.

Het voorgaande neemt niet weg dat recht, wetenschap en politiek als praktijken van onze samenleving, sterk verweven zijn, maar dit steeds zonder dat ze helemaal in elkaar opgaan. Met maatschappelijke praktijken als recht, wetenschap, politiek en moraal moet dus worden *gecomponeerd*, rekening houdende met hun singulariteit en verschillen. Als ze elkaar treffen of kruisen ontstaan geen homogene versmeltingen maar heterogene legeringen, articulaties of imbroglios.²⁵ Een “snelheidsdrempel” is vanuit dit oogpunt zowel wetenschappelijk, technisch, organisationeel, politiek als juridisch, waarin alle respectievelijke regimes evenwel onderscheidbaar blijven.²⁶

Hier ligt dan ook de sleutel om de vraag die in deze bijdrage aan de orde is – *wat is kenschetsend en onderscheidend voor de rechtswetenschap?* – te beantwoorden. Wat brengt de kruising tussen de twee singuliere praktijken recht en wetenschap voort? Welke vormen kan deze ontmoeting of dit knooppunt aannemen? Die vragen vergen dat in het vervolg stapsgewijs wordt stilgestaan eerst bij wetenschap als praktijk, dan bij recht als praktijk, en tenslotte bij hun kruisingen, waarbij de “rechtswetenschap” vanzelfsprekend boven komt drijven.

Cosmopolitiques, Cahiers théoriques pour l'écologie politique, n° 8, Paris, L'Aube, 2004, 34-40. Cf. G. SIMONDON, “Du mode d'existence des objets techniques” (nouvelle édition revue et corrigée), Paris, Aubier, 2012 (1958), 367 p.

²³ Wanneer juristen in politiek of economisch beladen zaken worden gemobiliseerd, dan dreigen zij uit hun rol te vallen indien zij doen wat hen vanuit politiek of economisch oogpunt zou behagen, precies omdat zij als jurist gebonden zijn door de vereisten en geplogenheden die juristen kenschetsen en onderscheiden. Hetzelfde geldt ook voor wetenschappers: wanneer die politieke of economische standpunten innemen, spreken zij niet langer als wetenschappers. Omgekeerd betekent dit dat aan wetenschap noch recht verwachtingen kunnen gehecht worden die zij door hun eigenheid onmogelijk kunnen inlossen: het recht dient niet om de rouw van het slachtoffer te bevorderen, noch om de democratie te garanderen; de wetenschap kan de politiek en het nemen van beslissingen niet vervangen.

²⁴ Voor een breed panorama, zie B. LATOUR, *Enquête sur les modes d'existence*, o.c., 498p. Vgl. Cl. GEERTZ, ‘Local knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective’ in *Local knowledge. Further Essays in Interpretive Anthropology*, Basic Books, New York, 2002, 167-234.

²⁵ S. GUTWIRTH, “Composer avec du droit, des sciences et le mode technique: une exploration” in D. LE METAYER (éd.) *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 24-42 en G. GONZALEZ FUSTER & S. GUTWIRTH, “Ethics, Law and Privacy: Disentangling Law from Ethics in Privacy Discourse”, *Proceedings of the 2014 IEEE International Symposium on Ethics in Science, Technology and Engineering*, Chicago, 2014 (ook via : http://works.bepress.com/serge_gutwirth/112)

²⁶ Dat wordt helemaal uitgelegd in S. GUTWIRTH, “Providing the missing link ...”, l.c., 145-147

II. Wetenschap: de collectieve productie van betrouwbare, geverifieerde, gerectificeerde en robuuste kennis.²⁷

6. Generisch kan wetenschap worden gekarakteriseerd als een collectieve praktijk die de productie van robuuste, geverifieerde, gerectificeerde en betrouwbare kennis nastreeft.²⁸ Twee aspecten zijn hierbij determinerend: de 'objectiteit' en de collectieve dimensie van de wetenschappelijke demarche.

7. Ten eerste dient de geproduceerde kennis te beantwoorden aan wat Latour de vereiste van 'objectiteit' noemt (in contrast met 'objectiviteit', een afstandelijke houding die Latour aan rechters toedicht (infra)).²⁹ Wetenschappelijke kennis is streng gebonden aan wat het bestudeerde de wetenschappers toelaat erover te zeggen: in laatste instantie bevestigt of invalideert het object zelf wat wetenschappers erover claimen.³⁰ *Idealiter* slagen wetenschappers erin het onderzochte zelf de macht te verlenen om te bepalen hoe het beschreven *moet* worden.

Gegeven de pluraliteit aan wetenschappen en de diversiteit aan werkwijzen en onderwerpen (het heelal, materie, getallen, cijfers, teksten, concepten, dieren, gemeenschappen, hersenen, gevoelens, sporen, etc.) wordt de *objectiteitsvereiste* begrijpelijkerwijs anders ingevuld naargelang van de discipline. Maar hoe onderling onderscheiden ook, steeds gaat het om een versie van *refereren aan het object*.

Zo leveren alleen de experimentele wetenschappen bewijs, en wel in zoverre dat ze "recalcitrante" of onverschillige objecten betreffen.³¹ Het hellend vlak bezorgt Galileï de macht om alle andere wetenschappers te doen aanvaarden dat het rollen en vallen van de knikker slechts op één manier geldig te beschrijven is: de knikker is een *témoign fiable*³²; onder dezelfde omstandigheden zal hij steeds hetzelfde doen.

Maar experimenten die op zulke wijze *bewijzen* zijn uitzonderlijk. Veel objecten gedragen zich niet als knikkers, precies omdat ze niet onverschillig kunnen zijn voor het dispositief waarin ze terecht komen, zoals bv. duiven, ratten en natuurlijk ook mensen. In die gevallen verwordt het experiment tot eenrichtingsverkeer of machtsuitoefening, want het creëert een keurslijf dat het bestudeerde beïnvloedt. Daarnaast zijn er tal van (complexere) fenomenen (zoals bv. klimaatwijziging) waarvoor een experimentele setting niet opgaat, omdat ze nooit in al hun aspecten in het laboratorium kunnen worden gebracht en gevat.³³

²⁷ In deze paragraaf wordt verder gewerkt, soms letterlijk, met teksten die reeds werden gepubliceerd. Zie in S. GUTWIRTH, "Composer avec du droit, des sciences et le mode technique: une exploration", *l.c.*, 24-42; S. GUTWIRTH & J. CHRISTIAENS, "It's the science policy stupid !", *l.c.*, 277-279 en S. GUTWIRTH & J. CHRISTIAENS, 'Reageren op problematisch wetenschappelijk gedrag voorbij de moralisering: een ander wetenschapsbeleid is mogelijk', *Tijdschrift over cultuur & criminaliteit*, 2015 (5) 1, 70-91. Vollediger voetnotenwerk is in deze publicaties te vinden.

²⁸ Met "generisch" wordt bedoeld dat deze omschrijving opgaat voor alle wetenschappen en dus ook, per definitie, voor de nog te omschrijven rechtswetenschap.

²⁹ Zie hierover in B. LATOUR, *La fabrique du droit*, *o.c.*, 207-257.

³⁰ I. STENGERS & B. BENSANDE-VINCENT, *100 mots ...*, *o.c.*, 154-155.

³¹ *Ibid.*, 335.

³² I. STENGERS, *L'invention des sciences modernes*, Paris, La Découverte, 1993, 208 p. en I. STENGERS, *Une autre science est possible ! Manifeste pour le ralentissement des sciences*. Paris : La découverte/Les empêchements de penser en rond, 2013, 125-127.

³³ M. CALLON, P. LASCOUMES & Y. BARTHE, *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Paris, Le Seuil, 2001, 358 p.

In de meeste wetenschappen wordt bijgevolg geen bewijs geleverd: de geproduceerde kennis wordt er op andere manieren robuust en betrouwbaar gemaakt, met grote onderlinge verschillen tussen experimentele, terrein-, empirische, sociale en interpretatieve wetenschappen (zoals de rechtswetenschap). Insistentie en consistentie van waarnemingen en/of interpretaties worden dan cruciale factoren.³⁴ Hier komen we op terug in randnummer 9.

8. Ten tweede is wetenschap steeds *collectief geproduceerde kennis*. De *peers* stellen de gedane voorstellen op de proef, en verifiëren, verbeteren, ontkennen of bevestigen die. Geraken ze het eens, dan gaat de controverse liggen en treedt er stabilisering op. Dan kan er van “feiten” gesproken worden (maar alleen zolang het duurt: tot een nieuwe ontwikkeling de bal weer aan het rollen brengt).³⁵ Individuele wetenschappers dragen steeds bij aan de dynamiek en productie van het collectief, terwijl de volgende stap van het onderzoek meteen ook afhankelijk is van de reactie van de competente *peers*.³⁶

Wetenschappers moeten hun handelen bijgevolg volledig transparant en controleerbaar maken teneinde de collega's toe te laten om hun werk te doen, wat op zijn beurt een fundamenteel wederzijds vertrouwen veronderstelt. Vanuit dit oogpunt is wetenschap bedrijven een samen handelen: de productie van wetenschappelijke kennis is een collectieve verantwoordelijkheid van al diegenen die door deze praktijk worden verenigd; zij is altijd cumulatief, incrementeel en gemeenschappelijk.³⁷

9. Het bestaan van generische, en dus aan alle wetenschappen gemeenschappelijke *constraints*, neemt niet weg dat er een grote diversiteit aan wetenschappen is. Naast experimentele wetenschappen bestaan er namelijk ook terreinwetenschappen, empirische/sociale wetenschappen en interpretatieve wetenschappen (*humanities*). Zelfs al gaat het steeds om wetenschappen, toch kan hun geldigheidsregime onderling sterk verschillen. De rechtswetenschap leunt op dat punt veel dichter aan bij de letteren, wijsbegeerte en historische wetenschappen, zeg maar, de *humanities*, dan bij de sociale of empirische wetenschappen, laat staan de experimentele of terreinwetenschappen.

III. Recht: stabilisering

III.a. Recht : normativiteit vs. stabilisering

³⁴ Meer hierover in S. GUTWIRTH & J. CHRISTIAENS, “*It’s the science policy stupid !, l.c.*”, § 3.

³⁵ B. LATOUR, *Wetenschap in actie*, Amsterdam, Bert Bakker, 1988, 348 p.; B. LATOUR, *L’espoir de Pandore. Pour une version réaliste de l’activité scientifique*, Paris, La Découverte, 2001, 347 p. en I. STENGERS, *Une autre science est possible !, o.c.*, 103-104.

³⁶ Zie o.m. K. POLANYI, “The republic of science : its political and economic theory”, *Minerva* 1, 1962 54-74, 1962, 54-55 en I. STENGERS, *Une autre science est possible !, o.c.*, 58.

³⁷ Zie reeds R.K. MERTON, “The normative structure of science”(1942) in *The sociology of science. Theoretical and empirical investigations*, N.W. STORER, (ed.), Chicago U.P., 1973, 267-278, die toen van het “communisme” van de wetenschappen sprak.

10. Wat maakt dat wij – westerlingen – een gebeuren spontaan herkennen als “juridisch”? Waaraan ligt het dat het juridische regime een zo sterke eigen “kleur” of “smaak” heeft? Wat doet iemand in een gesprek recht veren met de bedenking: “Oh, maar ja, nu ben je wel de juridische toer aan het opgaan”? Welnu, Bruno Latour heeft getoond dat het recht bij uitstek “getekend” is³⁸: niemand twijfelt eraan dat het recht bijzondere manieren van doen huldigt, noch dat het zijn eigen waarheid produceert (“res iudicata”, cf. infra). Ook het recht kan als praktijk op singuliere en generieke manier worden gekarakteriseerd.

Zoals ik reeds elders heb geschreven, wordt recht op twee verschillende manieren ingeroepen.³⁹ Enerzijds slaat “recht” op het abstracte geheel van uit de formele rechtsbronnen af te leiden bindende normen (d.i. recht als normativiteit of “axiomatisch recht”⁴⁰); terwijl het anderzijds ook wordt opgevat als een praktijk gericht op het anticiperen of het nemen van stabiliserende en onherroepelijke beslissingen (d.i. recht als productie van stabiliteit en oplossingen, of “topisch recht”). Aan de ene kant ligt de nadruk op de abstracte normen die uit de formele rechtsbronnen voortvloeien; aan de andere kant ligt ze op het bijzondere regime dat het nemen van concrete juridische beslissingen en het vastleggen van rechtsbetrekkingen mogelijk maakt. In het eerste geval predomineren de bindende en normatieve regels die voortgebracht worden door vooral politieke en organisatorische processen, en tot uiting komen via het werk van de wetgever(s), de inductieve analyse van reeds geproduceerde rechtspraak, de rechtsleer, de gewoonte en de billijkheid; in het tweede gaat het om de onderscheidende juridische modus waarmee feiten en rechtsbronnen worden verbonden teneinde gerechtelijke beslissingen te anticiperen of, in de rechtspraak zelf, te nemen.

“Axiomatisch recht” staat voor een vooraf bestaand abstract geheel van normen of een normatief kader waarnaar we ons dienen te schikken. “Topisch recht” is dan weer toegespitst op de concrete situatie waarin onzekerheid is gerezen over de pertinente rechtsbetrekkingen. Doorgaans wordt de vraag “Wat is recht?” beantwoord met een verwijzing naar de eerste versie van recht, terwijl de vraag “Wie zijn de juristen?” tot een opsomming leidt van al degenen die betrokken zijn bij de tweede versie van recht: rechters, magistraten, advocaten, gerechtsdeurwaarders, bedrijfsjuristen en notarissen, en dus de professionele rechtspractici, die allen dezelfde particuliere hermeneutiek als, zij het dan anticiperend, de rechter bedrijven.

11. Dat het recht vandaag de dag “quasi-unaniem”⁴¹ wordt opgevat vanuit het perspectief van de normativiteit – eerste versie – betekent nog niet dat deze toelaat om het recht correct te karakteriseren. Integendeel eigenlijk: ze doet het recht geen recht. Abstracte en algemene normen met een zekere bindende kracht zijn immers ook legio buiten de sfeer van de wetgeving en het recht (bv. ethiek, godsdienst, sport, techniek, gewoonte, taal, ...).

³⁸ B. LATOUR, *La fabrique du droit*, o.c., 318 p. en B. LATOUR, *Enquête sur les modes d'existence*, o.c., p. 66 et seq. en p. 357-379.

³⁹ Zie in S. GUTWIRTH, “Waarvan zijn de bronnen van het recht de bron? Van het recht natuurlijk! Een kort essay over twee manieren om het recht te denken” in M.C. FOLETS, M. HILDEBRANDT & J. STEENBERGEN, *Liber Amicorum René Foqué*, Larcier/Boom Juridische Uitgevers, Gent, 2011, 593-614; S. GUTWIRTH, ‘Le contexte du droit ce sont ses sources formelles et les faits et moyens qui exigent son intervention’, *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques – Droit en contexte*, 2013/70, 108-116; S. GUTWIRTH, “Providing the missing link: law after Latour's passage”, in K. McGEE (ed.), *Latour and the passage of law*, Edinburgh U.P., 2015, 122-159 en uiteraard, in de bijdrage vermeld in de eerste voetnoot.

⁴⁰ In navolging van Gilles Deleuze spreekt Laurent De Sutter van “axiomatisch” en “topisch” recht; L. DE SUTTER, (2009a), *Deleuze. La pratique du droit*, Paris, Michalon, collection Le bien commun, 2009, 124 p.

⁴¹ O. CAYLA, “La qualification ou la vérité du droit”, *Droits*, 18, 1993, 3.

Komt daarbij nog dat de formele bronnen waaruit die normen moeten worden afgeleid zelf voor een groot deel helemaal niet juridisch zijn: hun belangrijkste bron - de wetgeving en uitvoeringsbesluiten - is tenslotte het resultaat van politieke en organisationele processen die aan beleidskeuzes vorm geven. “Recht als een geheel van bindende normen” heeft dan ook weinig te maken met wat juristen werkelijk doen noch met wat wij, westerlingen, spontaan als juridisch herkennen. Juristen maken geen normen, neen, zij voeren bepaalde interpretatieve operaties uit waarbij de genoemde normen een *bron* zijn. Zoals de notie “rechtsbronnen” het overigens geheel correct uitdrukt, situeert de abstracte normativiteit zich derhalve per definitie *upstream* ten opzichte van het recht zelf.

III.b. Recht als stabiliserende praktijk

12. Veel meer dan een geheel van normen en regels is recht een beslissingspraktijk die de rechtsbronnen, en in het bijzonder de wetgeving, als verplichte ijk- en referentiepunten moet hanteren. De wijze waarop rechters werken is hiervan de uitdrukking: zij bedrijven die singuliere hermeneutische praktijk die een onzekere situatie - een “feitenconstellatie” die stabilisatie behoeft - verbindt met een geheel van formele rechtsbronnen, teneinde een beslissing te nemen die de onzekerheid wegneemt en vervangt door een stabiele, zekere en voortaan onaantastbare juridische band. Eens de rechter in een zaak in laatste instantie heeft gesteld dat het juridisch *zó* is, dan zal dat ook *zó* blijven. Of men dat lust of niet: *dát* is nu eenmaal de juridische waarheid. *Res iudicata pro veritate habetur*. Rechtszekerheid betekent dan ook in de eerste plaats dat er steeds een rechter voorhanden is die zekerheid of “waarheid” kan brengen.

Het werk van rechters is in die zin emblematisch voor de juridische praktijk want zij alleen beschikken over de macht om te beslissen, te trancheren en een einde te stellen aan de onzekerheid: zij, en zij alleen, brengen *closure*.⁴² Wat zij beslissen zal voor waarheid gelden, zelfs al staat het niemand aan ...

13. Het zijn natuurlijk niet alleen rechters en gerechtelijke instanties die recht bedrijven ; de rechtspraktijk is veel breder: het recht “passeert” elke keer wanneer een zaak wordt gevat door de juridische modus, ongeacht of de operaties door een professioneel jurist, een afgestudeerde in de rechten of eender wie anders worden gevoerd.⁴³ Iedereen kan het doen en we doen het allemaal als we een probleem dat ons aanbelangt proberen te analyseren in het licht van wat onze rechten zouden kunnen zijn, en dus in anticipatie van wat een rechter zou kunnen beslissen. Wordt jurist(e), diegene die opereert volgens de *constraints* van de juridische praktijk, die handelt in het regime of register van het recht.⁴⁴

⁴² Dat is ook de letterlijke betekenis van het Franse woord “arrêt” : het “arrest” dat door hogere rechters wordt “geveld”. Cf. M. HILDEBRANDT & S. GUTWIRTH, ‘Public Proof in Courts and Jury Trials: Relevant for participatory Technology Assessment?’, 2008, *Science, Technology and Human Values*, Vol. 33, 582-604.

⁴³ In die zin zou men kunnen stellen dat intelligente toestellen principieel ook juridisch zouden kunnen handelen, maar dan wel op voorwaarde dat ze de constraints van het juridische werk zouden kunnen respecteren, wat mij in elk geval bijzonder twijfelachtig lijkt.

⁴⁴ Cf. “Every time a person interprets some event in terms of legal concepts or terminology – whether to applaud or to criticize, whether to appropriate or to resist- legality is produced”, P. EWICK & S. SILBEY, *The common place of law*, o.c., 45 et “[On] ne peut parler juridiquement sans être juge”, Br. LATOUR, *La fabrique du droit*, o.c., 273. “(N)i une affaire n’est juridique, ni un phénomène n’est scientifique s’ils n’ont pas été non pas « abstraits » au sens cognitif mais « extraits » et « appareillés » sur le mode qui permet au droit de « passer » ou au

Het voorgaande betekent dat het recht het hele collectief doordrenkt, in de zin dat het ook buiten de ultieme tussenkomst van een rechter om kan “passeren”, maar dan in anticipatie van wat die in voorkomend geval zou beslissen. Daardoor ontstaan weliswaar stabiele verhoudingen buiten de rechter om, maar hun validiteit is altijd minstens theoretisch of “hangende” (vóór de steeds mogelijke tussenkomst van een daarvoor bevoegde gerechtelijke instantie). Dat wil overigens niet zeggen dat rechterlijke beslissingen niet met grote zekerheid kunnen worden geanticipeerd en bewerkstelligd (bv. door juridisch advies in te winnen of duidelijke contracten af te sluiten), maar nooit vloeien die lineair en onbemiddeld voort uit de rechtsbronnen: er is daarvoor steeds *werk* voor de boeg, met name *juridisch* werk.⁴⁵

14. De twee versies van recht – als normativiteit, of, als beslissingspraktijk – sluiten elkaar niet uit, maar ze zijn op elkaar gearticuleerd. Toch is het uitsluitend vanuit de tweede versie dat licht wordt geworpen op wat het recht van al het andere onderscheidt: recht als een hermeneutische praktijk die verhoudingen stabiliseert en verantwoordelijkheden toerekent, recht als steeds aanwezige laatste mogelijkheid om uit de onzekerheid te geraken.

15. Dat noopt tot een korte beschrijving van de juridische praktijk en de operaties en “waardeobjecten” die kenschetsend ervoor zijn.⁴⁶ Voorbeelden van typische juridische bewerkingen zijn het aanvoeren en evalueren van “middelen”, de “kwalificatie” en “subsumptie” van feiten, het onderscheiden (dikwijls in een dichotomisch perspectief) en het toerekenen (of imputeren) van daden, woorden, dingen en verantwoordelijkheden. Andere, door Latour geïdentificeerde kenmerken van het juridische regime van handelen zijn de volgende: de constructie van gelatenheid - *détachement* in het Frans - van de jurist ten aanzien de feiten ; het vooraf uitgestippelde procedurele en hermeneutische parcours dat de juristen verplicht te aarzelen, te overwegen en te heroverwegen, te wikken en wegen, en alle mogelijke interpretaties te verkennen ; en natuurlijk ook, als het om rechters gaat, de plicht om uiteindelijk te trancheren en een publiek en plechtig verdict uit te spreken. Steeds gaat een lange, dikwijls *on hold* gehouden weg met veel procedurele wissels en bifurcatiemomenten vooraf aan de rechtelijke uitspraak, die in contrast met het schuifelende eerdere traject, zelf als een bijl valt. Niet alleen, overigens, *moet* die beslissing vallen (anders zou er rechtsweigering zijn), maar ze zal stand houden, voor eens en altijd (*ne bis in idem*,

savoir d’« avancer »”; S. GUTWIRTH & I. STENGERS, “Le droit à l’épreuve de la résurgence des *commons*”, *Revue Juridique de l’Environnement*, 2016/1, 340. Men kan net hetzelfde zeggen over de « voetballer » : wordt voetballer eenieder die volgens de constraints van het voetbal handelt.

⁴⁵ Zulke onzekerheid met betrekking tot de uitkomst van de gerechtelijke interventie, zelfs indien ze marginaal is omdat de anticipatie ervan zeer precies kan zijn, drukt desalniettemin het constitutioneel beginsel van de onafhankelijkheid van de rechtelijke macht en de *checks and balances* uit , of, m.a.w. de onmogelijkheid voor de machthebber van het moment om het recht volledig te instrumentaliseren. Kan de wetgever zelfs zeer precies de te volgen bakens uitzetten, dan toch is hij de onmogelijkheid om de beslissingen die de rechters van zaak tot zaak zullen nemen te dicteren. Die laatste zijn immers in elke zaak gehouden niet alleen om alle pertinente rechtsbronnen, maar ook de eigenheden van de feiten hun rol te doen spelen. Elke zaak is in die zin een *hard case*, een mogelijkheid, zelfs een invitatie, tot juridische creativiteit.

⁴⁶ De term “objet de valeur”, die ik als “waarde-object” vertaal, is afkomstig uit het vierde hoofdstuk van *La Fabrique du droit* van Bruno Latour (zie i.h.b. o.c., 200 tot 206, waar er tien aan de orde zijn). Zie ook F. AUDREN & C. MOREAU DE BELLAIN, “Bruno Latour’s legal anthropology” in R. BENAKAR & M. TRAVERS, (ed.), *Law & Social Theory*, 2^e edition, Oxford, Hart Publishing, 2013, 181-194 ; K. McGEE, *Bruno Latour : The Normativity of Networks*, Abington, Routledge, 2014, 131 et seq.; Kyle McGEE, « On devices and logics of legal sense : Towards socio-technical legal analysis » in K. McGEE (ed.), *Latour and the passage of law*, Edinburgh U.P., 2015, 61-92 en N. VAN DIJK, « Approaching Law through Conflicts », *Law and Method*, 2011/1, 44-63.

gezag en kracht van gewijsde) en, sterker nog, “als waarheid aangenomen worden” (*res iudicata pro veritate habetur*).

16. De meest typisch juridische bewerking is wellicht de “kwalificatie”⁴⁷, de operatie die de feiten moet “grijpen”: juristen moeten het *contentieux* vatten met de daartoe best passende concepten of “sjablonen” die ze uit de formele bronnen van het recht moeten halen. Het komt erop aan om de optimaal op de feiten passende categorie te gebruiken: eerst moeten juristen intensief heen-en-weer pendelen tussen enerzijds het feitenbestek zoals dat tot uiting komt in het dossier dat op hun tafel ligt, en anderzijds, het geheel van pertinente formele bronnen - “achter” hen in hun bibliotheek - teneinde de *optimal match* of *catch* te realiseren. Het betaamt de juristen de feiten nauwkeurig door de bril van het “recht als normativiteit” te bestuderen teneinde ze te grijpen met de best aansluitende juridische categorie, of ze, met andere woorden, optimaal te “subsumeren”. Zo’n werkwijze is niet automatisch, routineus of eenvoudig, en mag dat ook niet worden want elke zaak is een appel aan de creativiteit van de jurist: de *optimal match* ligt niet voor het rapen, maar moet worden gefabriceerd, hij is het product van een tastende, aarzelende en procedureel geleide interpretatieve inspanning.⁴⁸

Recht bedrijven is nooit een loutere “toepassing”. Rechters noch juristen zijn de kleurloze stem van de wet of een *bouche de la loi*. Integendeel zelfs, want elke zaak is voor hen een probleem, een interpellatie, een uitdaging en een gelegenheid om opnieuw met de juridische werktuigen aan de slag te gaan en er alle mogelijkheden van te exploreren onder impuls zowel van de eigenheid van het feitenbestek als van de mogelijkheden geboden door de juridische hermeneutiek.

17. Zo bekeken, is het recht in Westerse samenlevingen een afgetekende praktijk die conflicten beslecht, betrekkingen en relaties stabiliseert, *closure* brengt, bestanden (*trêves*) installeert⁴⁹ en daden, dingen, woorden of verantwoordelijkheden aan personen toerekent. Zodoende wordt de spreekwoordelijke rechtszekerheid geproduceerd. Bij conflict, onenigheid, onzekerheid of ontbinding van betrekkingen, zal de doortocht van het recht (d.w.z. ofwel de anticipatie van wat de rechter zal doen, ofwel, en steeds mogelijk, de beslissing van de rechter zelf) vastheid en stabiliteit brengen. Het recht produceert en poneert zekere betrekkingen, daar waar die ontbreken, verbroken of betwist zijn. En er is steeds een gerechtelijke instantie die wanneer ze ertoe wordt geroepen voor eens en altijd moet en zal beslissen. Dan pas zal de rechtsband het sterkst gesteld zijn: *res iudicata*. Niettemin zal de doortocht van het recht, waar die ook plaatsvindt, en dus ook vóór de tussenkomst van een rechter en in anticipatie op wat die zou geven, eveneens bijdragen tot de gezochte stabiliteit, maar dan op anticipatieve wijze.

III.c. Contrasten tussen de wetenschappelijke en de juridische praktijken

⁴⁷ O. CAYLA, “La qualification ...”, *l.c.*; F. RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1998; B. LATOUR, *La fabrique du droit, o.c.*, M. CUMYN, “Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématique du droit” in *Les Cahiers de droit*, Vol. 52/3-4, 2011, *Epistémologie et méthodologie juridiques*, 368-377 en M. CUMYN et M. SAMSON, “La méthodologie juridique en quête d’identité”, *RIEJ. Droit en contexte*, 2013.71, 30-36.

⁴⁸ Zoals mooi door de etnografie van het juridische werk wordt aangetoond ; voor de Franse Raad van State B. LATOUR, *La fabrique du droit, o.c.* en voor de Rechtbanken van Koophandel en advocatenkantoren, N. VAN DIJK, *Grounds of the Immaterial, o.c.*

⁴⁹ F. RIGAUX, *La loi des juges, o.c.*

18. In het licht van het voorgaande kunnen we wetenschap en recht respectievelijk karakteriseren als de collectieve productie van geverifieerde, gerectificeerde, robuuste en betrouwbare kennis die refereert aan haar object (“objectiteit”), en als de productie van stabiele banden en betrekkingen, en dus van rechtszekerheid (ongeacht of dit vóór of door de tussenkomst van de bevoegde rechter gebeurt). Zo het in het vervolg van deze bijdrage de bedoeling is om de rechtswetenschap te omschrijven als de kruising van deze twee praktijken, dan lijkt het toch eerst aangewezen hun verschillen en contrasten goed te schetsen. Dat heeft Bruno Latour al gedaan in het vijfde hoofdstuk van *La fabrique du droit*⁵⁰ met een tweeledig etnografisch onderzoek in respectievelijk de Franse Raad van State en een neurowetenschappelijk laboratorium in Parijs. De hierop volgende paragraaf herneemt de krachtlijnen van dit hoofdstuk.⁵¹

19. In het laboratorium ziet Latour wetenschappers die passioneel in de ban zijn van hun onderwerp: zij willen die rattenhersen en kost wat kost begrijpen, aan het woord laten en op de proef stellen vanuit hun verschillende disciplines. Gedreven door een *libido sciendi* proberen ze die zo dicht en precies mogelijk te benaderen, er evenwel streng op toeziend ze niet te manipuleren. In de Raad van State daarentegen blijken de raadsheren zich steeds nauwgezet en streng op afstand te houden van de feiten en de emotionele geladenheid die de zaak voor de partijen heeft. Zo er in beide gevallen “feiten” in het spel zijn, dan is de verhouding ertoe omgekeerd: de wetenschappers zijn gepassioneerd door een niet passioneel object; terwijl de raadsheren zich op afstand houden van de passie en woede van de verzoeker.⁵²

Wetenschappelijke artikelen drukken aanspraken uit en leggen voorstellen voor aan de “geachte collega’s”, hun *peers*. Het wetenschappelijke geschrift mobiliseert, vormt en transformeert een geheel van referenties tot een voorstel, een interpretatie, een formule of een theorie. Het brengt een maximum van pertinente elementen samen die de erin vervatte claim onderbouwen: de experimentele dispositieven, de berekeningen, het empirisch materiaal, de voorhanden zijnde interpretaties, de artikelen en werkzaamheden van de collega’s op hetzelfde vlak en de antwoorden op de geanticiperde tegenargumenten en bezwaren; alles wat dienstig is om de claim harder te maken. Nooit brengt het wetenschappelijke geschrift *closure*, nooit is het finaal en absoluut; integendeel, het is steeds een uitnodiging tot een voortzetting van het onderzoek via kritiek, tegenwerpingen en opwerpingen. De arresten die Staatsraden schrijven maken dan weer wél een einde aan het geschil en aan de onzekerheid die erdoor heerst; de Raad van State beslist, sluit de zaak af: hij stabiliseert de betrekkingen vanaf nu en voor de toekomst, tegenover allen, en finaal.

Zo de procedures en routines van de Raad van State erop gericht zijn de gang van zaken te temporiseren zodat twijfel, heroverweging en wikken-en-wegen worden opgelegd, komt er aan het einde van de procedure een brutale temporele omslag: er moet worden beslist, de uitspraak moet er komen, het oordeel moet geveld. Het behoort ongetwijfeld tot de *grandeur* van de rechtspraak om beslissingen te moeten nemen juist wanneer dat elders niet lukte. In de (hedendaagse) wetenschappen wordt daarentegen gestreefd naar het zo snel mogelijk bekomen van voldoende robuuste en betrouwbare resultaten, die dan in publicaties worden gepresenteerd (“publish or

⁵⁰ B. LATOUR, *La fabrique du droit*, o.c., 207-259 (“5. Objet des sciences, objectivité du droit”).

⁵¹ Cf. reeds S. GUTWIRTH, “Composer ...”, l.c., 35-42.

⁵² B. LATOUR, *La fabrique du droit*, o.c., 213.

perish”⁵³). Onderzoekers doen inderdaad voorstellen en laten de taak om erover te oordelen, ze te valideren of invalideren, over aan hun collega’s en aan de dynamiek van de betrokken wetenschap(pen). In tegenstelling tot de juridische praktijk is er hier vooral géén kracht of gezag van gewijsde, want elk wetenschappelijk voorstel is een uitnodiging tot voortzetting van het onderzoek, tot controverse, tot het formuleren van tegenvoorstellen, en dus tot de voortzetting van de collectieve productie van steeds meer robuuste en betrouwbare kennis. Zo de juridische uitspraak een *arrêt* is, is het wetenschappelijke voorstel een *relance*, een *continu*, een *wordt vervolgd*. Recht brengt zekerheid, wetenschap schrijdt voort.

In de Raad van State steekt de totaliteit van de zaak in het dossier, waartoe de juristen zich ook moeten beperken. Wat erin niet is opgenomen, wordt niet bevestigd of gecontesteerd, en is juridisch onbestaand: er wordt geoordeeld op basis van het dossier dat volgens de regels en gebruiken van de rechtsinstantie wordt samengesteld. Rechters dienen (in de regel) te antwoorden op alle aangevoerde middelen, niet meer en niet minder, niet *infra* noch *ultra petita*. De *claims* van wetenschappers verspreiden zich daarentegen in alle richtingen en hun lot is verbonden aan een veelheid van elementen: de reacties en verdere actie van de collega’s, de evolutie van de technieken, het opduiken van aspecten die niet in rekening werden gebracht, ... Onderzoekers streven er alsmaar naar om het netwerk van feiten, stellingen, metingen, collega’s en bondgenoten uit te breiden met collega’s die zich hun voorstellen eigen maken, zelfs al formuleren die alsmaar bezwaren en beuken ze in op gemaakte aanspraken.

De juristen van de Raad van State proberen zich zo snel mogelijk van de feiten van de zaak te ontdoen. Die worden inderdaad opgeslorpt of opgezogen in de kwalificatie, die op haar beurt toelaat om tot het werkelijke juridische werk over te gaan. Een kwalificatie vloeit niet voort uit de feiten, integendeel zelfs, het is vanuit de kwalificatie dat de juridische praktijk de feiten vat of opneemt om ze een juridisch bestaan te geven: het zijn de juridische sjablonen die de feiten grijpen. In de wetenschappen is men nooit van de feiten af, ze komen terug, insisteren en zijn koppig. Enerzijds weerstaan ze aan hun beschrijving of blijken ze veel complexer dan men eerst dacht, anderzijds zijn ze de ultieme arbiters van de wetenschappelijke validiteit van de aanspraak. Hier is er wél retroactie: het voorstel van de wetenschappers wordt vanuit de feiten geconstrueerd, maar tegelijkertijd dient het die ook uit te leggen, en zelfs, te voorspellen hoe ze zich zullen gedragen. Zulke heen-en-weer beweging is afwezig in het recht. Nooit laat het recht toe om iets meer te vernemen of te leren over de feiten : het recht geeft aan feiten een juridisch bestaan, het is niet gericht op de productie van kennis erover.⁵⁴ Daarom natuurlijk kan Latour schrijven dat de juristen van de Raad van State « objectief » zijn: hun postuur of houding is afstandelijk en ongeïnteresseerd, onafhankelijk en onpartijdig. De wetenschappers verbinden hun lot aan het resultaat van hun onderzoek van hun object: het is dat laatste dat hen moet aansturen.

20. Het beeld van de verhouding tussen recht en wetenschap dat hieruit voortvloeit staat haaks op de doorgaans opgevoerde massieve oppositie tussen waarden en normen enerzijds, en feiten en waarheid anderzijds. Veeleer gaat het om

⁵³ In de hedendaagse kennis economie is *publish and perish* overigens beter op zijn plaats: S. GUTWIRTH & J. CHRISTIAENS, “Les sciences et leurs problèmes”, *l.c.*, vierde deel.

⁵⁴ Cf. M.-A. HERMITTE, “Le droit est un autre monde”, *Enquête: anthropologie, sociologie, histoire, sociologie*, 1998/7, 17 : « Différentes des constructions décrites par les sociologues qui tentent de dévoiler quelque chose du réel, les constructions juridiques se caractérisent par leur extrême abstraction et la mise à distance de l’objet initial. Le droit n’a pas l’ambition de la réalité, moins encore de la vérité, il réinvente un autre monde ».

onderling verschillende praktijken die beantwoorden aan andere verwachtingen, elk ingebed zijn in een eigen waarheidsregime en functioneren volgens een eigen modus. Vraag is of ze elkaar kunnen kruisen, en zo ja, hoe dat dan in zijn werk gaat en hoe zij op elkaar betrokken kunnen worden.

IV. De kruisingen van recht en wetenschappen

21. In het licht van het voorgaande bevindt de “rechtswetenschap” zich op een kruispunt van de juridische en de wetenschappelijke praktijken. Zij dient dan ook te beantwoorden aan de *constraints* van zowel het juridische als het wetenschappelijke handelen, en dus aan twee waarheidsregimes. Kunnen we met andere woorden een praktijk duiden die een “legering” is van de productie tegelijk van geverifieerde, robuuste en betrouwbare kennis, én van stabiele rechtsbetrekkingen en rechtszekerheid ?

Op het eerste gezicht duiken twee pistes op. Enerzijds die van een niet-juridische wetenschap die zich vanuit haar perspectief toelegt op de productie van kennis over het recht, een kruising die ik “zwak” zal noemen. Anderzijds is er de piste van de “sterke” kruising waaruit een voldragen en eigenstandige juridische wetenschap voortvloeit. Enerzijds, dus, de “wetenschappen over het recht”, en anderzijds de “rechtswetenschap”.

IV.a. De zwakke kruising : wetenschappen over het recht

22. De eerste kruising kan “zwak” worden genoemd omdat de ontmoeting tussen recht en wetenschap zich er afspeelt op één register, dat van de wetenschappen. Het recht wordt dan “object” van een wetenschap, en één of meer van zijn aspecten zullen worden bestudeerd vanuit het perspectief van een wetenschappelijke discipline met haar eigen demarches, vragen, accenten en vooronderstellingen.

Zo kan de rechtssociologie onderzoeken uit welke sociale lagen de magistraten en advocaten afkomstig zijn, of zich afvragen of de wetgeving effectief normen uitdrukt waarin de burgers zich herkennen, of de uitgevaardigde wetten de nagestreefde effecten hebben dan wel dode letter blijven, of nog, of ze van hun doel worden afgewend om andere doelen te dienen dan degenen die werden vooropgesteld. *Law and economics*-onderzoekers zullen hun perspectief en methodes dan weer aanwenden om de economische implicaties en gevolgen van wetgeving en juridische beslissingen te bestuderen, om de kost van justitie en procedures te berekenen, om te evalueren of deze of gene wetgeving nuttig of nefast is voor de vrije markt en zullen zich bijvoorbeeld verontwaardigen omdat de bescherming van het privéleven distorsies van de marktverhoudingen in de hand werkt. Rechtsantropologen en –etnologen, als laatste voorbeeld, wijden zich aan de studie en vergelijking van de verschillende vormen die het normeren en stabiliseren van betrekkingen in andere culturen en collectieven dan de liberaal rechtsstatelijke aannemen, of nog, aan het etnografisch onderzoeken van de gebruiken en handelwijzen van de “stam” juristen in onze samenlevingen.

23. In de “zwakke kruising” wordt m.a.w. de wetenschappelijkheid verworven dankzij de blik die vanuit een wetenschappelijke discipline op het recht wordt geworpen. Het zijn dan de sociologische, etnologische, historiografische, politieke en economische wetenschappelijke invalshoeken die het wetenschappelijk karakter van de kruising voor hun rekening nemen.

Die wetenschappelijke disciplines interesseren zich overigens voor die aspecten van onze wereld die eveneens de verschillende contexten van het recht uitmaken, en die door de juristen de “materiële” of “reële” bronnen van het recht worden genoemd: de samenleving, de cultuur, de instituties, de machtsverhoudingen, de economie, de taal, moraal en ethiek en nog vele andere.⁵⁵ Ze onderzoeken de verhouding tussen het recht en zijn contexten zonder zich (veel) vragen te stellen over de eigenheid van het recht, noch over het onderscheid tussen het abstracte normatieve axiomatische recht en de kenschetsende topische rechtspraktijk.⁵⁶ In het algemeen spitsen deze veelal humane en sociale wetenschappen zich toe op de verhoudingen tussen de materiële en formele rechtsbronnen, en met name op de overdracht of « vertaling » van de contextuele inhouden en betekenissen naar de uit de formele bronnen afgeleide normativiteit. Ze opereren in een tijdvak dat in de regel voorafgaat aan de “passage” van het recht of het op gang komen van de juridische modus. In de wetenschappen over het recht gaat het dus om een externe aandacht voor het recht die, zelfs als is ze pertinent en interessant, ons toch niet toelaat te begrijpen wat de eigenheid van de rechtswetenschap zou kunnen zijn.⁵⁷ In feite kunnen zulke wetenschappen alleen het tegendeel uitdrukken, met name dat de inbreng van een andere wetenschap nodig is opdat er zoiets als rechtswetenschap zou kunnen bestaan.⁵⁸

24. Het recht trachten te bevatten vanuit een andere discipline is overigens niet zonder gevaar, zeker indien het leidt tot het verklaren van het recht uit iets anders dan het recht zelf.⁵⁹ Dat zou het recht doemen « alleen maar » of « slechts » de uitdrukking of spiegel⁶⁰ te zijn van bijvoorbeeld machts- of productieverhoudingen, cultuur, moraal, religie, politieke compromissen of, natuurlijk, van de economie. Dat komt neer op een ontkenning niet alleen van de eigenheid en zelfstandigheid van het recht⁶¹, maar eveneens van de impact

⁵⁵ « Les juristes, au fond, ont plus peur du social que de la sociologie, mais il est vrai que celle-ci parle au nom de celui-là », Ph. JESTAZ, “‘Doctrines’ vs sociologie. Le refus des juristes”, *Droit & Société*, 92/2016, 146.

⁵⁶ “La recherche sociologique a traditionnellement cherché à expliquer le droit soit en termes de rapports de force, de pouvoir et de domination, soit dans ceux de la modernité et de la rationalisation, soit encore comme traduction symbolique d’une culture intériorisée. Toutes ces perspectives ont en commun de porter sur le droit, ses manifestations, les phénomènes qui s’y rattachent et ses pratiques, un regard extérieur (...) qui ne prend pas le droit au sérieux dans sa dimension praxéologique”; B. DUPRET, “Droit et sciences sociales. Pour une respecification praxéologique”, *Droit et Société* 75/2010, 316.

⁵⁷ In dezelfde zin B. DUPRET, *Droit et sciences sociales*, Armand Colin, Paris, 2006, p. 11, 185-186.

⁵⁸ Het karakteriseren van de rechtswetenschap aan de hand van haar veronderstelde inter- of multidisciplinariteit en haar “wetenschappelijkheid” doen afhangen van de inbreng van een andere wetenschap (sociologie, historiografie, sociale psychologie, ...) lijkt me van de orde van de *contradictio in terminis*. Genuanceerder hierover M. CUMYN & M. SAMSON, « La méthodologie juridique en quête d’identité », *l.c.*, 21-22 zij onderscheiden *recherche en droit* et *recherche sur le droit*, maar zien hier geen contrast, maar een soort osmotische incorporatie van de tweede in de eerste.

⁵⁹ Anders gesteld : « (O)n ne peut pas parler du droit sans le distinguer de ce qu’il n’est pas » (...) « et l’on éprouve combien l’identification de l’objet droit échappe à une autre science que la science du droit elle-même », P. BRUNET et M. VAN DE KERCHOVE, “Présentation” du Dossier : *Sciences sociales, droit et science du droit : le regard des juristes*, *Droit et Société* 75/2010, p. 267 et 269.

⁶⁰ B. DUPRET, *Droit et sciences sociales*, *o.c.*, 53.

⁶¹ Dat is precies de reden waarom Bruno Latour van de context een *horresco referens* maakt, zoals in B. LATOUR, *Changer de société – Refaire de la sociologie*, Paris, La Découverte, 2006, 151 « Si la société explique la religion, alors la société suffit. Si la société explique le droit, alors la société suffit. Si la société explique la science, alors ... », of nog, wanneer hij een fictieve professor aan een student het volgende laat zeggen: « - Eh bien ! Gardez-les [toutes ces explications contextuelles] si ça vous amuse, mais je ne crois pas qu’elles expliquent quoi que ce soit – utilisez les comme décorations ... Au mieux elles valent pour tous les acteurs, elles sont donc superfétatoires puisqu’elles ne permettent pas de faire apparaître une différence entre eux. Au pire, elles noient tous les acteurs qui présentent vraiment de l’intérêt dans un déluge d’acteurs sans intérêt. En règle générale, le contexte ne vaut rien. C’est juste une manière d’arrêter la discussion quand on est fatigué ou qu’on a la flemme de la continuer » (215).

die het zelf heeft op die context en factoren⁶² : hoe het recht verklaren door verwijzing naar de gemeenschap, de moraal of de economie als die zelf mede door datzelfde recht worden geconstitueerd en vormgegeven ?

Daarbij komt nog dat zulke benadering zich moeilijk verhoudt tot de voor een wetenschap vereiste “objectiteit”, want eerder dan open en luisterend te zijn ten aanzien van het recht, en zich te interesseren voor de problemen waarmee het recht zelf aan de slag is, lijkt het dat de vragen en perspectieven van die wetenschap zelf gaan domineren. Het minste dat men van een rechtswetenschap die naam waardig kan verwachten, is dat ze de juristen de schouders niet doet ophalen : zulke wetenschap moet voor hen tellen, hen interesseren en op *hun* vragen antwoorden.⁶³

25. Zelfs indien de “wetenschappen over het recht” onze kennis van de verhoudingen tussen de materiële en formele bronnen van het recht doet toenemen, zeggen ze niet veel over het recht zelf, noch over wat het karakteriseert. Dat is dan ook de reden waarom rechtspractici dikwijls onverschillig zijn voor hun kritiek, net als ze dat overigens ook zijn voor die van de economische *stakeholders*, de politici en bestuurders en de herauten van religies en wereldbeelden. En dat is goed nieuws, want recht is wat van de juristen wordt verwacht, geen politiek, moraal, economie of religie.

IV.b. De sterke kruising: de double bind van de rechtswetenschap

26. Indien de rechtswetenschap zich bevindt op een kruispunt van twee praktijken, met name de wetenschappelijke en de juridische, dan is het zaak om beschrijven of en hoe de daaruit samengestelde praktijk de twee gehelen van *constraints* op elkaar betreft. De rechtswetenschap moet dan beantwoorden aan een *double bind*: ze moet zowel thuishoren in het recht als in de wetenschap, en interessant of pertinent zijn, zowel voor de wetenschappelijke *peers* (in de rechtsfaculteiten) als voor de juristen *out there*. Ten overvloed: dat betekent dat juridische kennis en rechtswetenschappelijke kennis niet samenvallen.

1. De rechtsleer als deel van de juridische praktijk

27. In de zoektocht naar de rechtswetenschap als dusdanig staat de rechtsleer of « doctrine » centraal. Als niet-bindende, maar wel gezaghebbende formele rechtsbron heeft ze deel aan de praktijk van het recht.⁶⁴ Voor hedendaagse juristen verwijst de rechtsleer niet alleen naar het geheel van opinies, commentaren en werken – de geschreven teksten, dus – van degenen die het recht vanuit een zekere autoriteit analyseren, uitleggen en onderwijzen,

⁶² « (A)u contraire, c’est la logique propre au droit qui doit pouvoir expliquer certains des traits qui permettent aux associations de durer plus longtemps et de s’étendre sur une échelle plus vaste », *Ibid.*, 14.

⁶³ Au sujet des rapports tendus entre la sociologie du droit et la doctrine juridique : Ph. JESTAZ, “‘Doctrine’ vs sociologie ...”, *l.c.*

⁶⁴ Voor sommige auteurs zijn uitsluitend de wet en de gewoonte formele rechtsbronnen omdat ze werkelijk dwingend zijn, de andere bronnen zouden gezaghebbend zijn, zie Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, Paris, 2015, 2^{de} éd., loc. 366 (Kindle versie).

maar het woord slaat ook op het geheel van personen dat deze teksten voortbrengt.⁶⁵ Ongetwijfeld produceert de rechtsleer kennis, via geschriften die zeer gevarieerde vormen aannemen: tussen de exhaustieve *traités* en de punctuele korte noot bij een uitspraak, vinden we handboeken, monografieën, hoofdstukken in verzamelwerken, overzichten van rechtspraak, trefwoorden in juridische encyclopedieën, en uiteraard artikelen in juridische tijdschriften van allerlei aard (algemene en gespecialiseerde, lokale en internationale, nationale en rechtsvergelijkende, meer theoretische en zuiver ‘positivistische, Nederlands-Frans- en anderstalige, en ga zo maar door). De auteurs hiervan zijn ofwel practici, ofwel academici (lesgevers en onderzoekers in juridische faculteiten), en (veel) meer dan in andere disciplines combineren ze beide hoedanigheden. Veel practici hebben een voet in de universiteit en *vice versa*, de twee gemeenschappen overlappen elkaar (wat de idee van de *double bind* van de rechtswetenschap uiteraard ook onderbouwt).

28. Dat de rechtsleer niettegenstaande haar niet-bindende karakter (in contrast met de wetgeving en de gewoonte) toch een belangrijke plaats inneemt tussen de formele bronnen van het recht blijkt uit haar daadwerkelijke gezag en de stempel die zij drukt op het wetgevend proces en de juridische praktijk, zelfs al zijn wetgevers en rechters karig met expliciete verwijzingen.⁶⁶ Philippe Jestaz heeft gelijk als hij schrijft dat

« la doctrine est à la fois la plus faible et la plus forte de toutes les sources. La plus faible parce qu'elle ne décide pas. Mais la plus forte en ce sens qu'elle commente et interprète la loi et les décisions de justice, de sorte qu'elle parle au nom du juge et du législateur, qu'elle dépose d'importants sédiments sur leur œuvre et qu'elle acquiert ainsi une forme de supériorité sur eux ».⁶⁷

Hugues Dumont et Antoine Bailleux schrijven van hun kant, in dezelfde zin: « il est devenu rigoureusement impossible pour tout non-initié d'un secteur déterminé de prendre connaissance du régime juridique qui lui est applicable sans consulter la doctrine. Celle-ci a donc fatalement une influence considérable sur les organes d'application du droit ».⁶⁸

Het belang van de rechtsleer hoeft niet te verwonderen in het licht van onze rechtsgeschiedenis, omdat het zijn oorsprong vindt in het werk van de Romeinse jurisconsulten, de edicten van de pretoren, en bijgevolg, in de vaststelling dat het Romeins recht een recht van rechtsgeleerden was (een *Professorenrecht avant la lettre*). Dat wordt emblematisch aangetoond door de late codificatie ervan in de Codex Justinianus: de impact van de Digesten op het continentaal Europees recht zijn moeilijk te onderschatten.⁶⁹ Daarbij komt nog dat de grote – soms uit vele boekdelen bestaande, en verder geactualiseerde – *traités* van invloedrijke juristen langdurig een grote invloed hebben uitgeoefend op de juridische wereld van de 19^{de} en 20^{ste} eeuw. Dat is ongetwijfeld een gevolg van het feit dat die werken, bij wijze van spreken, gebruiksvriendelijke, overzichtelijke, omvangrijke en gedetailleerde kaarten van het juridische landschap verschaften, die toelieten om zich te oriënteren binnen het geheel van rechtsbronnen die pertinent konden zijn voor de

⁶⁵ Zie bv. J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, Paris, 2002 en G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 1987, 324.

⁶⁶ J.-L. AUBERT, J.-L., o.c., 186.

⁶⁷ Ph. JESTAZ, “‘Doctrine’ vs sociologie ...”, l.c., 145 en Ph. JESTAZ, *Les sources du droit*, o.c., loc. 2972.

⁶⁸ H. DUMONT & A. BAILLEUX, “Esquisse d’une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes”, *Dossier : Sciences sociales, droit et science du droit : le regard des juristes*, *Droit et Société* 75/2010, 284.

⁶⁹ Hierover de zeer gedetailleerde beschrijvingen van Ph. JESTAZ & Chr. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz 2004, 314 p. (vooral het eerste deel van het werk.).

beantwoording van een juridisch probleem soms over de volledige reikwijdte van een rechtstak.⁷⁰ Dat het continentale Europese recht⁷¹ sinds de Verlichting in het teken heeft gestaan van de predominantie van de wetgeving, en dus een abstract en deductief karakter kreeg, heeft eveneens bijgedragen tot de ontwikkeling en installatie van de invloed van de rechtsleer op de praktijk van het recht: de oplossing van het concrete probleem laat zich afleiden uit de abstracties van de algemene regel. Dat is een benadering die om theoretische en doctrinale bijdragen roept.

29. De rechtsleer brengt orde in de bronnen van het recht door beschrijving, analyse, systematisering, structurering, de constructie van aaneengeschakelde ketens van betekenissen, de extractie van principes, categorieën en concepten, en ga zo maar verder.⁷² Dankzij hem blijft het geheel van pertinente ontwikkelingen en gebeurtenissen in het recht bevattelijk en werkbaar: de rechtsleer is cruciaal gereedschap wanneer juridische operaties in het werk moeten worden gesteld. Daarenboven speelt hij een doorslaggevende rol in de vorming en opleiding van toekomstige juristen, waardoor hij een vector is van hun reproductie en ‘formatering’.⁷³ Juridische handboeken zijn overigens onderling sterk gelijklopend qua inhoud en structuur en initiëren de studenten op vrij uniforme wijze tot een rechtstak of rechtsgebied. Ze gaan als referentiewerk lang mee, te meer dat ze regelmatig worden herzien en geactualiseerd en zorgen zo voor de overdracht en reproductie van een door de juristengemeenschap min of meer algemeen aanvaarde manier om problemen te stellen en op te lossen. Het gewicht en de impact van de doctrine als rechtsbron zijn (in onze contreien, alleszins) erg groot.

30. Kortom, de rechtsleer of doctrine is een rechtsbron wanneer zij actoren aanspreekt die met een juridisch probleem in de weer zijn: ze toont voor de hand liggende manieren van aanpak, maar ook mogelijkheden en limieten, ze duidt pertinente perifere of principiële elementen aan, ze verwijst naar de precedentes die ze heeft geordend en onderscheiden, ze heeft hypothetische gevallen bedacht die misschien leerrijk zijn, ze voedt de juridische creativiteit en legt zich als referentie op. Ze participeert bijgevolg actief aan “de passage” of doortocht van het recht, omdat ze bijdraagt tot het in juridische vorm gieten van wat aan de drempel van het recht stond door het voeden en inspireren van de toepassing van de juridische operaties en tenslotte door de a posteriori analyse en evaluatie daarvan. De rechtsleer speelt ten volle mee in het enunciatieregime van het recht.⁷⁴

⁷⁰ Cf. JESTAZ, Ph., *Les sources du droit*, o.c.

⁷¹ En dit in tegenstelling tot de inductieve postuur van het Anglosaxische *common law: remedies precede rights*

⁷² Meteen ook eigent de rechtsleer zich ook de macht toe “d’ordonner les autres sources. Autant dire qu’en se classant parmi les sources du droit la doctrine prend imperceptiblement le pouvoir dans la cité des juristes”, Ph. JESTAZ, “‘Doctrine’ vs sociologie ...”, l.c., 145.

⁷³ Het woord “doctrine” komt ook van *docere*, onderwijzen, en Ost en van de Kerchove gaan nog een stap verder als zij suggereren dat “indoctrineren” niet ver ligt, Fr. OST en M. VAN DE KERCHOVE, “La doctrine entre ‘faire savoir’ et ‘savoir faire’”, *Annales de droit de Louvain*, 1997, 32. Verder schrijft Jestaz: “Doctrine vient du latin *docere*, tout comme *Lehre* vient du verbe *lehren*, qui a exactement le même sens. La doctrine c’est ce qu’on enseigne”, JESTAZ, Ph., *Les sources du droit*, o.c., loc 2924.

⁷⁴ Dikwijls in navolging van Ost en van de Kerchove, maken nogal wat auteurs het verschil tussen een descriptieve rechtsleer, gericht op beschrijving van het recht *de lege lata*, en een meer verklarende rechtsleer die pluridisciplinair te werk zou gaan in haar opzet om het juridisch fenomeen te begrijpen en vooruit te helpen vanuit het *de lege ferenda* perspectief. Ost en van de Kerchove onderscheiden tevens de rechtsleer die kennis produceert en overdraagt “faire savoir” van degene die, meer technisch van aard, helpt bij het oplossen van concrete problemen cf. Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, supra n. 74, 31-56. Anderen voeren dan weer aan dat er van *rechtswetenschap* sprake is wanneer de benadering van het recht “zuiver” objectief en beschrijvend is,

31. Dit gezegd zijnde, kan nog steeds worden opgeworpen dat hiermee nog niet duidelijk is wat nu juist een geschrift tot de rechtsleer doet behoren. Wat laat ons toe om een bijdrage aan de doctrine te onderscheiden van een ethisch of politiek filosofische tekst? Het antwoord op die vraag ligt m.i. in het onthaal dat de betrokken bijdrage kan of zal krijgen bij degenen die aangesproken kunnen worden om ze te gebruiken wanneer ze een juridische activiteit ontplooiën, of met andere woorden, in de pertinentie en het nut dat de bijdrage kan hebben voor een persoon die een probleem juridisch aanpakt. Als een geschrift van Hegel, Habermas of Latour de juristen de schouders doet ophalen, dan beschikt het wellicht niet over de pertinentie om “van rechtsleer” te zijn. Daarvoor ontbreekt het dan aan juridisch karakter (en a fortiori aan rechtswetenschappelijk karakter), wat echter nog niet hoeft te betekenen dat het geen goed filosofisch of sociologisch geschrift is, noch dat het niet nog juridisch kan *worden* als het de jurist(e) ontmoet die wel iets ermee kan. Kortom, om tot de rechtsleer te behoren moet een tekst door de juristen worden gemobiliseerd. Dat is niet zwart-wit, noch op voorhand gegeven, maar hangt af van de gevolgen die de tekst kan hebben of heeft in de juridische praktijk: als hij antwoord biedt aan vragen die zich in de juridische praktijk stellen is hij rechtsleer.⁷⁵

2. Rechtsleer + wetenschappelijkheid = rechtswetenschap

32. Gesteld dat een geschrift tot de rechtsleer behoort, is het dan al wetenschappelijk? Neen, zeker niet, want zijn wetenschappelijkheid moet nog worden vastgesteld. Dat het tot de rechtsleer behoort tekent zijn behoren tot het recht en niet tot de wetenschappen. Een mercuriale van een hoge magistraat of een commentaar van een groot professor kunnen zeer zeker een impact hebben op de juridische praktijk, zonder dat dat wat dan ook impliceert met betrekking tot hun wetenschappelijk karakter. De hoge magistraat en de grote professor kunnen overigens volstrekt onverschillig zijn ten aanzien van deze vraag (al is dat minder waarschijnlijk voor de tweede); zij kunnen natuurlijk uitsluitend een impact op het recht nastreven (en geen productie van robuuste en betrouwbare kennis).

Maar het ene neemt het andere niet weg. Indien de doctrinale bijdrage beantwoordt aan de generische constraints van de wetenschap – “objectiteit” en “controle door *peers*” – dan zal ze ook wetenschappelijk zijn, en dus behoren tot de rechtswetenschap. De rechtswetenschap moet bijgevolg beantwoorden aan twee sets van constraints, zij is gekenmerkt door een *double bind*. Met andere woorden dient te worden nagegaan of het stuk

terwijl *doctrine* getekend is door prescriptieve en normatieve inhouden, en dus eerder subjectief is. Zulke onderscheidingen staan haaks op wat ik hier betracht, met name aan te tonen dat de rechtsleer niet noodzakelijkerwijs wetenschappelijk is, maar dat niets belemmert dat ze het wel is. Dat is overigens de vraag die moet beantwoord worden wanneer collega's uit andere faculteiten van ons verwachten dat we in onze *output* een onderscheid maken tussen wat wetenschappelijk is en niet (met de financiële gevolgen van dien). Zij zeggen dan (niet altijd onterecht overigens): “Wij gaan al jullie ‘noten’ of ‘legislatieve berichten’ van een pagina of twee in niet-wetenschappelijke talen en professionele tijdschriften toch niet meetellen”.

⁷⁵ Zijn de rechtsvergelijking en de rechtstheorie deel van de rechtsleer? Dat valt te bezien. Rechtsvergelijking kan onontbeerlijk zijn voor de oplossing van geschillen van internationaal privaatrecht, en in die gevallen valt ze onder de doctrine, maar als het om vergelijking de vergelijking gaat van Westers recht met religieuze of tribale mechanismen van conflictbeheersing, wellicht niet. En wat de rechtstheorie betreft, in de veronderstelling dat men weet wat dat is, is opnieuw het onthaal door de jurist-in-actie beslissend: draagt ze bij tot het betekenis geven aan een manier om zaken juridisch te interpreteren en af te leiden, ja dan is ze zeker deel van de rechtsleer, maar is ze volledig vervreemd en losgekoppeld van wat de jurist bezig houdt, zal ze deel zijn van de “wetenschappen over het recht”, als politieke filosofie of theoretische sociologie bijvoorbeeld, wat niet “beter” of “slechter” is, maar gewoon “anders”.

rechtsleer dat voorligt ook voldoet aan de vereisten van de wetenschappelijke praktijk, en dat lijkt op het eerste gezicht moeilijk omdat de regimes van het recht en van de wetenschap in de praktijk nogal wat contrasten vertonen en zelfs tegenstrijdig kunnen lijken (*supra* III.c.). Toch vereist “rechtswetenschap” een samengaan van beide.

33. Laat ik dit duidelijk maken met een voorbeeld, met name een noot in de *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* van de hand van Alain De Nauw, thans emeritus Professor strafrecht aan de Vrije Universiteit Brussel (met tevens ervaring in het Openbaar Ministerie en de balie) bij een arrest van het Hof van Cassatie inzake een voorziening tegen een arrest van het Antwerpse Hof van Beroep dat een echtgenoot had veroordeeld wegens het toebrengen van slagen en verwondingen aan zijn vrouw in het kader van hun “somasochistisch” genoemde seksualiteit.⁷⁶ Reeds in de eerste zin van zijn noot schuift Alain De Nauw de problematiek van de somasochistische praktijken zelf uitdrukkelijk opzij, om zich volledig te richten op het belang van dit arrest voor het algemeen strafrecht.⁷⁷ Deze erg rijke en erudiete noot kan zonder al te veel onrecht als volgt worden samengevat: de auteur brengt aan het licht dat het Cassatiearrest wel degelijk innoveert wanneer het art. 8 EVRM aanziet als een mogelijke strafuitsluitingsgrond (« cause d’excuse absolutoire ») ten opzichte van een door de feitenrechter correct vastgesteld misdrijf, waardoor het bij uitzondering geen straf meer dient uit te spreken en toe te meten. Dat zou *in casu* betekend hebben dat indien de inmenging van de staat (de rechtspraak, hier) in het privéleven van de echtgenoten niet had kunnen gerechtvaardigd worden krachtens de voorwaarden vooropgesteld in het tweede lid van art. 8 EVRM, de bestraffing van de in het geding zijnde somasochistische praktijken uitgesloten is, zelfs al komen die tegemoet aan de constitutieve bestanddelen van het misdrijf van vrijwillige slagen en verwondingen.⁷⁸ Zo’n soort “immuniteit” voor de straf bestaat ook voor bokkers, tatoeëerders, *piercers* en esthetische chirurgen, die, zelfs indien ze een ander slagen en verwondingen toebrengen, niet gestraft worden, omdat zij zich kunnen beroepen op het bestaan van rechtsregels die dat expliciet of impliciet toelaten.

34. Is dit rechtsleer ? Natuurlijk, want Alain De Nauw treedt geheel in de juridische redenering (de kwalificatie en de heuristiek die erop volgt) van het Hof, expliciet afstand nemend van de feiten van “extreem somasochisme” van de echtelieden (zich ervan ontdoend, “s’en débarassant”, zou Latour zeggen). Zijn houding ten aanzien van de feiten is wel degelijk “objectief”: niemand weet wat de auteur van de te berde liggende seksuele praktijken vindt, tenzij vanuit juridisch oogpunt. En dat is prima, want dit mag er ook niet toe doen in het juridisch werk dat hij nauwgezet verricht.⁷⁹

⁷⁶ A. DE NAUW, “Note. Les conditions générales de la sanction”, obs. Cass. 6 janvier 1998, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1999, 573-579. Deze zaak, later nog verfilmd onder de titel “De SM rechter”, die nog zou leiden tot een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg, heeft nogal wat deining veroorzaakt en heeft geleid tot verhitte en zelfs agressieve discussies in juridische tijdschriften, vooral in Frankrijk. Zie bijvoorbeeld de geheel tegenstrijdige volgende bijdragen: M. FABRE-MAGNAN, “Le sadisme n’est pas un droit de l’homme”, *Recueil Dalloz*, 2005, n° 43, Chronique, 2973-2981 en S. GUTWIRTH et P. DE HERT, “Dura sex sed sex. Het arrest K.A. en A.D. tegen België”, *Panopticon*, 2005, nr. 3, 1-14.

⁷⁷ A. DE NAUW, *l.c.*, 573.

⁷⁸ *Ibid.*, 577.

⁷⁹ Het is de moeite waard om de bijdrage van Alain De Nauw te lezen naast de schreeuwerige verontwaardiging van M. Fabre-Magnan die het in haar moralistische litanie zover drijft dat ze het somasochisme van de echtelieden gelijk stelt met de barbarij van de Nazikampen, alsof de gedeporteerden zich daarnaar vrijwillig

De noot is ongetwijfeld ook rechtsleer omdat de auteur orde brengt en systematiseert door de innoverende uitspraak van het Hof van Cassatie te analyseren tegen de achtergrond van een gestructureerd leerstuk, dat hij « de algemene voorwaarden van de straf » noemt. De auteur stelt expliciet dat het geannoteerde arrest hem toelaat « d'affiner (son) schéma ébauché il y quelques années ».⁸⁰ Voortaan zal de juridische inhoud van het arrest een plaats krijgen in een geordend overzicht: het is tot een onderdeel geworden van een leerstuk in het handboek of referentiewerk van de auteur over het strafrecht. Verder nog reikt Alain De Nauw elke jurist die aan de slag moet met een zaak van “sodomasochisme” een kant-en-klare handleiding aan (“ja, de geldige toestemming immuniseert de betrokkene tegen de toemeting van de straf, indien de feitenconstellatie onder de bescherming van art. 8 EVRM blijft doordat de uitzonderingen voorzien door paragraaf twee er niet op toepasselijk blijken”). Tenslotte nog gaat het hier wel degelijk om rechtsleer omdat elke geïnteresseerd jurist kan beginnen voortbouwen op de implicaties van de bijdrage: als de redenering opgaat voor artikel 8 EVRM, kan ze dan worden uitgebreid op de hele verdrag, of in elk geval, op de soortgelijke bepalingen van het verdrag. Mag het dragen van een integrale *burqa* of *nikab*, een misdrijf, nog worden gestraft indien die zou vallen onder de bescherming geboden door art. 9 van het EVRM ? Zou de vrijheid van religie dan geen immuniteit opleveren ? Of zouden sommige vormen van *symbolic speech* die gepaard gaan met het plegen van een misdrijf hun strafwaardigheid niet verliezen als ze onder de bescherming van artikel 10 EVRM vallen ? En wat te denken van het eigenaardig beeld waarin een daad die valt onder de bescherming van een fundamenteel recht krachtens een norm van de allerhoogste hiërarchische plank, toch ook en tegelijkertijd een misdrijf in het strafrecht kan blijven ? Zou het niet logischer zijn dat de wetgever zou tussenkomen teneinde een rechtvaardigingsgrond te scheppen voor het participeren aan de masochistische genotsbeleving binnen de grenzen van zijn of haar toestemming ?

35. Is de bijdrage wetenschappelijk ? Natuurlijk, want het geschrift refereert nauwgezet aan zijn object, met name het arrest van het Hof van Cassatie. Het zal niet gemakkelijk zijn om de lectuur die Alain De Nauw ervan voorstelt te betwisten, want niemand zal eraan twijfelen dat hij in detail en onvermoeibaar in de interpretatieve meanders van de overwegingen van het arrest is gedoken, teneinde alle elementen ervan duidelijk te identificeren en in zijn redenering te mobiliseren, daarbij reeds anticiperend op de mogelijke bezwaren die zijn collega's zouden kunnen doen gelden. Het is het arrest dat aan de auteur de autoriteit geeft om in zijn naam te spreken: de auteur laat het arrest aan het woord. Indien hij als jurist koel en “objectief” afstand heeft genomen van de feiten van de zaak, is hij als wetenschapper gepassioneerd door zijn object, het cassatiearrest dat zijn *libido sciendi* voedt. Wetenschappelijk is de bijdrage uiteraard nog omdat de *peers* alomtegenwoordig zijn: in het aan de publicatie voorafgaand proces hebben ze de noot gelezen en (wellicht) van commentaar voorzien; in de bijdrage worden ze gemobiliseerd, genuanceerd of tegengesproken, en ze tekenen present in de voetnoten. Bovendien is de bijdrage niet minder geadresseerd aan zijn collega's wetenschappers dan aan de rechtspractici. Die eersten worden uitgenodigd om op de geformuleerde proposities te reageren, ze aan te vullen en te verfijnen, ze te weerleggen en zo verder.

36. *Ergo*: de noot drukt exemplarisch een articulatie uit van twee manieren waarop hetzelfde arrest kan gevat worden; de ene modus neemt deel aan de productie van recht, de

hadden begeven op zoek naar seksueel genot ... Is die bijdrage een juridische bijdrage ? Zeker niet : het verschil in enunciatieregime is hier schrijnend. Verontwaardiging is moreel, niet juridisch.

⁸⁰ A. DE NAUW, *l.c.*, 578.

andere van wetenschappelijke kennis, en dat laat toe om de bijdrage te karakteriseren als “rechtswetenschap”. Zulke werkwijze lijkt me pertinent elke keer als de vraag rijst naar het toebehoren van een bijdrage tot de rechtswetenschap of niet. En dat betekent dat de oefening elke keer opnieuw moet worden gedaan, en zonder garantie van klaarheid of eenduidigheid. De noot van Alain De Nauw is natuurlijk exemplarisch, en werd ook daardoor gekozen. En als het duidelijk is dat een uitgeschreven redevoering van een magistraat of advocaat die een punt maakt, gebaseerd op zijn of haar ervaring gevolgen kan hebben voor de praktijk van het recht zonder wetenschappelijk te zijn; of dat een sociologische studie vaststelt dat er een discrepantie is tussen de waarden van de mensen en die van de wetgeving of de rechtspraak, wetenschappelijk en niet juridisch kan zijn, dan zullen de zaken doorgaans niet zo duidelijk liggen. Het antwoord op de vraag naar het rechtswetenschappelijk karakter zal dan ook tekst per tekst, stap per stap, en op kwalitatieve basis worden verstrekt, zonder garanties geboden door bijvoorbeeld de persoon van de auteur of de reputatie van het medium, want steeds zal het gaan om interpretaties van juridiciteit en wetenschappelijkheid. Dit maakt de voorgestelde denkwijze natuurlijk weerbarstig aan elke poging om ze om te zetten in een kwantitatief “bibliometrisch” instrument (hierover zie nog infra, conclusie).

37. Uit het voorgaande kunnen een aantal vaststellingen worden gemaakt over de eigenheid van de rechtswetenschappelijke *output*. In de eerste plaats privilegieert de rechtswetenschap het tijdschriftartikel niet. Zelfs al hebben juridische tijdschriften hun plaats in de rechtswetenschappelijke output, dan zijn de belangrijkste werken hier ongetwijfeld de *traités*, de handboeken en de monografieën, en bijgevolg, werken in boekvorm waarvan de omvang toelaat om grootschalige, omvangrijke en exhaustieve systematiseringen uit te voeren en te presenteren. Het is vervolgens zo dat, vermits het de bedoeling is een impact te hebben op het verdere verloop van het recht, de rechtswetenschappers ook willen gelezen worden door de practici van het recht. Bijgevolg dringt het gebruik van de taal van dat recht zelf zich op en niet overal en altijd het (slecht) Engels.⁸¹ En omdat, tenslotte, het publiek waartoe de rechtswetenschappers zich richten dubbel is, zijn hun publicaties nooit “zuiver” of uitsluitend wetenschappelijk, maar hebben ze een gemengd karakter: ze worden geleid en bewaakt door redactiecomités die bestaan uit academici én practici, en hun publiek is veel breder dan de wetenschappers of academici in de juridische faculteiten.

38. De *double bind* van de rechtswetenschap is geen rem, hindernis of oorzaak van spanningen, maar stimuleert en genereert integendeel kwaliteit op twee fronten tegelijk. Hoe meer de kennis geproduceerd door juristen gerectificeerd, gepreciseerd en op de proef wordt gesteld, en dus robuust en betrouwbaar, en wetenschappelijk zal worden, des te meer autoriteit en invloed zal ze hebben als rechtsbron. En omgekeerd zal de robuustheid en “objectiteit” van de rechtswetenschappelijke kennis vergroten, naarmate die zal worden gemobiliseerd, gebruikt en getest in de juridische praktijk. De *double bind* optimaliseert zowel de rechtspraktijk als de rechtswetenschap.

4. De rechtswetenschap in de kenniseconomie en de ellende van de bibliometrie.

⁸¹ Men zou met een knipoog kunnen zeggen dat het veelvuldige gebruik van adagia erop wijst dat de lingua franca van de juristen nog steeds het Latijn is.

39. Vermits de rechtswetenschap een universitaire discipline is, is de vraag naar haar plaats tussen en vergelijkbaarheid met de andere academische disciplines legitiem. Inderdaad, indien “recht bedrijven” als dusdanig nog geen wetenschappelijke activiteit is, en dus niet als wetenschappelijk kan doorgaan, hoop ik te hebben aangetoond dat dit de mogelijkheid van een op de rechtspraktijk gearticuleerde rechtswetenschap niet wegneemt. Laten we het daarover eens worden vóór elke onderhandeling waarin dit onderscheid een tastbare inzet en concrete gevolgen heeft: het is verboden om de juristen uit te sluiten aan de tafels waar onderzoeksfondsen over de disciplines heen worden verdeeld onder het voorwendsel dat de wetenschappelijkheid van hun bijdrage per definitie onbestaande of problematisch is. Neen dus. Het zou trouwens geen slechte zaak zijn, moesten alle disciplines zich (regelmatig) de vraag van de condities en *constraints* van hun wetenschappelijkheid stellen, want deze laatste is nooit voor eens en altijd verworven.

Het moge aan het einde van deze bijdrage duidelijk zijn dan de rechtswetenschap niet alleen springlevend is, maar dat ze plaats neemt tussen andere wetenschappelijke disciplines in een breed en divers palet van wijzen en manieren om wetenschap te bedrijven. Die vaststelling is geen moeilijke: indien de scheikundigen wetenschap anders bedrijven dan de fysici, en die weer anders dan de vulkanologen, biologen, wiskundigen en sociologen, wat is er dan minder verrassend dat de rechtswetenschappers het ook anders, op hun wijze, doen? Men zou er zelfs bij kunnen winnen om met nieuwsgierigheid en “eetlust” over de tussenschotten heen te kijken en te leren (zonder dat dit moet leiden naar een allesopslopende en bijgevolg karakterloze synthese die “interdisciplinariteit” zou heten). Want, zou het niet kunnen dat de rechtswetenschappers, doordat ze zich *moeten* adresseren aan de rechtspractici, juist een bijzonder relevante wijze ontwikkelen om inhoud te geven aan de “objectiteitsvereiste” en andere vormen van kennis – die van “profanen” en (wetenschaps- en recht)liefhebbers⁸² - serieus dienen te nemen: rechtswetenschappers moeten zich wel interesseren voor vragen die in het veld leven als ze geen onverschilligheid willen oogsten, en, zoals we al zagen, is dat een sterke *constraint* van de rechtswetenschap.

40. Eens die principiële vaststellingen gemaakt zijn (“de rechtswetenschap bestaat, is singulier en verschillend van andere wetenschappen”) verschuift de focus bijna vanzelfsprekend naar een veld van spanningen, want de kenniseconomie kan simpelweg niets met kwalitatieve premissen, zij vereist kwantitatieve operationalisering die toelaat de competitie tussen universiteiten, de faculteiten, de vakgroepen en individuele academici te organiseren en te doen spelen. Competitie vereist geen inhoudelijke maar “rekenbare” criteria; een berekeningsmatrix stijl *Web of science* die toelaat de wetenschappelijke prestaties van alle onderzoekers op eenzelfde schaal, met dezelfde meeteenheid, te rangschikken, teneinde de toekenning van fondsen en bevorderingen van die rangschikking afhankelijk te maken. De metingen moeten niet-wetenschappelijke output uitsluiten en, in voorkomend geval, binnen de overgebleven, en dus wetenschappelijke productie, toelaten verfijsender te onderscheiden, tussen voldoende, goede en “excellente” wetenschappelijke output.

⁸² Cf. M. CALLON, P. LASCOUMES & Y. BARTHE, *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Paris, Seuil, 2001, 105-129 (met betrekking tot profane kennis. Wat betreft de « amateurs de science » : B. LATOUR, *La clef de Berlin et autres leçons d'un amateur de science*, Paris, la Découverte, 1993, in het bijzonder p. 7-11 (« Les amateurs de sciences ») en I. STENGERS, *Une autre science est possible! Manifeste pour le ralentissement des sciences*, o.c., 7-26 (« Pour une intelligence publique des sciences »).

Deze noodzaak om de dingen be- en verrekenbaar te maken, die een bestaansvoorwaarde is van elke vorm van markteconomie⁸³ heeft zich via het hedendaagse wetenschapsbeleid en -management verspreid tot in de verste uithoeken van de academische wereld. De uitvinding en proliferatie van bibliometrische of “scientometrische” technieken en hun grootschalige commercialisatie door bedrijven, geven een antwoord aan die noodzaak. Daarbij komt nog dat die technieken, die in de harde wetenschappen ingeworteld, uitgewerkt en ruim geaccepteerd zijn⁸⁴, werden getransplanteerd in de andere wetenschappen, waaronder de *humanities* en de rechtswetenschap.

41. Welnu, als er één plaats is waar de *tout terrain* bibliometrische standaard hevig in botsing is gekomen met de lokale praktijken, dan is dat juist in de rechtswetenschap. Inderdaad, de particulariteit van deze laatste drukt zich natuurlijk ook uit in de vormen, geadresseerden en inhouden van haar output, en die zijn effectief verschillend van die van de andere wetenschappen. Het is daar dat het voor de rechtswetenschappers niet opgaat: voor hen is een publicatie van een artikel in een Engelstalig “internationaal” tijdschrift met *double blind peer review* dat door het WoS werd “gezegend” allerm minst de meest courante, laat staan de enig mogelijke, getuigenis van wetenschappelijkheid of “excellentie”. Zelfs al is zo’n publicatie in sommige gebieden van de rechtswetenschap niet uitgesloten, dan toch komt de loodzware privilegiëring van dit soort publicaties over als een misplaatst criterium ; het legt de rechtswetenschap een carcan op dat niet alleen haar eigenheid niet respecteert, maar haar ook veroordeelt tot verlies in het grote avontuur van de “globale vrije concurrentie” tussen de wetenschappers van alle disciplines en landen.

42. Kortom, zelfs indien rechtswetenschap bestaat, én bloeit, dan is, in de kenniseconomie, de weg naar het respect en de erkenning die haar toekomen nog lang en bezaaid met hindernissen. Dat het mogelijk is om zich uit te spreken over het juridische en over het wetenschappelijke karakter van een voorstel of tekst betekent nog niet dat men dat op een onbetwistbare en definitieve wijze kan doen, noch dat ze daardoor kunnen worden ingevoegd in hiërarchische bibliometrische rangschikkingen (zeker als die meerdere tot alle disciplines omvatten). Indien bibliometrie, zoals blijkt, een onontbeerlijk instrument is geworden in de huidige organisatie van de verdeling van middelen en *honneurs* tussen academische eenheden uit verschillende disciplines, dan volgt uit het geschetste perspectief dat een minimaal gebruik van het euvel zich oplegt: hoe minder hoe beter. Dat het onderscheid tussen wetenschappelijk en niet-wetenschappelijk per discipline wordt uitgemaakt en de middelen verdeeld, en dat het dan ook daarbij blijft ! Want voor kwalitatieve evaluatie is bibliometrie ontoereikend. Het is in dat verband overigens opvallend dat kwesties van wetenschappelijkheid, van waarde en verdienste van bijdragen pas bij de invoering van de concurrentie als organisatieprincipe van het universitaire landschap, zijn gaan spelen in termen van evaluatie, beloning, sancties en *survival of the fittest*. Vanuit het perspectief op wetenschap als een collaboratieve en collectieve productie van robuuste en betrouwbare kennis, zijn wetenschappelijkheid en excellentie echter geen evaluatiecriterium maar het gevolg van een goed uitgevoerd collectief werk.

⁸³ Cf. B. LATOUR, *Enquête sur les modes d'existence*, o.c., 405, met verwijzingen naar het werk van Michel Callon.

⁸⁴ Hierover S. GUTWIRTH & J. CHRISTIAENS, “Les sciences et leurs problèmes ..., o.c., vierde deel.