

Tilburg University

"Woorden doen er in een rechtsstaat toe!"

Adams, Maurice; Prins, Corien

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
2021

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Adams, M., & Prins, C. (2021). "Woorden doen er in een rechtsstaat toe!": Ernst Hirsch Ballin als academicus, minister en staatsraad. *Nederlands Juristenblad*, 96(44), 3610-3619.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

‘Woorden doen er in een rechtsstaat toe!’

Ernst Hirsch Ballin als academicus, minister en staatsraad

Maurice Adams & Corien Prins¹

Ernst Hirsch Ballin gaat met emeritaat. Behalve vele decennia actief als academicus, was Hirsch Ballin de langzittende minister van Justitie sinds de Grondwetswijziging van 1848. Alle reden om met hem in gesprek te gaan en stil te staan bij een aantal leidende thema's in zijn denken over niet alleen het recht en de rechtsstaat in den brede, maar ook de toekomst van het constitutionele recht, het juridisch onderwijs en de methodologie van rechtswetenschap. Maar ook een gesprek om 'de mens' achter 'de baan' scherper te krijgen.

Eind deze maand sluit Ernst Hirsch Ballin zijn werk af als universiteitshoogleraar aan Tilburg University, nadat hij eind september al bij zijn andere werkgever, de Universiteit van Amsterdam, met emeritaat was gegaan. Behalve vele decennia actief als academicus, was Hirsch Ballin de langzittende minister van Justitie sinds de Grondwetswijziging van 1848. In een destijds (november 2010) speciaal door het Ministerie van Justitie opgestelde afscheidskrant werd het aantal dagen er ook bij vermeld: 3145! In de ranglijst wordt hij gevolgd door achtereenvolgens Theo Heemskerk, Jan Donner, Frits Korthals Altes en Dries van Agt. De samenstellers van de afscheidskrant merkten op dat, om de langzittende minister van Justitie 'aller tijden' te worden, hij Cornelis Felix van Maanen had moeten passeren. 'Een in de huidige tijd vrijwel onmogelijke opgave: op een korte periode tijdens de Belgische Opstand (1830) na, was Van Maanen Minister van Justitie van 1815 tot 1842, dus bijna 27 jaar.'²

Niet alleen als rechtswetenschapper en politicus heeft Hirsch Ballin zich ingezet voor de ontwikkeling en toepassing van het recht. Als jurist bekleedde hij tal van functies. Zo was hij in de periode augustus 2003 tot september 2006 voorzitter van de Afdeling bestuursrecht-spraak (Raad van State). Meer recent was hij, naast het hoogleraarschap in Tilburg en Amsterdam, als raadslid verbonden aan de Wetenschappelijke Raad voor het Regeeringsbeleid (WRR), lid van de Adviesraad Internationale Vraagstukken (AIV) en voorzitter van het T.M.C. Asser Instituut.

Ernst Hirsch Ballin is er de man niet naar om nu de pen neer te leggen en zich niet langer academisch, maatschappelijk en politiek te engageren. Toch markeert het afscheid een belangrijk moment in de lange en veelzijdige

Het afscheid markeert een belangrijk moment in de lange en veelzijdige carrière van een jurist die de academicus en politicus in hem met elkaar moest verenigen

carrière van een jurist die de academicus en politicus in hem met elkaar moest verenigen. Maar ook *wist* te verenigen. De jurist die als minister medeverantwoordelijkheid droeg voor beleidskwesties en de daarmee verbonden wetgevingsprojecten, reflecteerde daar als hoogleraar in talloze geschriften op. We vermelden de herziening van de rechterlijke organisatie en de Algemene wet bestuursrecht (1993-1994), en later de herziening van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden en de Vreemdelingenwet (2010). Minder bekend, maar ook intensief was zijn betrokkenheid bij wetgeving op verschillende beleidsterreinen in de Raad van de Europese Unie.

Alle reden om met hem in gesprek te gaan en stil te staan bij een aantal leidende thema's in zijn denken over niet alleen het recht en de rechtsstaat in den brede, maar ook de toekomst van het constitutionele recht, het juridisch onderwijs en de methodologie van rechtswetenschap. Maar ook een gesprek om 'de mens' achter 'de baan' scherper te krijgen. Wat dat betreft is de volgende passage

uit de genoemde afscheidskrant een mooi vertrekpunt: 'Een man met een missie', wordt hij genoemd, 'iemand met een sterke drive om zijn idealen te verwezenlijken.' Anderen roemen zijn 'ongeëvenaard juridisch inzicht', dat hij weet te combineren met 'diepgaande levensbeschouwelijke, religieuze en filosofische kennis'. Hij is 'een scherpzinnig en intelligent theoreticus', die echter 'precies weet hoe het in de dagelijkse praktijk werkt'. Ook zijn inzet – op allerlei podia – voor 'het vergroten van vrijheid, veiligheid en recht in Europa en de rest van de wereld', wordt geroemd. Velen noemen hem 'veeisend', maar vonden het ook 'een voorrecht om voor hem te mogen werken.'

We zoeken Ernst Hirsch Ballin op een zomerse dag in zijn huis in Tilburg op en nemen als bagage voor ons gesprek niet alleen talrijke geschriften, jaren van samenwerken, maar ook een vleugje geschiedenis in de vorm van oude interviews mee.

Waakzaam

We starten het gesprek met de periode waarin hij als volksvertegenwoordiger plaatsnam in de Tweede Kamer. Najaar 1994 ging het CDA – met toen 34 zetels – voor het eerst in zijn bestaan de Algemene Beschouwingen in als oppositiepartij. Met Ernst Hirsch Ballin – voormalig minister van Justitie – als Kamerlid. In een interview uit die periode antwoordt hij op de vraag hoe hij aankijkt tegen het regeerakkoord van Paars I (kabinet-Kok I) met de opmerking dat 'paars' noopt tot 'waakzaamheid'.³ Opvallend zijn de overeenkomsten tussen de coalitiebesprekingen destijds en die anno 2021. Behalve dat ook toen al Tjeenk Willink als informateur optrad, prevaleerde de wens het regeerakkoord vooral niet 'dicht te timmeren' en sprak men over een nieuw politiek klimaat. Hirsch Ballin liet daarover in het genoemde interview optekenen: 'Er zit iets heel merkwaardigs aan het tot stand komen van deze socialistisch-liberale coalitie. Informateur Tjeenk Willink constateerde op een gegeven moment dat er maar beperkte verschillen waren tussen de vier grote partijen. Ik kon me deze constatering wel voorstellen: de discussies tijdens de formatie gingen in hoge mate over sociale zekerheid en overheidsbudgetten, en daar bleek dat de verschillen in de zo verzakelijkte politiek uiterst gering waren. Maar nu komt het: ten aanzien van onderwerpen waarbij een bepaalde visie onontbeerlijk is – ontwikkelings samenwerking, onderwijs, de sociaal-economische orde – laat het regeerakkoord alles open.' Juist de vele open einden bij kwesties waar de lastige beslissingen zitten en je – in de woorden van Hirsch Ballin – 'juist wilt weten hoever je kunt gaan', noopten hem tot waakzaamheid.

Het begrip waakzaamheid loopt ook als een rode draad door ons gesprek. Duidelijk wordt dat het Hirsch Ballin om meer gaat dan waakzaam zijn op dagelijkse concrete politieke vraagstukken – '... de vraag: hoe bereiken we een resultaat dat goed is voor de Nederlandse

Het begrip waakzaamheid loopt ook als een rode draad door ons gesprek

samenleving?⁴ – maar ook ziet op waakzaamheid waar het de omgang betreft van politiek en samenleving met fundamentele rechten, menselijke waardigheid en de democratische rechtsstaat.

Gevraagd hoe hij – vanuit waakzaamheid – terugkijkt op zijn loopbaan, grijpt Hirsch Ballin in ons gesprek allereerst terug naar zijn jeugd. 'Ik heb me pas achteraf gerealiseerd hoe present eigenlijk elke dag oorlog, bezetting en vervolgingen waren. Bij ons thuis en trouwens ook op school; dat gold ook voor veel medeleerlingen op het Amsterdams Lyceum. In die zin ben ik niet in een veilige omgeving opgegroeid. Wel in een beschermende.'

De officiële koestering van vrijheid en verdraagzaamheid bleek in de halve eeuw na de Tweede Wereldoorlog in ieder geval minder solide dan verondersteld. 'In retrospectief had ik een aantal dingen nog vaker en scherper aan de orde moeten stellen, al heb ik daar zeker niet het zwijgen toe gedaan. In de tijd van het vierde kabinet-Balkenende zag niet alleen ik, maar ook een paar collega's uit de Partij van de Arbeid en het CDA, dat dingen niet goed gingen met wat in onze ogen essentieel was en is voor democratische en rechtsstatelijke continuïteit in Nederland. Die was na de Tweede Wereldoorlog gebouwd op een fundamentele consensus van de grote volkspartijen: PvdA en KVP, later CDA, ook al concurreerden ze om de eerste plaats. Aanpassing aan de neoliberale trend die vanaf de jaren negentig doorzette, verzwakte hun karakteristieke profiel, wat werd gecompenseerd met meer vijandigheid in en na verkiezingscampagnes. Dat leidde in het eerste decennium van deze eeuw tot onvermogen van de twee grote volkspartijen, waarvan inmiddels niet veel meer over is, om elkaar te vinden bij onderwerpen zoals de ontslagbescherming, milieu en buitenlands beleid.'

Toch, wie de geschriften van Hirsch Ballin er nog eens op naleest, beseft dat hij vanuit zijn 'waakzaamheid' wel degelijk een scherp oog had voor grote kwesties die anderen pas veel later onderkenden. Zo waarschuwde hij in zijn Tilburgse diesrede van 1993 voor de zelfgenoegzaamheid die ons te vaak belet om, zoals hij het verwoordde, 'beter te reageren op de nog zwakke signalen van een latente crisis'. Daarbij wees hij destijds al op ontwikkelingen die wij inmiddels allemaal waarnemen: 'publicitair alarmeren en reageren', afbreuk van 'ideële en politieke oriëntaties' en 'de voortekenen van een alternatieve, criminele machtsstructuur, de voortgaande verschuiving van milieulasten naar toekomstige generaties en de massale trek naar verstedelijkte gebieden, zowel in de Derde Wereld, als in West-Europa en Noord-Amerika'.⁵

Auteurs

1. Prof. mr. M. Adams is hoogleraar Encyclopedie van het recht aan Tilburg University. Prof. mr. J.E.J. Prins is hoogleraar recht en informatisering aan Tilburg University, voorzitter van de Wetenschappelijke

Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), en redactielid van het Nederlands Juristenblad.

Noten

2. Afscheidskrant 'Ernst', Ministerie van Justitie, Den Haag, november 2010, p. 1.

3. 'De waakzaamheid van Tweede-Kamerlid Ernst Hirsch Ballin', *Nederlands Dagblad* 21 september 1994, p. 13.

4. Idem.

5. 'De staat van Nederland', p. 44, in: Ernst Hirsch Ballin, *Recht doorgronden – Keuze*

uit wetenschappelijk werk over publiekrecht, rechtsstaat en beleid 1993-2021, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 29-46 (nog te verschijnen).



Tijdens het wekelijks vragenuurtje, 28 september 2010 © Peter Hilz / ANP

Loyaliteit aan gedachtegoed, niet aan voertuig

Behalve in de juridische faculteit, was Hirsch Ballin tijdens zijn Amsterdamse studententijd actief in D66. Het was de tijd van de vernieuwing en hij voelde zich aangetrokken tot het denken en werken van deze partij. Hij participeerde in werkgroepen rondom het thema mensenrechten, maar kon zich uiteindelijk niet verenigen met het standpunt van de partij bij onderwerpen die te maken hebben met leven en dood. In 1974 maakte hij de overstap naar de KVP, en daarmee naar het latere CDA. Om tijdens ons gesprek wel vast te stellen: 'Ja, de partij waarvan ik in 1974 lid ben geworden, de KVP, daarvan is nog maar weinig te herkennen in het CDA van 2021. Dus dat is iets wat ik wel onder ogen moet zien.'

Als we hem vervolgens vragen tot hoe ver zijn loyaliteit aan de partij reikt, is zijn reactie: 'Ik gebruik het

woord loyaliteit ten opzichte van de partij eigenlijk niet, wel aan het christendemocratische gedachtegoed en het christelijke sociale denken.' Een partij is daarvan niet meer dan het voertuig, zo maakt hij ons duidelijk. Het doet hem pijn dat met de implosie tijdens de meest recente Tweede Kamerverkiezingen, de partij nauwelijks nog dat voertuig kan zijn. Maar hij blijft zich verbonden voelen met mensen die proberen de partij uit het slop te trekken. Uit de partij stappen zal hij zo snel niet, al waren er haast ondraaglijke momenten zoals de (inmiddels weer verbroken) samenwerking met Forum voor Democratie in Noord-Brabant. 'Daartegen heb ik mij ook publiekelijk uitgesproken, in een poging samen met Paul Rüpp (nu net in het nieuwe partijbestuur gekozen) en anderen om dat tegen te houden, maar ook om duidelijk te maken dat dit niet namens mij gebeurt. Dus dat zijn wel de grenzen. Niet meedoen aan verkeerde dingen. Ze niet in de hand

Als minister van Justitie tijdens het kabinet-Lubbers III maakte Hirsch Ballin zich sterk voor een toets – alvorens een voorstel de ministerraad passeert – op de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van een beoogde (wettelijke) maatregel

werken, geen compromissen die stappen in de verkeerde richting zijn.’

Hirsch Ballin wijst op dit moment in het gesprek op de rol van wat hij ‘groepsgewijze diffamering’ noemt: ‘Het is een heel erg academische formulering, maar het gaat over het minachtend, kwetsend, dehumaniserend spreken over andere mensen. Dat gaat voor mij een grens over nog voordat die woorden in praktijk zijn gebracht.’ Opletten en dus waakzaam zijn is ook hier noodzakelijk, zo stelt hij vast. ‘Dat woorden ertoe doen, was ook wat Arnon Grunberg duidelijk maakte in zijn 4 mei-lezing in 2020, waarin ik heel veel herkenning had. Woorden doen ertoe. Dus als die woorden door anderen worden gesproken, moet ik mij ertegen kunnen uitspreken. Als ze namens mij zouden worden gesproken, kan ik dat niet aanvaarden.’

Decennia gewend aan publiciteit en kritische berichtgeving, vragen we hem naar de rol die sociale media hierin vervullen. ‘Ik heb daar zelf ervaring mee en ik weet hoe publicitaire processen werken op het moment dat iemand erin slaagt om een diffamerend verhaal in de wereld te zetten. Want mensen diffameren op basis van kwetsbaarheid, onvermogen en dergelijke, is een heel geraffineerde en wijdverbreide techniek. Dus let ik maar niet meer op tweets. Daarmee ontzeg ik me nu de leuke tweets van mensen die enthousiast iets delen nadat ze een bijeenkomst hebben bijgewoond waar ik heb gesproken. Gewoon omdat ik niet getraakteerd wil worden op tweets van die aanhangers van de politieke bewegingen die nu weliswaar geen, of nog maar hoogst zelden, ruiten en gevels bekladden, maar die mensen wel bekladden via de elektronische media.’

Op de betekenis van taalgebruik komen we later terug.

Vis, mest en hardrijden: over sociale cohesie en de uitvoerbaarheid en handhaving van regelgeving

Als minister van Justitie tijdens het kabinet-Lubbers III maakte Hirsch Ballin zich sterk voor een toets – alvorens een voorstel de ministerraad passeert – op de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van een beoogde (wettelijke) maatregel. In een interview met dagblad *Trouw* zei hij daar destijds over: ‘We kampen in dit land met een handhavingstekort, een probleem dat minstens zo ernstig is als het financieringstekort. Maar al te vaak komt er beleid tot stand waarbij het falen als het ware vooraf ingeprogrammeerd is.’⁶ Het gaat erom, aldus Hirsch Ballin destijds, ‘dat wetten en andere regels in het ritme blijven met handhaving. Daar hebben we een dramatische achterstand, kijk naar de vis, de mest en het hardrijden.’⁷ Om te vervolgen: ‘Nu is het zo dat ministers langs Financiën moeten om te kijken of hun plannen op dat terrein wel haalbaar zijn.

Justitie kijkt alleen of de voornemens niet in strijd zijn met de wet. Dat moet dus uitgebreid worden met de eis of de nieuwe regel wel na te leven is en politie en justitie er mee uit de weg kunnen. Anders worden te veel bedachte regels een dode letter.’ De krant illustreerde zijn voorstel met het destijds door de Minister van Verkeer en Waterstaat bepleite spitsvignet. Hirsch Ballin meende dat het met de toenmalige middelen onmogelijk was deze maatregel af te dwingen. Het plan werd vervolgens, onder meer daardoor, afgevoerd van de agenda, aldus de krant.

In hedendaagse termen zouden we dit pleidooi scharen onder ‘doenbare wetgeving’. Maar reflecterend op de drie kabinetsperiodes waarin hij ons land als minister van Justitie mocht dienen, wordt duidelijk dat er voor Hirsch Ballin meer achter schuil ging dan het bewerkstelligen van een breuk met de instrumentalistische denkwijzen die zeker destijds dominant waren. ‘Te zeer zagen beleids-makers het opstellen van een wet als sluitstuk van wat er gedaan moest worden en vonden juristen het prima om op die manier gebruikt te worden.’ Maar Justitie moet bijdragen aan sociale cohesie, en kan haar rol ook niet vervullen zonder sociale cohesie, aldus Hirsch Ballin. Inzicht in de samenleving is cruciaal voor goed beleid en werkbaar wetgeving, zo maakt hij duidelijk. ‘Zo heeft veel kleine criminaliteit te maken met het ontbreken van een omgeving, een sociale functionele omgeving die mensen ondersteunt in het naleven van normen. De vervanging van tramconducteurs door stempelautomaten was het beeld van de commissie-Roethof,⁸ waar ik destijds lid van was, dat me is bijgebleven en heeft geïnspireerd na te denken over het belang van sociale cohesie.’ En: ‘We hebben er ten tijde van het vierde kabinet-Balkenende de bundel *Justitie = sociale cohesie* aan gewijd. Mijn toenmalige collega Nebahat Albayrak en ik hebben er het voorwoord voor geschreven.’ Glimlachend: ‘Ik heb er nog wat exemplaren van, voor wie geïnteresseerd is. Toen ik net was opgevolgd op Justitie, heb ik gevraagd of, als er misschien nog exemplaren over waren, ik ze dan mocht hebben voordat ze de kast in gingen of wellicht zelfs de prullenbak.’

Hij voegt er nog een paar opmerkingen aan toe, omdat ‘dat thema voor mijn politieke betrokkenheid van bijzondere betekenis is’. Hij wijst erop dat politiek destructief werkt als ze op vijandschap inspeelt en die versterkt. ‘Politiek in een constitutionele context als de onze

6. *Trouw* 31 december 1990, p. 4.

7. De aanpak van overbevising, mestoverschotten en hardrijden stelden politiek en handhavers ook destijds al voor de nodige uitdagingen.

8. Hein Roethof was lid van de Tweede Kamer voor de PvdA en begin jaren tachtig voorzitter van de commissie Kleine Criminaliteit, ingesteld door de toenmalige Minister van Justitie F. Korthals Altes.

moet de maatschappelijke basis van de democratische rechtsstaat juist overeind houden en waar nodig versterken. Sociale cohesie is geen te beschermen status quo, zoals in het verhaal van degenen die de komst van migranten zien als een bedreiging ervan. Nee, het is een kenmerk van een samenleving die in ontwikkeling blijft. Goed Justitiebeleid draagt daaraan bij, onder andere door “subsociaal” gedrag, zoals de strafrechtvernieuwer M.P. Vrij (1895-1955) het noemde, tegen te gaan, liefst met preventiebeleid.’ Hirsch Ballin vindt daarom ook dat het een goede keus was om het bevorderen van sociale cohesie als verbindend thema mee te geven aan de in 2007 gevormde coalitie van CDA, PvdA en CU. Destijds vereenvoudigd weergegeven als ‘Samen werken, samen leven’. ‘Helaas gleed de aandacht daarvoor snel weg, al probeerden we in het Justitiebeleid dat leidende idee wél waar te maken. Een belangrijk resultaat hiervan was de opening van veiligheidshuizen, voor een preventieve aanpak van criminaliteit, in alle regio’s.’

Beginselenbenadering van het recht

Ernst Hirsch Ballin aarzelde tussen studierichtingen die in het domein lagen van de geesteswetenschappen, sociologie, politicologie en rechtswetenschappen. De trigger om toch voor de juridische studie te kiezen was het leerboek van A.D. Belinfante dat op het bureau van zijn vader lag en waarin het staatsrecht werd teruggebracht tot een aantal beginselen. Een nogal niet-instrumentele benadering van staatsrecht dus. Het sprak hem aan. Zo’n oriëntatie op beginselen is ook prominent aanwezig in zijn dissertatie, getiteld *Publiekrecht en beleid*, waarin hij onder andere reflecteerde op het publiekrecht in verhouding tot het privaatrecht. Maar ook daarin is er ontwikkeling geweest: ‘Ik ben steeds beter gaan zien dat het in de verhouding burger-overheid niet langer gaat over de situatie waarin een overheid bescherming biedt aan de burger-onderdaan, die daar dan gehoorzaamheid en loyaliteit van die onderdaan voor terug verwacht; een denkwijze die sinds het sociaal contract-denken van Hobbes dominant is. Nee, het gaat veeleer om de verbinding van vrijheid en verantwoordelijkheid.’

Met die laatste trefwoorden zou Hirsch Ballin ook het publiekrecht van vandaag willen omschrijven, veel minder dan via termen als bevoegdheid. ‘Het interview over de vis, de mest en hardrijden dat jullie eerder aanhaalden, kwam tot stand in een periode waarin voor mij de thematiek van waarden en deugden voor het Justitiebeleid ook scherper in beeld kwam. En dat is dus een niet-instrumentalistische benadering van het recht. Het is evenmin een reduceren van de taak van de wetgevingsjurist, of van het Ministerie van Justitie tot het aanleveren van de techniek en de handhavingsbevoegdhe-

den. Het betekent, zoals ik eerder al opmerkte, dat Justitie ook heeft te staan voor het belang van sociale cohesie. Dat heeft heel veel te maken met je kijk op mensen. Levinas, de grote uit Litouwen afkomstige Frans-joodse filosoof (1906-1995), leverde een van de twee motto’s van het boek dat ik momenteel aan het schrijven ben onder de titel *Waakzaam burgerschap*. Dit boek zal begin 2022 bij Querido verschijnen. Ik ben ooit op Levinas geattendeerd door mijn echtgenote Pauline. Ik had dat niet uit Amsterdam meegekregen, maar Pauline wel hier in Tilburg als studente bij Jan Loeff. Die liet zijn studenten Levinas lezen bij wijze van inleiding in de rechtsfilosofie. De zogenoemde ‘ontmoeting met de Ander’ is in het werk van Levinas het beslissende moment. De ontmoeting met de ander op persoonlijk niveau, maar ook op het punt van de verhoudingen tussen mensen die worden gerekend tot een andere bevolkingsgroep. ‘Seeing Us in Them’, dat is ook de titel van een boek met heel veel empirisch onderzoek dat dit jaar door Amerikaanse collega’s is gepubliceerd,⁹ over de politieke betekenis van inlevingsvermogen. Dat is wat we nodig hebben om dat waanzinnige, fatale, dehumaniserende denken in termen van groepen met een superieure identiteit ten opzichte van een ander, tegen te gaan.’

Ook in Haagse kringen zijn er natuurlijk heel wat juristen voor wie de rechtsbeoefening alleen techniek is, zo poneren we. ‘Ja’, zegt Hirsch Ballin, ‘en als die naar een interdepartementaal overleg gaan, dan is hun reactie heel vaak dat iets juridisch niet kan en dan kijken ze niet verder dan de geldende wetgeving waarmee ze zijn opgevoed. Dan stellen ze zich niet de vraag of het anders kan. En om misverstanden te vermijden, het goede antwoord is natuurlijk ook niet: “Zegt u maar hoe u het wilt hebben, dan schrijf ik het wel op”.’ Er zijn voor Hirsch Ballin aan het recht inherente waardenoriëntaties die op verschillende manieren, in meervoud, en naar tijd en plaats verschillend en naar omstandigheden een uitwerking moeten krijgen, maar die je nooit uit het oog moet verliezen. ‘Dat is ook de betekenis van het natuurrecht als je het op een niet naturalistische manier opvat, zoals Max Müller dat omschreef: “Das ursprüngliche Im-Recht-Sein des in der Gemeinschaft und ihren Werken sich verwirklichenden Menschen.”¹⁰ Het gaat om het eigene van het mens-zijn, de mens die ook door het recht met andere mensen wordt verbonden. Dat is dus niet een of andere naturalistisch biologisme waaruit je conclusies kunt trekken en dan een soort schaduwrechtsorde kunt afleiden. In ieder geval, diegenen die denken dat het recht alleen maar een middel is voor daarbuiten gelegen functionele doeleinden, maken zichzelf tot instrument van krachten die onvoldoende kritisch tegemoet worden getreden. Ook daar past waakzaamheid.’

Diegenen die denken dat het recht alleen maar een middel is voor daarbuiten gelegen functionele doeleinden, maken zichzelf tot instrument van krachten die onvoldoende kritisch tegemoet worden getreden

De toeslagenaffaire

Het gesprek komt hiermee onvermijdelijk op de toeslagen-affaire. In zijn preadvies voor de VAR Vereniging voor Bestuursrecht uit 2015¹¹ is hij erg kritisch over de ideologische verschraving van de taak van de bestuursrechter, 'die niet op de stoel van het bestuur zou mogen gaan zitten, maar zich daarmee er te veel van heeft laten weerhouden op zijn eigen stoel plaats te nemen'.¹² Dat is een treffend beeld. Is de toeslagenaffaire een aangekondigde crisis gebleken? Hirsch Ballin meent in ieder geval dat wat hij destijds schreef, hij zelfs veel sterker had moeten verwoorden. 'Maar aan de andere kant, op dat moment was het geschikt en voldoende bij de vakgenoten om te zeggen: "Hé, hier gebeurt iets, hier moeten we nog een keer over denken"'. Dat heeft de Afdeling bestuursrechtspraak daadwerkelijk opgepakt.¹³

Ernst Hirsch Ballin is in 2000 lid geworden van de Raad van State en in 2003 voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak. Daarmee is hij een van de voorgangers van Bart Jan van Ettehoven.¹⁴ 'Ik ben drie jaar voorzitter geweest en toen heb ik een begin kunnen maken, echt niet meer dan dat, met wat veranderingsprocessen, waarvan ik besepte dat die alleen maar heel geleidelijk konden plaatsvinden. Daarbij speelde een aantal factoren een rol. Eén was de personele bezetting. Twee was de werkwijze en een andere verhouding tot de standaarden die intern waren ontwikkeld, en een derde was het vinden van de organisatorische ruimte om dat te doen. Dat heeft bijvoorbeeld geleid tot het later ook doorgevoerde idee om bepaalde zaken op een andere manier af te doen dan het gros van de zaken. Want een van de dingen die de Afdeling bestuursrechtspraak heeft ingesnoerd is de enorme werkdruk. De aantallen zijn van een dergelijke omvang dat ze alleen in een in vaste werkwijzen georganiseerd proces kunnen worden afgewerkt. We hebben geprobeerd bepaalde zaken uit dat proces te halen, door Grote Kamers te vormen die beter stappen kunnen zetten in de rechtsontwikkeling. En ook door de functie in te voeren van de advocaat-generaal, die dan institutioneel losstaat van Afdeling maar die vanuit die positie veranderingen in de rechtspraak kan stimuleren die er anders niet zouden komen. En ik heb een team met voortreffelijke kamer-voorzitters kunnen vormen.'

We wijzen opnieuw naar zijn preadvies voor de VAR, waarin eveneens het beeld ontstaat van een bijna ijzeren gebondenheid aan de gestandaardiseerde manier van afdoen van zaken. Zo'n benadering heeft ongetwijfeld ook

geholpen om een immense *caseload* met steeds minder vertragingen af te werken. 'Een deel van de collega's in de Afdeling hechtte sterk aan deze werkwijze, die ook mogelijk was omdat dit werd voorbereid door een staf die hard en zeer gedisciplineerd werkte volgens dezelfde richtlijnen. Maar dat bevatte soms ook bepaalde dogmatische kenmerken, bijvoorbeeld op het gebied van het vreemdelingenrecht, zoals: "Nieuwe feiten kun je later niet meer inbrengen". Dat uitgangspunt had trouwens een beleidsmatig onwenselijk gevolg voor de verblijfsduur, want het betekende dat een gewijzigde situatie alleen aan de orde kon worden gesteld helemaal aan het eind van het traject met een nieuwe aanvraag. Dat hebben we overigens heel bewust veranderd met wetgeving die ik samen met staatssecretaris Albayrak had voorbereid en in de demissionaire tijd van het kabinet-Balkenende IV toch nog tot stand kon worden gebracht. Hoe dan ook, je kunt alleen met een veelheid van synchrone acties in de organisatie iets veranderen, en natuurlijk ook alleen met juristen met een andere *mindset*. Ook daarover gaat dat preadvies voor de VAR.'

Wat dat laatste punt betreft geeft Hirsch Ballin ons nog mee: 'Diegenen met een achtergrond in het openbaar bestuur hadden vaak het idee dat bestuursrechtspraak marginale toetsing moet zijn en ook niet meer dan dat. Het is een term waar ik nooit van heb gehouden, want die wekt de indruk dat de rechter zijn taak maar halfslachtig uitvoert. De discussie over de taakopvatting van de bestuursrechter is ook verweven met een discussie die al speelde tijdens het ontstaan van de algemene bestuursrechtspraak in Nederland. Dat begon met de invoering in 1976 van de Wet Arob,¹⁵ met het stuk van Van der Hoeven dat twee jaar daarvoor was verschenen,¹⁶ en het moeizame gevecht om de Afdeling rechtspraak, later bestuursrechtspraak, een ruimer taakveld te geven. Ik maakte als

Je kunt alleen met een veelheid van synchrone acties in de organisatie iets veranderen, en natuurlijk ook alleen met juristen met een andere *mindset*

9. C.V. Sirin e.a., *Seeing Us in Them. Social Divisions and the Politics of Group Empathy*, Cambridge: Cambridge University Press 2021.

10. *Erfahrung und Geschichte: Grundzüge einer Philosophie der Freiheit als transzendente Erfahrung*, Freiburg/München: Verlag Karl Alber 1971, p. 347.

11. 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak: Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrecht-*

ter: Preadviezen uitgebracht door prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin, mr. dr. R. Ortlep, mr. dr. A. Tollenaar voor de algemene vergadering van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht op 22 mei 2015, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58 (VAR-reeks no. 154).

12. Ernst Hirsch Ballin, *Recht doorgronden – Keuze uit wetenschappelijk werk over publiekrecht, rechtsstaat en beleid 1993-2021*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 23 (nog te verschijnen).

13. In het *Jaarverslag 2017* (p. 61) van de

Raad van State meldde de Afdeling bestuursrechtspraak: 'Zoals in de literatuur niet onopgemerkt is gebleven, heeft dat er mede toe geleid dat de Afdeling bestuursrechtspraak is afgestapt van het gebruik van de term "marginale toetsing", die een te vrijblijvende opstelling van de rechter suggereert. De termen "beleidsvrijheid" en "beoordelingsvrijheid" zijn vervangen door "beleidsruimte" en "beoordelingsruimte", met als overkoepelende term "beslissingsruimte".'

14. Hirsch Ballin werd in het najaar van 2006 opgevolgd door Pieter van Dijk en die

weer door Jaap Polak.

15. De Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen, die sinds 1976 (tot de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht in 1994) beroep openstelde tegen vrijwel alle overheidsbeschikkingen. Het was de nieuwe Afdeling rechtspraak van de Raad van State die hiervoor bevoegd werd.

16. J. van der Hoeven, 'De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak', in *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1974, p. 658-678.

Hirsch Ballin ziet nu steeds duidelijker dat de opvatting van het staatsrecht die dominant aanwezig was in de tijd van zijn studie, een historicisme was, gebaseerd op een soort nationale mythologie van de Nederlandse staat en de Nederlandse onafhankelijkheidsstrijd

jonge ambtenaar op Justitie in 1977/1978 die discussie van nabij mee: het was ofwel beroep op de Kroon en dan heeft het bestuur, de politiek verantwoordelijke, het laatste woord. Of het is “gewoon” rechtspraak, maar dan zal die rechtspraak ook marginaal zijn en de waardering van feiten en belangen en uitleg van rechtsregels primair overlaten aan het bestuursorgaan. Dat is de denklijn over de bestuursrechtspraak die het indertijd heeft gehaald en die ook heeft doorgewerkt in een onkritische houding ten opzichte van de toeslagenhandhaving.’

De toekomst van het constitutionele recht en constitutionele rechtspraak 3.0

Ernst Hirsch Ballin werd in 1981 aan de toenmalige Katholieke Hogeschool Tilburg benoemd tot hoogleraar staats- en bestuursrecht. Dat culmineerde, na een lange carrière, ook buiten de universiteit, in een leerstoel als universiteitshoogleraar en een taakopdracht die het Nederlands en Europees constitutioneel recht omvat. We noemen het in Tilburg inmiddels dus niet meer staatsrecht. Dat is een mooie aanleiding om te spreken over de ontwikkeling van zijn vakgebied en waar het naartoe zou moeten gaan. ‘Jo van der Hoeven, toen die benoemd werd tot de opvolger van George van den Bergh in Amsterdam, wilde dat de leerstoel niet “staatsrecht” werd genoemd. Want, redeneerde hij, staatsrecht kun je alleen maar zeggen van een bepaalde staat. Daarom werd hij hoogleraar Nederlands staatsrecht. Mijn opdracht in 1981 luidde: staats- en administratief recht. Zo heette het nu eenmaal in Tilburg. En dan bij mij als toevoeging: in het bijzonder het vergelijkend administratief recht. Waarom noemen we het nu constitutioneel recht in plaats van staatsrecht? Omdat we het constitutionele recht niet meer beperken tot de enkele staat, waar dus de opmerking van Van der Hoeven betrekking op had. Het gaat niet langer om enkelvoudigheden, “het constitutionele” is opener, meer omvattend, meer gelaagd.’ Waarom dan toch Nederlands constitutioneel recht, zo vragen we? ‘Omdat het natuurlijk nog wel het constitutioneel recht is van het Koninkrijk der Nederlanden en van het land Nederland, naast dat van de Europese Unie. En heeft de Europese Unie dan een constitutioneel recht? Jazeker. Of je die nu zo noemt of niet, maar er is constitutioneel recht van de Europese Unie. Daar hoeft je geen Verdrag voor te hebben dat je Grondwet noemt.’

We bouwen voort op de observaties van Hirsch Ballin met de opmerking dat het constitutionele recht, maar ook het bestuursrecht, over publiek gezag gaat. Publiek gezag is een verantwoordelijkheid die kan voortkomen uit de attributie van publiek gezag in een grondwet, maar kan ook voortkomen uit situaties waarin het publiekrechtelijk-

ke gezichtspunt een rol moet gaan spelen in het uitoefenen van verantwoordelijkheden. Hoe ziet Hirsch Ballin dat? ‘In mijn proefschrift had ik het bijvoorbeeld over grote ondernemingen – ik geloof dat dat nog steeds actueel is – die in een positie zijn komen te verkeren dat hun beslissingen gevolgen hebben voor het leven van mensen op zo’n manier dat ze zich niet kunnen onttrekken aan verplichtingen die publiekrechtelijk van aard zijn. Dus zonder dat aan hen publiek gezag is toegekend door attributie. Dat thema is wel bij me gebleven. Dat heeft zich verder ontwikkeld en daar heb ik ook zwenkingen in meegemaakt, met periodes waarin ik zoekende was en tastende. Zeker gold dat voor de periode van de poging om nieuwe processen van ordening, van verhoudingen in de samenleving te ontwikkelen. Daarmee hadden we in de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten te maken. Het richtsnoer in die tijd was “deregulering”, omdat de graad van detaillering en de daaruit voortkomende lastendruk uit de hand liepen. Wij zochten een nieuwe benadering, waarbij meer werd vertrouwd op het vermogen van maatschappelijke verbanden om eigen afwegingen te maken. In onze adviezen werd nog veel nadruk gelegd op toetsing aan kwaliteitsmaatstaven, maar onder invloed van het neoliberale economische paradigma schoot dit in de laatste jaren van de vorige eeuw en de eerste van deze eeuw door. Dat leidde tot een afbraak van de bescherming die de sociale rechtsstaat had geboden aan mensen in een kwetsbare positie, rigoureuze privatiseringen en een verharding die ook aan de toeslagenaffaire heeft bijgedragen. De laatste jaren is echter een herwaardering van publieke taken op gang gekomen.’

Hirsch Ballin ziet nu steeds duidelijker dat de opvatting van het staatsrecht die dominant aanwezig was in de tijd van zijn studie, een historicisme was, gebaseerd op een soort nationale mythologie van de Nederlandse staat en de Nederlandse onafhankelijkheidsstrijd. ‘Het gaat om een opvatting van ons constitutionele recht als een gedemocratiseerde monarchie. Dat zag je terug in de destijds gebruikelijke studieboeken, zoals die van Van der Pot, bewerkt door André Donner, en van Van Haersolte. Mijn leermeester Jo van der Hoeven en het zeldzame gezelschap van zijn medewerkers bij de Universiteit van Amsterdam waren gangmakers in een vernieuwingsbeweging. Van der Hoeven doorzag de relatie tussen constitutionele normen en de ontwikkeling in politiek-ethische waarderingspatronen. De traditionele denkwijze heeft echter nog heel lang doorgewerkt. Tim Koopmans realiseerde in Leiden wel een breuk met de nadruk die Rijpperda Wierdsma op de formele aspecten van het staatsrecht had gelegd, maar dat is weer een verhaal apart.’

We vragen ons inmiddels af hoe dit zich weet te verhouden tot het burger-overheid paradigma waar we eerder tijdens ons gesprek op reflecteerden, en dat verwijst naar een verticale gezagsverhouding. Het is een paradigma dat nog steeds doorwerkt in bijvoorbeeld het denken over nationaliteit en burgerrechten, en over de rechten van de mens. Een voorbeeld wat dit laatste betreft: 'Ik ben ook in de tijd van het vierde kabinet-Balkenende tegen de opvatting aangelopen dat het toch helemaal verkeerd was als we het Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten zouden aanvaarden. Daarin staat namelijk een klachtenprocedure opgenomen, en dat zou dan betekenen dat je dergelijke rechten als iets zou gaan opvatten waarop je je bij de rechter kan beroepen en de overheid en anderen op kan aanspreken. Dat Protocol is trouwens nog steeds niet geratificeerd door Nederland, en die denkwijze is nog steeds ook in de politiek aanwezig. Het is een denkwijze die een taai leven heeft bij mensen die bestaande posities willen beschermen, maar dat is aan het veranderen. Die verandering past in een relationele rechtsopvatting, waarbij het niet meer alleen gaat over de bevoegdheden van de staatsmachten, maar ook om verhoudingen met andere actoren in de samenleving, zoals die dominante ondernemingen waar we het over hadden, ook buiten de Nederlandse samenleving, Europees en internationaal. Dit leidt tot een denklijn die niet alle nadruk legt op de scheiding tussen de verschillende machten in het staatsbestel, maar zich meer richt op de relaties die er moeten zijn met en tussen de actoren in het staatsbestel.'

Het is bijna onontkoombaar het op dit moment in ons gesprek kort te hebben over de plaats van artikel 120 van de Grondwet en de betekenis van constitutionele toetsing. Die bepaling is de emanatie van een traditionele visie op het staatsrecht. Maar je zou de rechtspraak over vooral milieukwesties, met Nederland als voorloper, ook kunnen zien als een uitlaatklep: omdat we geen grondwettigheidstoetsing door de rechter kennen, worden dit soort vraagstukken via de route van het aansprakelijkheidsrecht aangepakt: constitutionele rechtspraak 3.0. Hirsch Ballin is het met die interpretatie graag eens. 'Dat is wel de lijn. En in het VAR-preadvies waar we het eerder over hadden, wordt die redenering doorgetrokken, via een constitutioneelrechtelijke benadering van het bestuursrecht. Het gaat dan uiteindelijk om de totaliteit van de mogelijkheidsvoorwaarden van vrijheid binnen politieke verbanden. Een onlosmakelijk pakket. Dus inclusief de rechten van de mens. Die dan gaan over levenskansen, levensprojecten, *sustainable development goals* etc. Zo'n samenhangende benadering is wereldwijd gearticuleerd

in de *Vienna Declaration on Human Rights* van 1993. Die integrale benadering is een moeilijke exercitie. Je zult het straks weer zien als het gaat over de discussie over de toetsing van wetten aan de Grondwet, zoals door de Tweede Kamer gevraagd in de motie-Kuik van april dit jaar.'

Aan het einde van deze gedachtewisseling over de toekomst van het constitutionele recht wil Hirsch Ballin nog kwijt dat de tweedeling tussen wat enerzijds ook wel politiek staatsrecht wordt genoemd en anderzijds een focus op fundamentele rechten, moet worden overbrugd. 'Men heeft het dan over het politieke staatsrecht – over regering, parlement, het parlementaire stelsel en dergelijke meer, en over machtscheiding –, en dat wordt dan losgekoppeld van de "afdeling mensenrechten". Die staan dan onmiddellijk naast elkaar, zonder verbinding. Maar die twee benaderingen van het constitutionele recht hebben in mijn ogen alleen toekomst als ze niet apart blijven. Het ene kan niet zonder het andere, zoals democratie niet los kan worden gezien van de rechtsstaat. Democratische constitutionele processen moeten worden gezien als realisering – of een gebrek aan realisering – van fundamentele rechten, met inbegrip van sociale, economische en culturele rechten. Het is daarom van belang dat het constitutionele recht ook wordt geanalyseerd als constitutioneel procesrecht – ik gebruik hier bewust een ongebruikelijke term – dat betrekking heeft op de waarden van de democratische rechtsstaat. Dit procesrecht dient processen van rechtsvorming en beleidsontwikkeling op zo'n manier te reguleren dat inzichten van belanghebbenden en professionele expertise in de beoordeling kunnen worden betrokken. Zoals al het procesrecht heeft het ten doel tot inhoudelijk deugdelijke beoordelingen te komen, dus wat wetgeving en beleid betreft met inachtneming van de maatstaven van de rechtsstaat, de rechten van de mens.'

Onderwijs

Ernst Hirsch Ballin is in een ver verleden als Kamerlid woordvoerder onderwijs geweest. We maken een bruggetje door te peilen hoe hij als docent kijkt naar de hedendaagse opleidingen en studenten. 'Ik heb er steeds bewust voor gekozen om zichtbaar te blijven voor studenten – mijn laatste college was trouwens het eerste dat weer op campus mocht worden gegeven – in het besef dat het altijd een stevige ambitie moet zijn om meer over te brengen dan de kennis die studenten in staat stelt om een tentamen te halen. Ik ben door de jaren heen veel voormalige studenten tegengekomen die zeiden dat mijn colleges wat voor hen betekenden. Maar ik ben ook meer dan me lief is de vraag tegengekomen wat er nu precies moet worden geleerd voor een tentamen. Ik heb grote collegezalen in

Je zou de rechtspraak over vooral milieukwesties, met Nederland als voorloper, ook kunnen zien als een uitlaatklep: omdat we geen grondwettigheidstoetsing door de rechter kennen, worden dit soort vraagstukken via de route van het aansprakelijkheidsrecht aangepakt: constitutionele rechtspraak 3.0

dat opzicht altijd lastig gevonden, en tegelijkertijd heb ik ze niet los willen laten. In de kleinere groepen zijn natuurlijk eveneens minder geïnteresseerde studenten aanwezig, maar daar manifesteerden zich gemakkelijker diegenen die het echt interesseert. Dat zijn dan studenten die komen met vragen, met opmerkingen, met iets dat ze in de pauze tegen je willen zeggen of van je willen weten. Daar kun je heel veel van leren. Dus wat ik eigenlijk het allerliefste had gedaan is nog veel meer colleges geven in groepen van vijftien, twintig, dertig studenten. Dertig is eigenlijk al te veel. Tussen de vijftien en vijfentwintig studenten, waarbij je minder wordt blootgesteld aan de verwachtingen van een heldere, goed reduceerbare weergave van wat er op het tentamen gekend moet worden. Toch, ook in die grote *settings* kun je dingen meegeven.’

Ernst heeft altijd aan de voorkant van technologiebeutiling gezeten, en ook dat is de voorbije periode ontzettend belangrijk gebleken door de snelle gedwongen opmars van digitaal – hybride of *blended* – onderwijs. ‘Dat is een ontwikkeling waar ik graag aan had meegewerkt. Ik ben door de jaren heen steeds meer met *slides* met plaat-

Dat biedt kansen om een groter deel van het onderwijs te richten op wat je wilt overbrengen aan inzichten in beginselen, aan kritische attitudes, aan het doorzien van machtsverhoudingen

jes gaan werken, in plaats van met veel teksten of een stroomschema. En ik vind het prachtig wat in onze faculteit nu allemaal aan onderwijsvernieuwing in gang is gezet. Maar het ligt voor de hand dat een volgende generatie dat nu doet. Ik denk dat er interessante mogelijkheden zijn om het element van de kennis als het ware apart te zetten door middel van kennisclips. Dat biedt kansen om een groter deel van het onderwijs te richten op wat je wilt overbrengen aan inzichten in beginselen, aan kritische attitudes, aan het doorzien van machtsverhoudingen – om nog even terug te komen op dat punt van de kritische dimensie van de rechtswetenschap die je over het hoofd ziet als je recht alleen maar als regelingstechniek ziet.’

Methodologie van rechtswetenschap

Vorig jaar verscheen er van de hand van Hirsch Ballin bij Edward Elgar Publishing een *Advanced Introduction to Legal Research Methods*, waarvan we weten dat het voor hem een bijzondere positie in zijn wetenschappelijke werk inneemt. Het is een betoog om methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek vooral ook vanuit de inhoudelijke kant aan te vliegen, en een monografie die doordrenkt is van het besef dat opvattingen over recht

zich manifesteren in taal. Want in taal komt de wijze waarop mensen zich tot elkaar verhouden tot uitdrukking. Daarover merkt hij tijdens ons gesprek op dat het inmiddels niet meer over mensen alleen gaat: ‘Sterker nog, ik vond het denken over andere rechtssubjecten dan mensen tot een paar jaar geleden nog heel vreemd. Maar dat ben ik anders gaan zien. Een van de triggers daarvan was dan weer de discussie die we in Tilburg hadden over ons onderzoeksproject “constitutionalizing the anthropocene” waarmee Han Somsen op een gegeven moment mijn kamer kwam binnenlopen.’

Het verwonderde ons dat Hirsch Ballin pas op dit moment in zijn carrière dit methodische werk heeft geschreven. Daarop reageert hij door te stellen dat hij ‘pas nu dit geschreven heeft omdat ik het niet eerder kon. Niet zozeer qua tijdsbesteding maar wat betreft er intellectueel toe in staat zijn. En dan nog is het mij wat toevallig overkomen, door een gesprek met de uitgever op een conferentie in Washington, die me op een onbewaakt moment heeft weten te verleiden om dit toe te zeggen. Maar dit bood eigenlijk een pracht van een kans, omdat methodisch denken mij de gelegenheid biedt terug te blikken op mijn werkzaam leven als academicus en een reflectie op wat ik denk dat de identiteit van de jurist is of moet zijn’. Over object en methode van de staatsrechtwetenschap¹⁷ had hij trouwens dertig jaar eerder al geschreven. ‘Mijn benadering zat ook destijds al op het spoor van hoe rechtsnormen te zien in de relatie tot onderliggende beginselen en waarden. Daar hadden we het al over. Maar nu wist ik dat het meer moest zijn. Het boek begint met een reflectie op dat wat we ‘rechtsgeleerdheid’ zouden kunnen noemen, dus wat sommigen de positieve rechtswetenschap noemen. Ik heb twijfels of dat wel rechtswetenschap mag heten, omdat het methodologisch heel vaak “onbereflecteerd” is. Deze bedenking doet er niet aan af dat zulk werk van grote waarde kan zijn; ik heb veel respect voor diegenen die rechtsgeleerdheid beoefenen. Het overgrote deel van mijn docenten beoefende vooral de rechtsgeleerdheid. Toch hebben zij vaak doorkijkjes geboden die veel verder reiken dan de eigenlijke rechtsgeleerdheid. Maar tegelijkertijd kan die rechtsgeleerdheid niet het einde van het verhaal zijn. Wat voor mij tamelijk nieuw was, is de verbinding met kritische benaderingen van het recht, met name in de hoek van de semantiek, semiotiek en kritische tekstanalyse. Mijn boek gaat van daaruit een stap verder, namelijk naar dat wat aanwezig is in “deconstructies”.

Hirsch Ballin vertelt ons dat hij lang vooral beïnvloed is geweest door de Duitse filosoof Jürgen Habermas en zijn ideaal van communicatieve rationaliteit. Daarmee doelt Habermas op het inzicht dat consensus over de inhoud van het recht alleen mogelijk is als alle betrokkenen in gelijke mate in staat zijn een discussie over dat recht aan te gaan. Redelijkheid betekent in die optiek dus gezamenlijkheid; een product van intermenselijke verhoudingen zoals die tijdens het actieve spreken tot uiting komen. Ernst Hirsch Ballin heeft er inmiddels bedenkingen bij: ‘Er is zoveel distorsie, manipulatie, inclusief economische, financieel-economische beïnvloeding in de democratische processen geslopen, dat je die communicatieve rationaliteit wel als een ideaal kunt hanteren, maar niet als een beschrijving van hoe democratieën feitelijk wer-

In en door de verschillende rollen die Ernst Hirsch Ballin als academicus, minister en jurist heeft opgenomen, is steeds prominenter het inzicht gegroeid dat in de taal – dus ook de taal van het recht – machtsuitoefening en maatschappelijke processen van in- en uitsluiting tot uiting komen

ken. Dus ik reken Habermas nog steeds onder degenen die me inspireren, zeker ook in zijn kritische benadering van andere Duitse tradities. Maar dat wat hem in de school van bijvoorbeeld Chantal Mouffe wordt verweten, namelijk dat hij te weinig oog heeft voor de macht die aanwezig is in alle communicatievormen, is eigenlijk het startpunt geweest voor mij voor de herontdekking van de deconstructies in de zin van de Franse filosofen. Daar zou ik eigenlijk nog veel meer studie van willen maken.'

Zijn methodische werk doet ook de vraag rijzen hoe Hirsch Ballin zich verhoudt tot wat vandaag zo populair lijkt, namelijk *empirical legal studies*. 'Dat komt ook in de monografie ter sprake, maar het is niet iets dat ik zelf heb beoefend. Het komt samen in wat ik verkennende rechtswetenschap heb genoemd. Het gaat dan om de verkenning van mogelijkheden voor rechtsontwikkeling die verder reikt dan de oude discussie of we ons als juristen puur opiniërend bezig moeten houden met wat het recht is of zou behoren te zijn. Maar als het goed is, zou ook de empirische rechtswetenschap gebaseerd moeten zijn op grondslagenonderzoek en op kritisch onderzoek van de onderliggende machtsverhoudingen. Hoe dan ook, ik had pas nu net het gevoel dat ik deze monografie kon schrijven. Niet eerder. En ik had bovendien het gevoel dat ik het nog moest doen voordat ik aan mijn afscheid toe was.'

De zomermiddag loopt ten einde en we naderen de afronding van ons gesprek. Het brengt ons bij de vraag

hoe hij terugkijkt op zijn wetenschappelijke werk. 'Ik schrijf nu veel meer in termen van onderliggende machtsverhoudingen, die zich manifesteren in taalgebruik. Eigenlijk hadden we een voorbeeld daarvan net toen ik iets zei over de angsten die zich manifesteren bij nogal wat actoren in Den Haag ten aanzien van een ruimere taak van de rechter. Dat gaat natuurlijk ook om machtsbehoud. Het is die kritische benadering die ik in het vizier heb kunnen nemen in het tweede hoofdstuk van mijn *Methods*-boek. Eigenlijk is dat het hoofdstuk dat het dichtste staat bij wat ik zelf heb meegemaakt en voor een stukje mee-gemaakt.'

Met die observatie sluiten we af: in en door de verschillende rollen die Ernst Hirsch Ballin als academicus, minister en jurist heeft opgenomen, is steeds prominenter het inzicht gegroeid dat in de taal – dus ook de taal van het recht – machtsuitoefening en maatschappelijke processen van in- en uitsluiting tot uiting komen. Waakzaamheid op taalgebruik – in woord en geschrift – is daarmee niet alleen kenmerkend voor zijn persoonlijke stijl, maar ook voor de wijze waarop de samenleving evolueert. Er kan niet genoeg op gewezen worden. •

17. 'De wetenschap van het constitutionele recht. Een kleine methodologie', in: *Object en methode van de staatsrechtwetenschap*,

preadviezen voor de Staatsrechtconferentie 1982, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 64-95.