

**FORUM****KLASSIEKERS OVER DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT #13: HET BESTUURSRECHT DER WERKELIJKHEID****ROLF ORTLEP - 03.08.2021**

Het is dit jaar honderdelf jaar geleden dat I.H. Hijmans (1869-1937) zijn rede [*Het recht der werkelijkheid*](#) (Haarlem: Bohn 1910) hield. De lezer kan die titel overigens herkennen als de titel van het tijdschrift van de Vereniging voor de sociaalwetenschappelijk bestudering van het recht. Samen met andere rechtswetenschappers uit die tijd, zoals H.J. Hamaker (1844-1911) en W.L.P.A. Molengraaff (1858-1931), had Hijmans al oog voor de multidisciplinaire respectievelijk multidimensionale benadering van het recht. Andere wetenschappen werden nadrukkelijk niet als vervanging van de rechtswetenschap gepresenteerd maar slechts als hulpwetenschap (vergelijk tevens de rede van [W.L.P.A. Molengraaff, *Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap*, Haarlem: Bohn 1885](#)).

Zoals de lezer waarschijnlijk bekend is, staat ook nu de multidisciplinaire respectievelijk multidimensionale benadering van het recht op de agenda. Dit is terecht maar dus niet nieuw. Het is ook in dat licht niet constructief om de rechtswetenschap de maat te nemen door te komen met allesbepalende nieuwe inzichten als de sociologische, psychologische en empirische bestudering van het recht, of met de valse tegenstelling: geen ‘*law in books*’ maar ‘*law in action*’. En het wordt bijna bedroevend als daarbij een stropopredenering wordt gehanteerd, in de zin van het zonder interesse en kennis optrekken van een lelijk gebouw (artikelpluizerij) om ten eigen faveure dat gebouw met de grond gelijk te maken.

Zelf zie en voel ik geen tegenstelling en ik ben altijd nieuwsgierig naar andere inzichten uit ook andere wetenschappen, zonder evenwel mijn eigen wetenschap te verloothen. Welke benadering voor de wetenschappelijke bestudering van het recht ook wordt gekozen, in de kern gaat het om hetzelfde: de ‘toetsing van het bestaande en voorbereiding van het toekomstige recht’ ([Molengraaff 1885, p. 24](#)). Hierbij gaat de rechtswetenschapper zowel inductief als deductief te werk: het gebeuren in de maatschappij waarnemen en beschrijven om zodoende de samenhang van oorzaak en gevolg te ontdekken die in het rechtssysteem als regels kunnen worden geformuleerd (induceren), om daarna uit dat opgebouwde rechtssysteem op te maken (deduceren) wat de voor de maatschappij toepasselijke regels en beginselen zijn (vergelijk reeds [W.L.P.A. Molengraaff, ‘Eenige](#)

[opmerkingen over de methode van recht en wetgeving in Engeland en op het continent](#), *RM* 1882, p. 221-234, p. 225 e.v.).

Op dezelfde werkwijze is de bovengenoemde rede van Hijmans tot stand gekomen. In de wisselwerking tussen de maatschappij en het recht betoogde hij dat de voornaamste rechtsbron niet de wet is, 'maar de levende werkelijkheid zelf. Deze draagt haar recht in zich, en de rechtsorde is één harer zijden' (p. 13-14). 'Steeds en overal, ook waar de wet spreekt, zal in de eerste plaats worden gezocht naar het recht, dat uit de werkelijkheid zelve voortvloeit, en al heel sterk zal de stem der wet moeten zijn, om over de eischen der werkelijkheid te kunnen triumpheeren. Alleen daar waar de wet bevelen bevat, waar zij ter bereiking van bepaalde doeleinden, met name ter bevordering van sociale rechtvaardigheid, voorschriften heeft opgesteld om de maatschappij in zekere richting te dringen, zal aan die bevelen moeten worden gehoorzaamd' (p. 14-15).

De door hem verkondigde leer van 'het recht der werkelijkheid' vereiste onder meer een andere rechtspraak: 'iets anders is het in zijn wetboek te snuffelen, iets anders het leven zelf te bezien' (p. 15). De vraag die zich vervolgens ook voor Hijmans aandiende was hoe de rechter de werkelijkheid moest raadplegen en hoe hij dat recht moest leren kennen. Zijn antwoord: 'den rechter te verwijzen naar zijn rechtsgevoel' (p. 16). Het enkel verwijzen naar het rechtsgevoel, een psychische factor, dat door oefening geschoold moet worden, was ook voor hem vanzelfsprekend ontoereikend (p. 17), en hij vervolgde: 'De werkzaamheid zelf van het rechtsgevoel bestaat in een alzijdige doorgronding van het te beoordelen geval, in een beschouwing van dat geval in zijn samenhang met de maatschappelijke verhoudingen, waartoe het behoort, en ten slotte in een zorgvuldig wikken en wegen van hetgeen voor de eene en de andere beslissing kan worden aangevoerd' (p. 18). Tegen een dergelijke opvatting is volgens Hijmans maar één bezwaar: 'vrees voor rechterlijke willekeur' (p. 18). Hij zet daartegenover 'dat het gevaar voor rechterlijke willekeur', 'bij de zoogenaamd aan de wet gebonden rechtspraak, zeker niet minder groot is' (p. 19). En hij vervolgt: 'Als de rechter steeds rekenschap geeft van de feiten, die hij heeft geraadpleegd, en de overwegingen die hem tot zijn oordeel hebben geleid, is willekeur meer uitgesloten dan bij legistische rechtspraak, die al zeer licht een artikel weet te vinden, waarop zij de door haar gewenschte uitspraak weet te doen steunen, als ware het een kapstok, die elk kleedingstuk moet dragen, dat daaraan wordt bevestigd!' (p. 21).

Voor wie de huidige discussie over het bestuursrecht, zoals die naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagaffaire, de oproep tot meer responsiviteit, maatwerk, dienstbaarheid, evenredigheid en redelijkheid en billijkheid, volgt, zijn de rede van Hijmans en de geschriften van andere rechtswetenschappers uit die tijd, zoals die van Hamaker en Molengraaff, een 'feest' van herkenning. Ik noem slechts de volgende onderwerpen die daarin terugkomen: verhouding tussen wet en recht, verhouding tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid, (voorkomen van)

rechterlijke willekeur, belang van de persoon van de rechter, rechterlijke rechtsvorming, bovenindividuele belangen, rechtspolitiek, billijkheidsuitzonderingen, (angst voor) precedentwerking, empathische rechtstoepassing en discursieve motivering (wik en weegkunst).

Dat die onderwerpen tevens in de huidige discussie over het bestuursrecht besproken worden, is niet verwonderlijk, omdat ook Hijmans een niet aan tijd en rechtsgebied gebonden thema aansneet: de werkelijkheid van het recht ligt niet alleen in de wet maar juist ook in de maatschappij, en, als onderdeel daarvan, hoe de burger het recht ziet, ervaart en waardeert. De gedachten van rechtswetenschappers zoals Hamaker, Molengraaff en Hijmans, hebben dan ook weinig aan kracht ingeboet. Dit toont maar weer de waarde van de bestudering van de rechtsgeschiedenis (verticale rechtsvergelijking) aan, hetgeen tevens kan bijdragen om met interesse en kennis het gevoel te onderdrukken om de rechtswetenschap de maat te nemen en juist gezamenlijk met wederzijds respect op te trekken.