



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Waarom staatsrechtsgeleerden het moeten hebben over de economische constitutie

Besselink, L.F.M.

Publication date

2020

Document Version

Final published version

Published in

De economische constitutie

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Besselink, L. F. M. (2020). *Waarom staatsrechtsgeleerden het moeten hebben over de economische constitutie*. In L. F. M. Besselink (Ed.), *De economische constitutie: beginselen van de democratische rechtsstaat tussen globalisering en Europeanisering* (pp. 3-10). Wolf Legal Publishers.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

INLEIDING

Waarom staatsrechtsgeleerden het moeten hebben over de economische constitutie

Leonard Besselink¹

Bijna 45 jaar geleden was het thema van een van de eerste staatsrechtconferenties *Staatsrecht en Economische Macht* (1975). Het thema van de Staatsrechtconferentie 2019 raakt aan dezelfde materie, maar de context is intussen drastisch anders.

1. De nieuwe context

In de huidige context is de maatschappelijke situatie relevant, die in vrij hoge mate wordt bepaald door de rol die we toestaan aan bepaalde economische concepten, zoals de door winstmotieven gedreven vrije markt, waarin overwegingen van solidariteit niet meer dan een marginale plaats innemen.

Kijken we naar de cijfers.

Al in 2014 kreeg Nederland kritiek van het Europees Comité voor Sociale Rechten vanwege gebrekkige activiteit ten behoeve van daklozen en mensen zonder verblijfstitel. Maar dat heeft niet geleid tot een wezenlijke verbetering, als we de cijfers mogen geloven.

De Nationale Ombudsman en het College voor de Mensenrechten trokken dit jaar aan de bel over dakloosheid en de thuislozen:² in tien jaar tijd is hun aantal in de officiële CBS-statistieken verdubbeld, van 17.300 naar 39.300. Daarbij bleven de daklozen zonder verblijfstitel buiten beschouwing, de ‘dakloze illegalen’³ – niet te verwarren met ‘illegale daklozen’, zoals in Hongarije, waar dakloosheid niet lang geleden een strafbaar feit is geworden.

In Nederland zijn 12.600 jongeren dakloos volgens de laatste telling in 2019 van het CBS. Het aantal dak- en thuisloze jongeren is in de afgelopen tien jaar maar

¹ Leonard F.M. Besselink is hoogleraar Constitutioneel recht aan de Universiteit van Amsterdam. Deze tekst dateert van 12 december 2019 en werd een dag later macaronisch in het Engels en Nederlands uitgesproken. De tekst is op een aantal punten niet aangepast aan ontwikkelingen die zich inmiddels voordeden, zoals het arrest van de Hoge Raad in de *Urgenda*-zaak, en de wereldwijde corona-crisis en haar economische gevolgen.

² <https://www.nationaleombudsman.nl/nieuws/2019/oproep-alle-ombudsmannen-aan-minister-president-rutte-er-is-nu-actie-nodig-van-rijk-in>;
<https://mensenrechten.nl/en/node/2299>

³ <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2019/34/aantal-daklozen-sinds-2009-meer-dan-verdubbeld>

liefst verdriedubbeld. De signalen wijzen erop dat het aantal alleen maar toeneemt.

Bijna de helft van de daklozen heeft een niet-westerse achtergrond. Hun aantal verdriedubbelde tussen 2009 en 2018 van 6.500 naar 18.300.

Het aantal crisis- en nachtopvangplekken blijft jaarlijks stijgen. Het aantal cliënten in de 24-uurs opvang is gestegen van circa 58.000 tot 60.000. Deze mensen behoren tot de categorie ‘thuisloze mensen’.

De schaarste op de woningmarkt raakt iedereen, maar sommigen meer dan anderen. Onvoldoende en onveilige huisvesting kan dan een stap in de richting van dak- en thuisloosheid zijn.

De kloof tussen arm en rijk is wereldwijd alleen gegroeid. In Nederland is het aantal huishoudens dat onder de minimum-inkomensgrens leeft tijdens de crisis van de afgelopen jaren flink toegenomen, en nog steeds niet terug naar de situatie van voor 2011. Het verschil is vooral veroorzaakt, zo wijst economisch onderzoek uit, door het toenemende verschil tussen primaire inkomens (wat je verdient door werk) en secundaire inkomens (dat wat je daadwerkelijk ontvangt, onder meer in de vorm van sociale uitkeringen en fiscale toeslagen en voorheen aftrekposten). Het ligt voor de hand: het stelsel van sociale zekerheid is tijdens de crisis zelfs in Nederland verslechterd en heeft bijgedragen aan de kloof tussen rijkere en armeren.⁴

Bij de Algemene beschouwingen na de troonrede van september dit jaar gebeurde er iets bijzonders. Woordvoerders van middenpartijen als D66, CDA, ChristenUnie en zelfs de VVD bleken ‘neoliberalisme’ te verwerpen. Misschien is dat van volksvertegenwoordigers van de ChristenUnie te verwachten, maar sinds de jaren van Brinkman en Van Velzen en de omhelzing van een meer technocratisch rechtse lijn is dit voor het CDA toch betrekkelijk nieuw. Dat de premier, en leider van de VVD, de bedrijven oproept de lonen te verhogen en tot de analyse komt dat de middenklasse de dupe dreigt te worden van neoliberalistische globalisering, is toch verrassend: het ‘neoliberalisme’, kennelijk begrepen als ongebreideld op winstgericht marktdenken, wordt alom gezien als een kwaad dat bestreden moet worden.⁵

⁴ Zie hiervoor onder meer rapporten van het CBS, zoals: M. van den Brakel en N. Pouwels-Urlings (2019). Ongelijkheid in inkomen en vermogen. Statistische Trends, mei 2019.

⁵ Fractievoorzitter Gert-Jan Segers (CU) hekelde het “neoliberaal denken, waarin de markt domineert” en had het over de “hoognodige omslag van een gehaaste neoliberale samenleving naar een samenleving met aandacht.” Handelingen II 2019/20, nr. 2, item 5, p. 51 en 54-55. Ook fractievoorzitter Pieter Heerma (CDA) concludeerde dat “[i]ndividualisering en liberaal denken hebben bijgedragen aan een erosie van maatschappelijke samenhang en gemeenschapszin”, (item 5, p. 10) en zelfs fractievoorzitter Klaas Dijkhoff (VVD) riep op tot meer “wederkerigheid tussen bedrijf en omgeving” (item 2, p. 13).

Wellicht zijn *mainstream* politici op dit punt in beweging gekomen onder druk van zoiets als *gilets jaunes* in Frankrijk, en de geweldige aantrekkingskracht dat het populisme heeft verworven in bijna alle Europese landen. Mensen als Le Pen, Victor Orbán, Salvini, en bij ons Baudet en Wilders, geïnspireerd als zij zijn door autocratische idealen, worden in toenemende mate gezien als geloofwaardige alternatieven door kiezers.

Het is niet onaannemelijk dat een factor die bijdraagt aan de ontmanteling van de democratische rechtsstaat in de Centraal en Oost-Europese lidstaten de desillusie is van de invoering van een markteconomie die niet in staat is het dagelijks brood van de lagere en lagere middenklassen te beschermen en die grootschalige corruptie rustig voort laat woekeren.

Zou dit ook hier kunnen gebeuren? *Kan* het ook hier gebeuren? Dit zijn misschien de vragen die verklaren waarom politici, ook vanuit het politieke midden en flink rechts daarvan in beweging komen en beginnen te denken dat de ruimte die aan bepaalde economische beginselen wordt gelaten met deze veront- rustende ontwikkelingen te maken hebben.

En als politici aan het denken raken, dan is het zeker tijd voor ons staatsrechts- geleerden en -geïnteresseerden om belangstelling te ontwikkelen voor het economische raamwerk waarbinnen die ontwikkelingen zich afspelen, en zich afvragen wat dat raamwerk doet met de democratische rechtsstaat.

2. ‘The economy, stupid!’⁶

Wat is dan ‘de economische constitutie’?

Voor het doel van deze conferentie kunnen we ons houden bij een ‘dunne’ definitie van de economische constitutie, en deze definiëren als de fundamentele regels en beginselen waarop de economie, de staatshuishouding zoals we die 40 jaar geleden nog noemden, is gebaseerd.

In dit verband kunnen we de economie begrijpen als het handelen van in begin- sel private actoren onder omstandigheden van schaarste, dat plaatsvindt in het verband van de burgersamenleving, dat wil zeggen, in zekere zin in het publieke domein. ‘In zekere zin’, want het is juist private vrijheid die de motor is van de burgerlijke samenleving, die traditioneel – zeg in 19^e-eeuwse zin – begrepen wordt als een ruimte van vrijheid en gelijkheid. Dit idee ligt nog steeds ten grondslag aan het privaatrecht, dat in hoge mate nog steeds de grondslagen formuleert van economisch handelen. Publiekrecht wordt dan gezien als een beperking van die vooronderstelde private vrijheid. Dit 19^e-eeuwse liberale idee overvleugeld het historisch oudere idee van de heerschappij van het publieke

⁶ Zo luidde de instructie aan de campagnevoerders voor Bill Clinton in 1992.

over het private, de *res publica* over de *res privata*, de publieke orde over de private orde, en het publiekrecht over het privaatrecht.

De relatieve onafhankelijkheid van het private in verhouding tot het publieke, kan niet losgezien worden van het idee van de vrije markt als arena van economische activiteit. De aard van die markt, en vatbaarheid daarvan voor regulering en ordening in het algemeen belang, is zeker een zaak die de ‘economische constitutie’ betreft. Zonder hier nader in te gaan op kwesties van *ordoliberalisme* en zijn criticasters, kunnen we als achtergrond voor onze besprekingen op deze conferentie een heel eenvoudig, ‘dun’ begrip van de economische constitutie nemen: de beginselen waarop de economie berust.

3. Hoe verhoudt de economische constitutie zich tot de constitutie van de staat?

De constituties die wij staatsrechtsgeleerden bestuderen, constitueren de politieke samenleving of politieke gemeenschap. Hoewel statelijke constituties in een juridische vorm gegoten zijn, moeten we nooit de invloed van de politieke praktijk in die samenleving en gemeenschap onderschatten, en daarmee van de politieke feiten die het functioneren en de betekenis van die constitutie bepalen of mede-bepalen, zelfs in juridisch opzicht.

De Nederlandse constitutie is misschien wel een sterk voorbeeld daarvan: de juridische tekst is zeer open, en verscheidene belangrijke aspecten van het politieke stelsel zijn niet in de Grondwet neergelegd. Tot op grote hoogte is daardoor het politieke stelsel gebaseerd op sociaal-culturele kenmerken, zoals het voortdurende zoeken naar een zo hoog mogelijke graad van consensus door middel van compromissen tussen permanente minderheden, een diep in de Nederlandse geschiedenis gewortelde culturele karaktertrek. En de Nederlandse constitutionele identiteit berust in een nogal specifiek evenwicht binnen de *trias politica*, met een traditioneel overheersende rol voor de politieke takken, wetgeving en bestuur, boven die van de rechtspraak. Die laatste tendert niet alleen naar eerbiediging van het zoeken naar politieke consensus, maar berust zelf ook op een mate van het zoeken van consensus en informele afstemming die in de meeste Europese landen als volstrekt inconstitutioneel beschouwd wordt.⁷

Als wij aanvaarden dat maatschappelijke werkelijkheden de constitutie, in de ruime zin waarin we in dit land het constitutie-begrip plegen op te vatten, beïnvloeden, dan zal het toch zeker ook zo zijn dat de economie en de grondslagen waarop zij in de praktijk functioneert niet immuun kunnen blijven voor onderzoek en doordenking door staatsrechtjuristen.

⁷ Vgl. H.U. Jessurun d'Oliveira, *Een boekje open over de Hoge Raad en zijn 'reservisten'*, AAe Libri Nijmegen 2019.

4. Wat zijn dan relevante constitutionele kwesties?

Kijkend naar de onderwerpen van de Staatsrechtconferentie van 1975, moeten we constateren dat die in bepaalde opzichten niet zo heel sterk verschilden van kwesties die we vandaag willen bespreken.

Toen ging het over de scheiding van politiek en economie, democratisering en politisering, en breder verstaan van het constitutie-begrip; het reguleren van de invloed van (grote) ondernemingen op politiek en economie; de economische orde en misbruik van economische macht, in het bijzonder door multinationale ondernemingen; oligopolie en de mogelijkheden en beperkingen van het mededingingsrecht om economische macht over de samenleving en de politiek te beteugelen.

Maar als bepaalde onderwerpen en kwesties hetzelfde zijn en in dezelfde sfeer liggen, dan blijft de context er een die inmiddels zeer sterk gewijzigd is. In het bijzonder wordt de nationale rechtsorde tegenwoordig veel sterker bepaald door Europese samenwerking, ook als de samenwerking – althans buiten het kader van de Raad van Europa – in 1975 juist bijna uitsluitend *economisch* van aard was – veel meer dan nu het geval is binnen de Europese Unie. Toen heette die samenwerking de Europese *Economische* Gemeenschap, en ook de Kolen- en Staalgemeenschap was primair van economische aard, hoewel hier bestuursrechtelijke regulering sterk dominant was, net als in Euratom.

En toch was de context niet dezelfde als vandaag, nu wij in een situatie van sterk geïntegreerde economieën leven, en in aanzienlijk meer verweven samenlevingen, politieke gemeenschappen en rechtsordes. Ordes die zozeer verweven zijn dat *Brexit* een extreem complexe operatie blijkt te zijn – een complexiteit die nogal wat Britse politici en kiezers enigszins heeft verrast.

De verschillen met 45 jaar geleden liggen in de mate van feitelijke vervlechting van samenlevingen door vrijhandel, het verdwijnen van fysieke landsgrenzen als obstakels voor de vrije stroom van kapitaal, goederen, diensten, werkers en ondernemingen, zowel in Europa als op globale schaal.

Technologische ontwikkelingen, die in het tijdperk van internet zich sowieso gemakkelijker aan fysieke landsgrenzen onttrekken, hebben dit alleen maar versterkt. Het is geen toeval dat het juist de grote tech-companies zijn die goede voorbeelden zijn van het fenomeen van zich onttrekken aan controle en regulering door staten.

Het economische systeem (in ruime zin, inclusief de financiële markten) is een globaal, wereldomspannend systeem geworden dat grotendeels ontkoppeld is geraakt van het globale politieke systeem, en zeker dat van individuele staten.

In de jaren '70 bestond er een grote ongerustheid over de invloed van Multinationale ondernemingen, en hun vermogen zich te onttrekken aan de politieke

beheersing door staten. Dit bestond deels in de vorm van bezwaar tegen hun neo-koloniale rol in de Derde Wereld, maar ook tegen hun rol binnen Europese staten. De congresbundel van de Staatsrechtconferentie van 1975 getuigt daarvan.

Dit eerste – bekommernis over hun invloed in de Derde Wereld – lijkt bijna te zijn verdwenen in een mate die meer gepaste aandacht verdient dan een gewone staatsrechtbeoefenaar kan bieden. Maar de zorg omtrent ondernemingen die zich aan politieke controle van de staat onttrekken is alleen maar toegenomen. De gevolgen van hun vermogen om belastingheffing te vermijden, is zeker ook binnen het blikveld van anderen dan alleen fiscalisten gekomen; zelfs is het binnengedrongen in de kringen van de *Davos incrowd* van rijke zakenlieden, bankiers en politici in het World Economic Forum.⁸

Dat economische factoren en actoren zich onttrekken aan de staat, heeft veel consequenties. Ik noem er een: wetgeving. Wetgeving is voor sommige enorm grote en belangrijke ondernemingen geworden tot een keuzemenu; zij kiezen ervoor alleen onderworpen te zijn aan wetten van een zorgvuldig gekozen juridische domicilie, waarbij fiscale regelgeving een rol speelt, maar ook allereerste andere regelgeving waaraan men wil ontsnappen. En als het langzamerhand moeilijker wordt aan lokale regelgeving te ontsnappen – ze willen uiteindelijk wel in een lokale markt opereren – dan is het een kwestie van invloed uitoefenen en mobiliseren op de regelgeving die uiteindelijk wordt aangenomen. Airbnb is daarvan een voorbeeld, dat in staat bleek door campagnebeïnvloeding een lokaal referendum naar eigen hand te zetten, een referendum gericht op de beperking van hun invloed op de lokale woningmarkt,⁹ en kennelijk lukt het ze dat ook bij de wetgevende instanties in Den Haag nogal goed.

Het is duidelijk dat staten moeten samenwerken, in tweevoudig opzicht: om de externe effecten van de internationale activiteiten van wezenlijke private ondernemingen in te dammen, maar ook om de externe effecten van eigen beleid dat andere staten negatief beïnvloedt te verminderen – *beggar your neighbour policies*, die vaak ook grote ondernemingen de kans biedt om misbruik daarvan te maken. Samenwerking moet bestaan op wetgevend en uitvoerend vlak, en in de handhaving en afdwinging van overeengekomen beleid door middel van de instrumenten die het recht biedt. Samenwerking met andere staten moet niet, of niet alleen, gezien worden als het verliezen van zeggenschap, het is een kwestie van het behoud van zeggenschap – zeggenschap over wat er

⁸ Getuige bijvoorbeeld het optreden van Rutger Bregman, <https://www.weforum.org/events/world-economic-forum-annual-meeting-2019/sessions/the-price-of-inequality>, op 22'18".

⁹ <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/airbnb-niet-ingeperkt-in-san-francisco-na-referendum-b4a7bded/>

afgesproken wordt en zeggenschap over welke gevolgen het beleid van andere staten én van grensoverschrijdende ondernemingen en ondernemers heeft.

De Europese Unie is daarvoor het vanzelfsprekende forum geworden. Omdat die zich heeft ontwikkeld op basis van een idee van de toekenning van bevoegdheden – in de woorden van het Hof van Justitie ‘overdracht van bevoegdheden’ – aan boven de lidstaten staande instellingen, ontstaat de vraag naar de democratische geloofsbrieven van de Unie. Deze wordt acut bij besluiten over het al dan niet overdragen van bevoegdheden, maar ook door het verlies van zeggenschap en controle ten gevolge van die overdrachten.

Dit speelde een primaire rol bij het Brexit referendum: *taking back control*.

5. Kan het hier gebeuren?

Deze vraag wordt meestal beantwoord op basis van klassieke constitutionele analyses. Deze zijn pertinent, en we moeten daar nog veel verder in gaan, zeker in Nederland, waar veel instituties van de rechtsstaat gereguleerd worden door niet geformaliseerde praktijken, denk aan de rechterlijk macht.

Er is nog relatief weinig oog voor de sociaal-economische problemen die daarmee niet geadresseerd worden. Er bestaat een noodzaak de beginselen van de democratische rechtsstaat te toetsen op hun relevantie voor de inrichting van de economie. Andersom moeten we de beginselen van de prevalentie economische praktijk toetsen aan de beginselen van de democratische rechtsstaat.

Het gaat immers om verdelende rechtvaardigheid in een context van globalisering en Europeanisering, en vraagstukken van verdelende rechtvaardigheid zijn noodzakelijkerwijs kwesties voor de openbare samenleving, voor politieke besluitvorming die beheerst wordt door constitutionele principes.

6. Afsluiting: de agenda

Deze staatsrechtconferentie is agenderend van aard. Het gaat om het verkennen van gebieden waar beoefenaren van het constitutionele recht alleen voorzichtige stappen hebben gezet, gedurende de afgelopen decennia. Het is daarom verheugend dat we voor deze conferentie een reeks voornamelijk relatief jonge wetenschappers hebben weten aan te trekken.

Zij hebben de handschoen opgevat om te reflecteren op de onderwerpen die voor deze conferentie geselecteerd zijn.

Als eerste is daar constitutionele betekenis van sociale grondrechten binnen het heersende grondrechtendiscours en in termen van de belangrijke sociale problemen van toegang tot gezondheidszorg en dakloosheid.

Een ander panel gaat over de vraagstukken van de invloed van technologieën die geheel nieuwe *fora* (Latijn voor: markten) hebben geschapen in de vorm van

digitale platforms die niet alleen de aard van sociale communicatie sterk hebben veranderd, maar ook hoe economische transacties totstandkomen en hoe politieke invloed wordt uitgeoefend.

Ten slotte hebben we een panel dat de parameters bespreekt van economische, financiële en fiscale bestuursvormen binnen staten, zoals die in hoge mate worden bepaald door de Europese Unie, en hoe deze wel of niet voldoen aan eisen van constitutionele en parlementaire democratie en mensenrechten.

Dit alles laten we voorafgaan door een bijdrage van een van de meest belangrijke en spraakmakende constitutionele theoretici en politieke filosofen van het moment, Richard Bellamy over *Een Europese Associatie van Democratische Staten*.