

VOORWOORD

In de tijd dat het wetenschappelijk personeel van de universiteiten nog niet verplicht was een gedeelte van de werktijd te verdoen aan de invulling van plannings- en evaluatiepaperassen, om van velerlei andere bureaucratische nonsens niet te spreken, kwamen de hoogleraren staats- en bestuursrecht van de Nederlandse juridische faculteiten op gezette tijden bijeen. Zij wisselden dan van gedachten over hun werkzaamheden. A.M. Donner heeft de daar aanwezige 'jongeren' – dat was nagenoeg iedereen – herhaaldelijk gewezen op de wenselijkheid van een nieuw handboek staatsrecht of constitutioneel recht naast dat van C.W. van der Pot, vele malen door hem zelf bewerkt en onlangs herzien door L. Prakke, J.L. de Reede en G.J.M. van Wissen. Donner bleef een roepende in de woestijn.

Sindsdien zijn de curricula aan de juridische faculteiten aanzienlijk gewijzigd. Het aantal voor de bestudering van het staatsrecht beschikbare uren is veelal verminderd, de propedeuse biedt in het algemeen slechts de mogelijkheid tot een globale kennismaking met het constitutionele recht. Het onderhavige boek is mede op grond van onderwijservaringen in deze gewijzigde omstandigheden tot stand gekomen. Het is in twee 'lagen' geschreven. In de delen I en II biedt het een systeem, respectievelijk hoofdlijnen van het Nederlandse constitutionele recht. Deze delen kunnen gelezen worden als een inleiding in dat recht, geschikt voor de propedeuse ('laag' 1). Het gehele boek kan dienen als een handboek constitutioneel recht voor doctoraalstudenten en andere belangstellenden. Het is compact gehouden. Als gevolg van het feit dat deel III ('laag' 2) de delen I en II uitwerkt, komen daar echter enige herhalingen voor. Dit was gezien de indeling van het boek in een propedeuse en een doctoraalgedeelte moeilijk te vermijden. Indien het boek slechts voor de doctoraalstudie wordt gebruikt, kan desgewenst worden afgezien van bestudering van deel II. Het boek is positiefrechtelijk georiënteerd en sluit daarmee aan bij mijn verhandeling 'De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987'.

Twee personen die, ieder op eigen wijze, mij bij de voorbereiding van dit boek hebben bijgestaan, verdienen vermelding: mr. P.P.T. Bovend'Eert, die mij behoedde voor al te grote beknoptheid en mr. A.H.M. Kortmann-Huijsmans, echtgenote en meeles-ster, die steeds benadrukte dat het boek niet alleen voor vakidioten, maar ook voor studenten geschreven moest worden. De lezer oordele zelf of dat gelukt is.

Een speciaal woord moet worden gewijd aan mr. H.J.M. Beekman, in vele opzichten mijn leermeester en voormalig medewerker aan de Nijmeegse faculteit. Na zijn afscheid stelde hij een overzicht van zijn propedeusecolleges ter beschikking. Dit blijkt, ook sinds ik deze colleges geef, zo instructief dat er in deel I van dit boek herhaaldelijk gebruik van is gemaakt. De systematiek van deel I is deels aan dat overzicht ontleend en een aantal passages is, soms nagenoeg letterlijk, daarop

gebaseerd. Mr. Beekman heeft dan ook een belangrijke bijdrage aan dit boek geleverd.

Voor commentaar houd ik mij aanbevolen. Het manuscript is, op een enkele latere aanpassing na, afgesloten op 12 februari 1990.

Nijmegen, april 1990

Voorwoord bij de tweede druk

De eerste druk van dit boek was aan herziening toe. De nationale wetgeving en rechtspraak, alsook de ontwikkelingen in de EG vereisten vele aanpassingen. Te wijzen valt onder meer op de nieuwe Provinciewet en Gemeentewet, de Waterschapswet, de Algemene wet bestuursrecht en het Verdrag van Maastricht. Diverse andere wetten van geringere reikwijdte werden eveneens gewijzigd of tot stand gebracht. Voor studenten en andere belangstellenden is het boek positiefrechtelijk weer bij de tijd. Bij de huidige regeldrift zal die tijd overigens kort zijn.

In de systematiek is één wijziging aangebracht, mede naar aanleiding van commentaar van vakbroeders en -zusters: deel II van de eerste druk is vervallen. Deze druk bevat slechts twee delen: een deel I, Algemene begrippen, dat vergeleken met de eerste druk is uitgebreid, en een deel II, Positief constitutioneel recht. De in de vorige druk voorkomende herhalingen zijn daarmee geëlimineerd. Ook is zo ruimte geschapen voor nieuwe onderdelen en een dieper gaande behandeling van het positieve constitutionele recht. Voor degenen die aangewezen zijn op een boek dat enkel propedeutisch van aard is, is 'Inleiding constitutioneel recht' voorhanden.

De bruikbaarheid van het boek is vergroot, doordat de rechterlijke uitspraken merendeels voorzien zijn van een naam of andere aanduiding. Het positiefrechtelijk karakter is bewaard gebleven, ondanks het risico van 'juristenverkokering'. De filosofen, politicologen en bestuurskundigen zullen hun heil elders moeten zoeken, tenzij zij ook positiefrechtelijk geïnteresseerd zijn. De politici weten het allemaal al. Overigens schijnen sommige vakgenoten een hekel te hebben aan positivisten en positivisme. Deze lijken mij echter te prefereren boven negativisten en negativisme, om maar niet te spreken van fantasten die allerlei eigen verzinsels en (politieke) verlangens als geldend recht presenteren.

Al degenen, waaronder diverse van mijn studenten, die suggesties voor verbetering deden, past een woord van dank. Ik hoop dat deze druk wederom een goed onthaal vindt, op de eerste plaats bij de studenten in de rechtsgeleerdheid, voor wie het boek vooral geschreven is.

Het manuscript is, op een enkele latere aanpassing na, afgesloten op 1 februari 1994.

Nijmegen, april 1994

Voorwoord bij de derde druk

De tweede druk van dit boek vond een zo goed onthaal dat reeds spoedig een nieuwe, herziene druk nodig bleek. De tekst is onder meer aangepast aan de grondwetsherziening van 1995, de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht en ontwikkelingen in de Europese Unie. Het heeft moeite gekost het boek niet te doen uitdijen. De student is echter voorop blijven staan, ook al zegt jargon als 'studeerbaarheid' mij niets.

Wederom dank ik degenen die mij duidelijk maakten dat het altijd beter kan.

Het manuscript is afgesloten op 1 februari 1997. Bij de correctie kon een enkele latere ontwikkeling nog worden verwerkt.

Nijmegen, maart 1997

Voorwoord bij de vierde druk

Tijdens de voorbereiding van de vierde druk kwam op gezette tijden de vraag bij mij op of het boek in mij dan wel ik in het boek zit. Beide situaties zijn verwerpelijk: er moet afstand blijven tussen de auteur en zijn geschrift. Hopelijk is die voldoende bewaard gebleven.

Van de derde druk bleek een bijdruk nodig voordat deze druk gereed was. Planning is moeilijk, zo blijkt weer. De tekst van de derde druk is ten behoeve van deze versie geheel herzien en aangepast aan onder meer de grondwetsherziening van 1999/2000, de afronding van de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht, de reorganisatie van het openbaar ministerie, de ontwikkelingen in de Europese Unie en de inwerkingtreding van het 11e Protocol bij het EVRM.

Er waren ook nu weer docenten en studenten die mij wakker hielden of probeerden te houden.

De bewerking (in handschrift) is beëindigd op 2 januari 2001.

Nijmegen, maart 2001

Voorwoord bij de vijfde druk

Het is verheugend dat deze monografie binnen vijftien jaar haar vijfde druk mag beleven. De auteur wordt wat ouder, het boek blijft bij de tijd. Op vele terreinen vonden aanpassingen plaats. Te noemen zijn het grondwettelijke recht, het comptabiliteitsrecht, het provincie- en gemeenterecht en het internationale en gemeenschapsrecht. Ook werden vele nieuwe rechterlijke uitspraken en 'rechtsgeleerde' publicaties verwerkt.

Ik dank de Nijmeegse faculteit die mij – wederom – de vrijheid liet 'solo' aan dit boek te werken. 'Solo' betekent echter niet een gebrek aan bijstand van anderen,

zoals leden van de sectie staatsrecht van de Nijmeegse faculteit en mr. H.M.A. Esser-Kortmann, die diverse verduidelijkingen suggereerde.

Het manuscript is, op een enkele latere aanpassing na, afgerond op 15 januari 2005.

Nijmegen, maart 2005

Voorwoord bij de zesde druk

Met deze druk is dit boek weer bij de tijd. Er veranderde weer het nodige: onder meer in de Grondwet, het waterschapsbestel, de gemeenschappelijke regelingen en de Europese Unie. Met name het jaar 2006 liet enige staatsrechtelijke soaps zien, die niet steeds tot vreugde stemmen.

De bewerking is beëindigd op 1 februari 2008.

Nijmegen, april 2008

Voorwoord bij de zevende druk

De zesde druk van dit handboek was de laatste bewerking die Tijn Kortmann voor zijn rekening nam. Na zijn afscheid in 2009 als hoogleraar staatsrecht, bestuursrecht en algemene staatsleer aan de Radboud Universiteit Nijmegen droeg Tijn Kortmann de bewerking van zijn handboek over aan de hieronder genoemde nieuwe bewerkers, die de uitgave van deze zevende druk verzorgd hebben. Daarbij is een zekere terughoudendheid betracht. Hoewel de onvolprezen auteur van dit handboek in een eerdere uitgave (zie het voorwoord bij de vierde druk) benadrukte dat er afstand moest zijn tussen de auteur en zijn geschrift, is 'Constitutioneel recht' in de loop der jaren altijd een typisch – positiefrechtelijk – 'Tijn Kortmann boek' gebleven. De bewerkers hebben getracht dit bijzondere karakter en de systematiek van het boek zo veel mogelijk in stand te houden. De lezer zal bij voorbeeld ook in deze druk de passage tegenkomen dat het staatsrecht geen legitimerende functie kent, maar wel een legitimerend effect kan hebben.

Hoewel de opzet en inhoud voor een belangrijk deel intact gelaten zijn, hebben de bewerkers enkele hoofdstukken flink op de schop genomen. De onderdelen 'grondrechten' (Vermeulen), 'decentralisatie' (Broeksteeg) en 'rechterlijke macht/rechtspraak' (Bovend'Eert) zijn herschreven, terwijl ook de paragrafen inzake de rechtsmachtverdeling tussen burgerlijke en administratieve rechter herzien werden (C.N.J. Kortmann). Ook de beschouwingen over het 'federale samenwerkingsverband van het Koninkrijk' (Bovend'Eert) en de 'Europese Unie' (Vermeulen) zijn herschreven. Voor het overige is in het algemeen volstaan met het actualiseren van de tekst, zij het dat het notenapparaat een grondige schoonmaak kreeg. De auteurs danken de student-assistenten Carina Geertsema-Kampert, Bas Lem en Stefan Philipsen voor hun waardevolle werkzaamheden bij deze bewerking.

Tijn Kortmann drukte de bewerkers op het hart zijn handboek niet nog dikker te maken. Gelukkig hebben wij op dat punt aan de auteur geen harde toezegging

gedaan. Het manuscript is, op enkele aanpassingen na, afgesloten op 1 juni 2012. Wij houden ons aanbevolen voor op- en aanmerkingen.

De bewerkers

Paul Bovend'Eert
Hansko Broeksteeg
Tijn Kortmann
Ben Vermeulen

Voorwoord bij de herziene zevende druk

De auteur van dit handboek heeft het verschijnen van deze bewerking helaas niet meer kunnen meemaken. Op 24 januari 2016 overleed Tijn Kortmann onverwacht aan de nasleep van een operatie. Dit voorwoord is niet de juiste plaats om uitgebreid stil te staan bij de betekenis van zijn omvangrijke wetenschappelijke werk voor de beoefening van het Nederlandse en vergelijkende staatsrecht. Tijdens zijn werkzame leven ontwikkelde Tijn Kortmann zich tot een van de meest vooraanstaande staatsrechtbeoefenaren in Nederland. Het handboek 'Constitutioneel recht' getuigt van zijn veelzijdige kennis van en inzicht in het constitutionele recht. Daarbij stond altijd een positiefrechtelijke benadering van het constitutionele recht voorop. Vele generaties studenten heeft hij aldus de weg gewezen in de studie van het staatsrecht.

Ter toelichting op deze bewerking nog het volgende. De uitgave van de zevende druk vertoonde zekere tekortkomingen. In deze technische bewerking heeft de uitgever de opmaak en bladspiegel aangepast en zijn correcties van hoofdzakelijk systematische en taalkundige aard doorgevoerd. Enkele belangrijke wetswijzigingen zijn in de tekst verwerkt. Daarnaast is in enige passages van § 1.4 (Europese Unie) en § 3.4.15 (toelating etc. van vreemdelingen) geschrapt. Inhoudelijk wijkt deze bewerking niet af van de zevende druk uit 2012. Wij danken Irene Theunisse voor haar grote inzet bij deze bewerking.

De bewerkers

INHOUD

VOORWOORD / V

AFKORTINGEN / XVII

DEEL I. ALGEMENE BEGRIPPEN / 1

Hoofdstuk 1. Staatsrecht / 3

§ 1.1. *Inleiding* / 3

§ 1.2. *Omschrijving van het staatsrecht* / 6

Hoofdstuk 2. De staat in het volkenrecht / 9

§ 2.1. *De staat volgens het volkenrecht* / 9

§ 2.2. *De erkenning van staten* / 10

§ 2.3. *De staat in het volkenrecht* / 12

Hoofdstuk 3. Geschiedenis tot aan het Koninkrijk (1814) / 13

§ 3.1. *Geschiedenis* / 13

§ 3.2. *Staats- en regeringsvorm* / 14

§ 3.3. *De Unie* / 14

§ 3.4. *De provincies* / 15

§ 3.5. *De Franse tijd* / 16

Hoofdstuk 4. De functies van het staatsrecht / 19

§ 4.1. *Inleiding* / 19

§ 4.1.1. *Verdeling in functies* / 19

§ 4.1.2. *Legitimatie?* / 20

§ 4.2. *De constituerende functie* / 23

§ 4.2.1. *Constitueren* / 23

§ 4.2.2. *Constitutioneel recht* / 24

§ 4.3. *De attribuerende functie* / 31

§ 4.3.1. *Attribueren* / 31

§ 4.3.2. *Attributie en taakstelling* / 32

§ 4.3.3. *Attributie, delegatie, mandaat* / 33

§ 4.3.4. *Uitvoering* / 35

§ 4.4.	<i>De regulerende functie</i>	/ 36
§ 4.4.1.	<i>Historie</i>	/ 36
§ 4.4.2.	<i>Constitutionalisme</i>	/ 38
§ 4.4.3.	<i>De machtscheiding nader beschouwd</i>	/ 43
§ 4.4.4.	<i>De rechtsstaat</i>	/ 50
§ 4.4.5.	<i>Relativering van de rechtsstaatsidee</i>	/ 53
Hoofdstuk 5.	Staat en soevereiniteit	/ 65
§ 5.1.	<i>Soevereiniteit; volkenrecht</i>	/ 65
§ 5.2.	<i>Soevereiniteit en nationaal staatsrecht</i>	/ 66
§ 5.3.	<i>Beperkt soevereiniteitsbegrip</i>	/ 67
Hoofdstuk 6.	Decentralisatie	/ 69
§ 6.1.	<i>De Grondwet en decentralisatie</i>	/ 69
§ 6.2.	<i>Kenmerken van decentralisatie</i>	/ 70
Hoofdstuk 7.	De grenzen van het staatsrecht	/ 73
§ 7.1.	<i>De macht (der feiten)</i>	/ 73
§ 7.2.	<i>De gelding van de constitutie</i>	/ 74
§ 7.3.	<i>Staatsnood, revolutie</i>	/ 75
§ 7.4.	<i>Andere grenzen</i>	/ 76
§ 7.5.	<i>De zin van een constitutie</i>	/ 77
DEEL II. HET POSITIEVE CONSTITUTIONELE RECHT / 79		
Hoofdstuk 1.	Staatsrecht	/ 81
§ 1.1.	<i>Kenmerken van het Nederlandse staatsrecht</i>	/ 81
§ 1.1.1.	<i>Weinig ideologisch</i>	/ 81
§ 1.1.2.	<i>Monarchale terminologie</i>	/ 82
§ 1.1.3.	<i>Open stelsel</i>	/ 83
§ 1.1.4.	<i>Geen constitutionele toetsing</i>	/ 84
§ 1.2.	<i>De Grondwet</i>	/ 86
§ 1.2.1.	<i>Grondwetsherzieningen</i>	/ 86
§ 1.2.2.	<i>Voorstellen tot grondwetsherziening</i>	/ 94
§ 1.2.3.	<i>Enige hoofdlijnen van de historie; toekomst</i>	/ 95
§ 1.2.4.	<i>De herzieningsprocedure</i>	/ 96
§ 1.2.5.	<i>Overgangsrecht</i>	/ 99
§ 1.2.6.	<i>Organieke regelingen</i>	/ 100
§ 1.3.	<i>Het Statuut en het samenwerkingsverband van de landen van het Koninkrijk</i>	/ 101
§ 1.3.1.	<i>Historie</i>	/ 101
§ 1.3.2.	<i>Hoofdlijnen</i>	/ 102
§ 1.3.3.	<i>Herziening van het Statuut; overgangsrecht</i>	/ 107

- § 1.3.4. *Onderlinge regelingen in consensusrijks wetten* / 107
- § 1.3.5. *De openbare lichamen Bonaire, St. Eustatius en Saba (de BES-eilanden)* / 110
- § 1.3.6. *De landen Aruba, Curaçao en Sint Maarten* / 112
- § 1.4. *De Europese Unie*** / 113
 - § 1.4.1. *Historie* / 113
 - § 1.4.2. *Statenbond, bondsstaat, statenverbond* / 115
 - § 1.4.3. *Een supranationale rechtsorde* / 117
 - § 1.4.4. *De ambten van de Unie* / 119
 - § 1.4.5. *De rechters van de Unie; rechtstreekse werking; rechterlijk activisme* / 123
 - § 1.4.6. *De euro, de Europese Centrale Bank* / 128
- § 1.5. *Het EVRM en het EHRM*** / 129
- § 1.6. *Ongeschreven recht*** / 132

- Hoofdstuk 2. *Het centrale overheidsverband: ambten en bevoegdheden*** / 135
 - § 2.1. *De regering*** / 135
 - § 2.1.1. *Terminologie* / 135
 - § 2.1.2. *Erfopvolging en troonopvolging* / 137
 - § 2.1.3. *Niet-uitoefening koninklijk gezag* / 140
 - § 2.1.4. *Het koninklijk huis* / 143
 - § 2.1.5. *Koningschap en democratie; naar een ceremonieel koningschap?* / 143
 - § 2.1.6. *De regering* / 144
 - § 2.1.7. *De ministers* / 146
 - § 2.1.8. *Kabinetsformatie* / 147
 - § 2.1.9. *Ministers, ministeries en staatssecretarissen* / 154
 - § 2.1.10. *De ministerraad* / 156
 - § 2.1.11. *Eed* / 159
 - § 2.2. *Bevoegdheden van de regering*** / 160
 - § 2.2.1. *Inleiding* / 160
 - § 2.2.2. *De Koning als staatshoofd en als deel van de regering* / 161
 - § 2.2.3. *De buitenlandse betrekkingen* / 163
 - § 2.2.4. *Inoorlogverklaring; defensie; uitzonderingstoestanden* / 181
 - § 2.2.5. *De financiën* / 192
 - § 2.2.6. *Andere bevoegdheden en taken* / 201
 - § 2.2.7. *De ministerraad* / 202
 - § 2.2.8. *De minister-president* / 204
 - § 2.2.9. *De ministers* / 206
 - § 2.2.10. *De staatssecretaris* / 207
 - § 2.3. *De Staten-Generaal*** / 209
 - § 2.3.1. *Vertegenwoordigen* / 209
 - § 2.3.2. *Het kiezerscorps* / 211
 - § 2.3.3. *Politieke partijen* / 213
 - § 2.3.4. *Kiesstelsel; verkiezingen* / 217
 - § 2.3.5. *Begin lidmaatschap* / 222

- § 2.3.6. *Het tweekamerstelsel* / 226
 - § 2.3.7. *De verenigde vergadering* / 227
 - § 2.3.8. *De samenstelling en inrichting van de Staten-Generaal* / 228
 - § 2.4. **Bevoegdheden van de Staten-Generaal** / 235
 - § 2.4.1. *Samenwerkingsbevoegdheden* / 235
 - § 2.4.2. *Zelfstandige bevoegdheden* / 236
 - § 2.4.3. *Recht van enquête* / 237
 - § 2.4.4. *Ambten binnen de Kamers* / 240
 - § 2.5. **De rechterlijke ambten** / 242
 - § 2.5.1. *Inleiding* / 242
 - § 2.5.2. *Het grondwettelijke stelsel* / 243
 - § 2.5.3. *Rechterlijke onafhankelijkheid* / 245
 - § 2.5.4. *Onpartijdigheid van de rechter* / 250
 - § 2.5.5. *Inrichting van de rechterlijke macht* / 252
 - § 2.5.6. *De bestuursstructuur van de rechterlijke macht* / 257
 - § 2.5.7. *De bestuursrechterlijke ambten* / 259
 - § 2.5.8. *Tuchtcolleges* / 260
 - § 2.5.9. *Het Openbaar Ministerie (OM)* / 260
 - § 2.6. **Bevoegdheden van de rechterlijke ambten** / 261
 - § 2.6.1. *Internationale en EU-aspecten* / 263
 - § 2.6.2. *Art. 112, eerste lid, Gw; de bevoegdheid van de rechterlijke macht* / 267
 - § 2.6.3. *Intermezzo: het conflictenstelsel* / 268
 - § 2.6.4. *Art. 112, tweede lid, Gw; verdeling van rechtsmacht* / 270
 - § 2.6.5. *Strafrechtspraak* / 275
 - § 2.6.6. *De doodstraf* / 278
 - § 2.6.7. *Cassatie; ambtsmisdrijven* / 279
 - § 2.6.8. *Terechtzitting; motivering vonnis; uitspraak* / 281
 - § 2.6.9. *Bestuursrechtspraak* / 282
 - § 2.7. **De vaste colleges van advies en de Nationale ombudsman** / 285
 - § 2.7.1. *De Raad van State* / 285
 - § 2.7.2. *De Algemene Rekenkamer* / 289
 - § 2.7.3. *Overige vaste colleges van advies* / 290
 - § 2.7.4. *De Nationale ombudsman* / 291
 - § 2.7.5. *Overige ambten* / 293
- Hoofdstuk 3. De regulerende functie** / 295
- § 3.1. **Constitutionalisme en regeringsvorm** / 295
 - § 3.1.1. *Machtenscheiding, checks and balances* / 296
 - § 3.1.2. *Parlementair stelsel; vertrouwensregel* / 298
 - § 3.1.3. *De vertrouwensregel in de praktijk* / 300
 - § 3.1.4. *De vertrouwensregel en de Eerste Kamer* / 303
 - § 3.1.5. *Ontbinding* / 305
 - § 3.1.6. *De ministeriële verantwoordelijkheid* / 310
 - § 3.2. **Legaliteitsbeginsel en wetgeving** / 320
 - § 3.2.1. *Legaliteitsbeginsel* / 320
 - § 3.2.2. *De wet in formele zin* / 328

- § 3.2.3. *Andere regelgeving* / 339
- § 3.2.4. *Beleidsregels* / 348
- § 3.2.5. *Normenhiërarchie* / 350
- § 3.3. *Rechtspraak* / 351**
 - § 3.3.1. *Binding aan de wet en het recht* / 352
 - § 3.3.2. *De rechtsvormende taak van de rechter* / 353
 - § 3.3.3. *De burgerlijke rechtspraak* / 355
 - § 3.3.4. *De bestuursrechtspraak* / 357
 - § 3.3.5. *Het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet* / 358
- § 3.4. *Grondrechten* / 364**
 - § 3.4.1. *Definitie van grondrechten* / 365
 - § 3.4.2. *Soorten grondrechten* / 367
 - § 3.4.3. *De bronnen van de grondrechten* / 369
 - § 3.4.4. *In welk kader functioneren de grondrechten?* / 370
 - § 3.4.5. *De subjecten van de grondrechten* / 371
 - § 3.4.6. *In welke relaties gelden grondrechten?; bijzondere rechtsposities; horizontale werking* / 373
 - § 3.4.7. *Grondrechten in verticale relaties; redelijke uitleg* / 380
 - § 3.4.8. *De grondwettelijke beperkingssystematiek* / 386
 - § 3.4.9. *Positieve verplichtingen* / 390
 - § 3.4.10. *Sociale grondrechten* / 395
 - § 3.4.11. *Internationale grondrechten: het EVRM* / 399
 - § 3.4.12. *Het onderscheid tussen de vrijheidsrechten in de Grondwet en het EVRM* / 404
 - § 3.4.13. *De EU-grondrechten* / 406
 - § 3.4.14. *Gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod* / 411
 - § 3.4.15. *Nederlanderschap; toelating, uitzetting en uitlevering; het land verlaten* / 423
 - § 3.4.16. *Het kiesrecht* / 442
 - § 3.4.17. *De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging* / 444
 - § 3.4.18. *De vrijheid van meningsuiting* / 462
 - § 3.4.19. *Het recht tot vereniging en tot vergadering en betoging* / 486
 - § 3.4.20. *Privacyrechten* / 493
 - § 3.4.21. *Procedurele rechten* / 505
 - § 3.4.22. *De vrijheid van en het recht op onderwijs* / 515
- Hoofdstuk 4. *De decentralisatie* / 533**
 - § 4.1. *Decentralisatie* / 533**
 - § 4.1.1. *Deconcentratie* / 534
 - § 4.1.2. *Territoriale en functionele decentralisatie* / 535
 - § 4.1.3. *Autonomie; medebewind* / 536
 - § 4.1.4. *Toezicht* / 539
 - § 4.1.5. *Lokale financiën* / 543
 - § 4.1.6. *Monisme en dualisme* / 544
 - § 4.1.7. *Verordenende bevoegdheid* / 545
 - § 4.1.8. *Beslissing van geschillen* / 545

§ 4.2. De gemeente	/ 547
§ 4.2.1. De ambten	/ 547
§ 4.2.1.1. De gemeenteraad	/ 548
§ 4.2.1.2. Het college van burgemeester en wethouders	/ 550
§ 4.2.1.3. De burgemeester	/ 551
§ 4.2.1.4. De commissies	/ 552
§ 4.2.1.5. Deelgemeenten	/ 553
§ 4.2.1.6. De rekenkamer	/ 553
§ 4.2.2. De bevoegdheden	/ 553
§ 4.2.2.1. De gemeenteraad	/ 554
§ 4.2.2.2. Het college van burgemeester en wethouders	/ 558
§ 4.2.2.3. De burgemeester	/ 559
§ 4.2.2.4. De commissies	/ 565
§ 4.2.2.5. De rekenkamer	/ 566
§ 4.2.3. De regulering	/ 566
§ 4.2.3.1. Politieke verantwoordelijkheid en vertrouwensontslag	/ 567
§ 4.2.3.2. Het recht op inlichtingen en van onderzoek	/ 568
§ 4.2.3.3. Begroting en rekening	/ 569
§ 4.2.3.4. Toezicht	/ 569
§ 4.2.3.5. Taakverwaarlozing	/ 570
§ 4.3. Het waterschap	/ 571
§ 4.3.1. De ambten	/ 573
§ 4.3.1.1. Het algemeen bestuur	/ 574
§ 4.3.1.2. Het dagelijks bestuur	/ 575
§ 4.3.1.3. De voorzitter	/ 575
§ 4.3.2. De bevoegdheden	/ 576
§ 4.3.2.1. Het algemeen bestuur	/ 576
§ 4.3.2.2. Het dagelijks bestuur	/ 578
§ 4.3.2.3. De voorzitter	/ 578
§ 4.3.3. De regulering	/ 579
§ 4.4. Andere overheidsverbanden	/ 582
§ 4.4.1. De ambten	/ 583
§ 4.4.2. De bevoegdheden	/ 583
§ 4.4.3. De regulering	/ 584
§ 4.5. Gemeenschappelijke regelingen	/ 585
Namenregister	/ 589
Jurisprudentieregister	/ 603
Zakenregister	/ 653

DEEL I

Algemene begrippen

HOOFDSTUK 1

Staatsrecht

§ 1.1. Inleiding

Staatsrecht, constitutioneel recht

Het staatsrecht of constitutioneel recht¹ wordt in dit boek in hoofdzaak beschouwd als het recht van een, in de loop van de geschiedenis ontstaan, door het recht geregeld verband dat wij staat noemen. Er zijn in deze optiek evenzovele 'staatsrechten' als er staten zijn, ook al zijn er diverse gemeenschappelijke principes aan te wijzen. Naarmate meer getracht wordt deze principes te beschrijven, belandt men in de algemene staatsleer.² Ligt de nadruk op een vergelijking van de onderscheiden nationale stelsels, dan bevindt men zich in de sfeer van het vergelijkend staatsrecht.³ Een synthetiserend vergelijkend staatsrecht kan leiden tot een algemene staatsleer.

Staatsrecht, zo zou men kunnen denken, heeft betrekking op en regelt 'de staat'. De term 'staat' komt in het Nederlandse positieve staatsrecht echter nauwelijks voor. De Grondwet spreekt van 'Koninkrijk' (art. 91 Gw), van 'Nederland' (art. 1 Gw), van 'land' (art. 2, vierde lid, Gw), van 'bevoegd gezag' (art. 5 Gw) en van 'overheid' (art. 19, eerste lid, Gw). Het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden bezigt een vergelijkbare terminologie. Een enkele maal stuit men wel op de term staat, zoals in art. 68 Gw, art. 19 van de Wet op de parlementaire enquête 2008 en art. 10 van de Wet openbaarheid van bestuur. Deze bepalingen hebben echter geen betrekking op de bevoegdheden of inrichting van de staat, noch geven zij een aanduiding van wat de staat in juridische zin is. Naar positief Nederlands staatsrecht lijkt de staat kennelijk nagenoeg niet te bestaan.

Wel komt het begrip staat voor en is het van grote juridische betekenis in het volkenrecht en het privaatrecht. In het volkenrecht is de staat, naast volkenrechtelijke

1. In het Engelse en Franse taalgebied spreekt men van constitutional law, respectievelijk droit constitutionnel. De Duitsers bezigen de termen Staatsrecht en Verfassungsrecht. In Nederland overweegt de uitdrukking staatsrecht. Hier wordt de voorkeur gegeven aan constitutioneel recht in verband met de hierna te bespreken constituerende functie ervan.
2. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Parijs: Sirey 1920; H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Julius Springer 1925; R. Kranenburg, *Algemene Staatsleer*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1937; R. Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, München: Verlag C.H. Beck 2010.
3. R. Kranenburg, *Inleiding in de vergelijkende staatsrechtwetenschap*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1955; T. Koopmans, *Vergelijkend publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1986; T. Koopmans, *Courts and Political Institutions*, Cambridge: Cambridge University Press 2003; P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red), *Grensverleggend Staatsrecht, opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2001; A.W. Heringa en P.H. Kiiver, *Constitutions compared*, Antwerpen: Intersentia 2009.

organisaties en individuen, volkenrechtssubject. In het privaatrecht is de staat een rechtspersoon en als zodanig onderworpen aan dat recht (art. 2:1 BW). Men stuit ook wel op meer sociologisch getinte omschrijvingen van het begrip staat. Kenmerken ervan in die zin zijn dat hij een organisatorisch verband is, dat het hoogste gezag uitoefent op een bepaald territorium en dat hij een dwanggemeenschap is. Deze kwalificatie vindt men echter niet terug in het positieve recht.

In het licht van het voorafgaande rijst de vraag waarop het positieve staatsrecht betrekking heeft, als het nauwelijks gewag maakt van 'de staat' en geen verplichtingen of bevoegdheden aan de staat als zodanig oplegt dan wel toekent. Als voorlopige omschrijving kan dienen: staatsrecht is het recht dat uitsluitend relaties regelt waarbij de overheid betrokken is. Deze omschrijving behoeft nadere verklaring.

Recht, ook staatsrecht, is niet denkbaar zonder relaties. Het veronderstelt (mogelijke) betrekkingen tussen ten minste twee personen of ambten, instellingen (waarover hierna). Het staatsrecht betreft evenals elk ander 'soort' recht noodzakelijkerwijs relaties. Is recht zonder relaties niet mogelijk, in de (westerse) staten bestaat recht niet zonder een overheid. Alle positieve recht is te herleiden tot een overheid, hetzij op grond van uitdrukkelijke rechtsschepping, hetzij op basis van al dan niet stilzwijgende erkenning. Alle positieve recht is in deze zin overheidsrecht, of het nu gaat om staatsrecht, bestuursrecht, strafrecht of burgerlijk recht. Zelfs de gelding van kerkelijk recht op het territorium van een staat berust op zijn al dan niet uitdrukkelijke erkenning en binnen de door hem gestelde grenzen (art. 2:2, tweede lid, BW). Dit zegt overigens niets over de vraag in hoeverre de overheid de gelding van 'eigen rechtsordes' aanvaardt. Binnen een staat kunnen diverse rechtsordes, zoals een kerkelijke⁴ en tuchtrechtelijke, aanwezig zijn, die een (betrekkelijk) autonome positie innemen en waarmee de overheid zich slechts in beperkte mate inlaat. Hetzelfde kan gezegd worden van de 'rechtsorde' in een gezin.⁵

Het typerende van het staatsrecht als onderdeel van het Nederlandse positieve recht is dat het altijd betrekking heeft op relaties waarbij de overheid is betrokken. Het onderwerpt de overheid in die relaties aan het recht. Weliswaar kan ook in het privaatrecht de overheid (de staat, de provincie, de gemeente, enz.) aan het recht zijn onderworpen, maar het privaatrecht regelt niet slechts betrekkingen tot de overheid, doch ook en vooral tussen 'gewone' natuurlijke personen en rechtspersonen. Bovendien zijn staat, provincies, gemeenten, enz. niet aan het privaatrecht onderworpen in hun kwaliteit van overheid, van bevoegd gezag, maar in hun – min of meer toevallige – kwaliteit van rechtspersoon naar privaatrecht.

Bestuursrecht

Ook het bestuursrecht⁶ regelt altijd relaties waarbij de overheid is betrokken. In dit opzicht onderscheidt het zich niet van het staatsrecht. Er is veel voor te zeggen

4. A.H. Santing-Wubs, *Kerken in geding, De burgerlijke rechter en kerkelijke geschillen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

5. Zie M. de Blois, 'Godsdienst, levensovertuiging en opvoedingsvrijheid', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 1084 e.v.

6. Schlössels/Zijlstra 2010; Van Wijk/Konijnenbelt 2014.

staatsrecht en bestuursrecht als één rechtscompartiment (publiekrecht) te beschouwen, temeer daar het onderscheid tussen beide weinig rechtsgevolgen heeft.⁷ Toch heeft het maken van onderscheid wel methodologische en didactische⁸ zin. Het staatsrecht omvat dan de regels die de totstandkoming, gelding en de handhaving van (de overige) rechtsnormen regelen, alsmede de regels volgens welke de eerstgenoemde regels mogen worden gewijzigd.⁹ In deze betekenis is het staatsrecht of constitutionele recht het primaire, scheppende, funderende recht¹⁰ zonder welk de gelding van het overige recht positiefrechtelijk niet is te verklaren. Volgens deze omschrijving geldt het bestuursrecht op grond van het constitutionele recht en vormt aldus secundair recht. Ook een meer praktisch onderscheid tussen staatsrecht en bestuursrecht is mogelijk. Men beschouwt dan als staatsrecht de Grondwet en de belangrijkste organieke regelingen waarnaar deze verwijst. Zoals wij nog zullen zien, lijkt deze opvatting echter te beperkt. Met name doet zij tekort aan het staatsrecht, vervat in of voortvloeiend uit verdragen, in jurisprudentie en (ander) ongeschreven recht.

Onderdaan (burger)

Zoals reeds werd gesteld, heeft het staatsrecht betrekking op verhoudingen waarbij de overheid is betrokken. Het kan dan ook gaan om relaties tussen 'overheden' onderling. Men denke aan de betrekkingen tussen de overheidsambten Koning en ministers, regering en Staten-Generaal, wetgever en rechter. Maar het begrip overheid veronderstelt dat er anderen zijn dan de overheid. Een overheid zonder onderdanen – of: burgers¹¹ – is een zinloos begrip. Het staatsrecht heeft dan ook tevens betrekking op relaties tussen de overheid en de onderdaan. Het regelt – grotendeels eenzijdige – machtsuitoefening van de overheid over de onderdaan. Het maakt de macht tot rechtsmacht, tot bevoegdheid. Het is echter overtrokken te menen dat het staatsrecht er in geslaagd is alle overheidsmacht te verrechtelijken. Telkenmale blijkt dat de fysieke en economische macht van overheden deels

7. Soms is het onderscheid niettemin van belang. Zo is de grondwettelijke delegatieterminologie beperkt tot de Grondwet zelf. En het besluit-begrip van de Algemene wet bestuursrecht dekt lang niet alle besluiten die de Grondwet kent.
8. Al was het maar omdat de juridische faculteiten dit onderscheid tussen staats- en bestuursrecht in de opzet van hun onderwijs hanteren. Ook in het Duitse en Franse recht maakt men onderscheid tussen 'Staatsrecht' en 'Verwaltungsrecht', tussen 'droit constitutionnel' en 'droit administratif'. Men zie ook de preadviezen van A. Koelma en R. Kranenburg, *De verhouding van staatsrecht en administratief recht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1940.
9. Vgl. in deze zin, maar verder uitgewerkt, E.M.H. Hirsch Ballin, 'De wetenschap van het constitutionele recht. Een kleine methodologie', in *Object en Methode van de Staatsrechtswetenschap*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 64 e.v.; E.M.H. Hirsch Ballin 'Object en methode van het staatsrecht en het bestuursrecht', in O.W.M. Kamstra, F.B.M. Kunneman en C.W. Maris, *Nederlandse Rechtswetenschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 81 e.v.
10. A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht*, deel I, Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij 1987, p. 58 spreekt van 'grondslagenrecht'.
11. Het woord 'onderdaan' hoort men tegenwoordig niet vaak meer. Men spreekt liever van '(staats) burger', 'kameraad', 'citoyen' e.d. Dat klinkt vriendelijk, maar verdoezelt het feit dat de overheid (botweg) macht uitoefent. Overheid en burger zijn rechtens noch feitelijk elkaars gelijken, ook al zegt men wel dat de overheidsmacht van het volk uitgaat. W. Duk spreekt van de burger als underdog en de overheid als veelkoppige upperdog/topdog, in R.L. Vuscán (red.), *De Awb-mens: boeman of underdog* (Damen-bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 31.

ontsnappen aan de greep van het recht, en dit niet slechts in noodsituaties. Daar komt bij dat het staatsrecht veel open normen en begrippen bevat, waarvan de betekenis in de praktijk veelal bepaald wordt door degenen die de (politieke) macht bezitten, de regering en de Kamers, in een aantal staten een constitutioneel hof, binnen de rechtsorde van de Europese Unie ambten als de Raad, de Commissie, het Europees Parlement en het Hof van Justitie. Norm en macht, recht en feit liggen in het staatsrecht vaak dicht bijeen. De macht van de feiten, ook elders wel voorkomend, speelt in het constitutionele recht een grote rol.

§ 1.2. Omschrijving van het staatsrecht

Na het voorgaande kan staatsrecht voorlopig worden omschreven als het primaire recht dat betrekkingen binnen de overheid, alsook betrekkingen tussen de overheid en de onderdanen regelt. Deze omschrijving noopt op haar beurt tot een analyse van de term 'betrekkingen binnen de overheid'. Met name het begrip 'overheid' verdient nadere beschouwing.

Overheid

Het begrip 'overheid' houdt verband met macht en bevoegdheid. Macht is te beschouwen als een feitelijke potentie tot dwang, bevoegdheid is te beschouwen als rechtens geregelde macht. Daarmee is het begrip overheid ten minste deels een juridisch begrip. Zonder recht wordt bevoegdheid pure macht, geweld. Omgekeerd is louter bevoegdheid zonder feitelijke macht een lege huls. In het begrip overheid zijn macht en bevoegdheid onlosmakelijk verbonden.¹² Het staatsrecht nu regelt betrekkingen binnen en met die overheid. Dit betekent dat er personen of groepen daarvan binnen die overheid aan te wijzen moeten zijn met welke betrekkingen kunnen bestaan. Aldus stuiten wij op het begrip instelling, ambt.

Ambt

In de loop van de historie is de macht, de overheidsfunctie, gedepersonaliseerd. Vóór het ontstaan van wat wij nu wel de moderne staat noemen, kwam het overheidsgezag (in Europa) veelal toe aan een vorst of andere heerser, wiens macht als het ware zijn persoonlijk bezit was. Macht, gezag was gekoppeld aan een persoon of een aantal personen, die daarover – voor zover feitelijk mogelijk – vrijelijk konden beschikken.¹³ Macht werd verkocht, gekocht, beleend, geschonken, zoals men over goederen beschikt. Met de verplaatsing van de persoon werd de macht verplaatst.¹⁴ Met het overlijden van de persoon ontstond regelmatig een machts- en gezagsvacuüm, dat vaak slechts kon worden gevuld met behulp van intriges, successieoorlogen, verstandshuwelijken, omkoperij. Het begrip staat komt in die tijd dan ook nog niet voor. In de oudheid bezigde men termen als polis, respublica, imperium; in

12. Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *Elefantiasis, beschouwingen over een zieke staat*, Deventer: Kluwer 1981.

13. Vgl. o.a. J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij 1989, p. 22 e.v., p. 81-82.

14. Donner 1987, p. 61.

de middeleeuwen imperium en regnum. We volstaan hier met een verwijzing naar de vele beschouwingen aan dit thema gewijd.¹⁵

In de zestiende eeuw tekent zich onder invloed van het canonieke recht, de herontdekking van het romeinse recht en, even later, de geschriften van denkers als Machiavelli, Bodin en Hobbes een kentering af en begint men het begrip staat te bezigen. Machiavelli deed dit waarschijnlijk als eerste in zijn werk *Il principe* (De vorst, 1513), waarin hij schrijft over *lo stato*. Men gaat – vooral in verband met het tegengaan van (godsdienst)oorlogen – de noodzaak benadrukken van een permanent, krachtig, stabiel overheidsgezag, niet gebonden aan min of meer toevallige geestelijke en lichamelijke eigenschappen van personen. Macht en gezag worden langzamerhand losgemaakt van de persoon en het persoonlijk bezit van de heerser en gezien als behorend bij een ambt, dat niet ‘in de handel’ is. Het overheidsgezag behoort niet meer tot het patrimonium (vermogen). De idee dat overheidsmacht kan of moet toevallen aan een ambt en niet aan een persoon heeft grote gevolgen gehad voor de ontwikkeling van de overheid en haar organisatie. Men kon ambten instellen die bleven bestaan, ook al verdween de ambtsdrager, d.w.z. degene die voor het ambt handelt, het ambt als het ware vertegenwoordigt. Men kon ambten creëren, waarover de ambtsdrager niet naar goeddunken kon beschikken. Ambten kon men doen vervullen door een of door meer ambtsdragers. Overheidsgezag kon men verdelen over diverse ambten, zodat de oorspronkelijke ‘wetgevende’, ‘bestuurlijke’ en ‘rechterlijke’ functies van de heerser over onderscheiden ambten werden gespreid. Ambten konden – territoriaal of functioneel – worden samengevoegd en gesplitst. Men kon ambtsdragers vervangen zonder in een machtsvacuüm terecht te komen, of ambten tijdelijk zonder ambtsdragers doen zijn. Er konden ambtsdragers op grond van benoeming, verkiezing, erfopvolging, loting, anciënniteit of coöptatie worden aangewezen, zonder dat het bestaan en de bevoegdheden van het ambt als zodanig ter discussie hoefden te staan. Een ambt kenmerkt zich aldus door (een zekere mate van) duurzaamheid en welomschrevenheid voor wat betreft inrichting, taken en bevoegdheden.¹⁶

Deze ontwikkeling heeft eeuwen geduurd. Ons huidige staatsrecht is er echter nog steeds op gebaseerd. Staatsrecht is grotendeels ‘ambtenrecht’. De overheid bestaat uit een complex van ambten, met onderscheiden bevoegdheden en taken, waarbij het ambt in stand blijft, ook al ontbreekt de ambtsdrager. Wij kunnen ons in de westerse staten de overheid zonder het ambt niet goed meer voorstellen.

Staatsrecht; staat

Daarmee zijn wij – opnieuw – beland bij een omschrijving van het staatsrecht of constitutionele recht, waarop de verdere beschouwingen in dit boek zijn gebaseerd:

15. Zie voor een overzicht Van der Pot 2014, p. 3 e.v.

16. Vgl. J.H.A. Logemann, *Over de theorie van een stellig staatsrecht*, Leiden: Universitaire pers 1948, p. 84 e.v.

het is het primaire recht dat overheidsambten instelt, daaraan bevoegdheden toekent en hun onderlinge betrekkingen alsmede die tot de onderdanen regelt. In deze omschrijving komt het begrip staat niet voor. Wel biedt zij een aanknopingspunt voor een omschrijving van de (nationale) staat. Deze is een in externe verhoudingen onafhankelijk (zie hoofdstuk 2), door het recht geregeld complex van ambten, die in een rechtens geregelde verhouding tot elkaar en tot de onderdanen staan. Deze omschrijving vloeit niet rechtstreeks voort uit het positieve recht, doch sluit wel aan bij de rechtsbetrekkingen die het positieve recht regelt.

HOOFDSTUK 2

De staat in het volkenrecht

Aan het slot van hoofdstuk 1 is de staat omschreven als een in de *externe* verhoudingen onafhankelijk, door het recht geregeld complex van ambten. Een verhandeling over nationaal staatsrecht heeft vanzelfsprekend betrekking op de rechtsverhoudingen binnen de nationale staat. Niettemin is er alle reden om ook aandacht te besteden aan de staat in zijn externe rechtsbetrekkingen.

Bij het begrip staat veronderstellen wij dat er meer dan één staat is. Het is denkbaar dat er op deze wereld maar één staat zou bestaan. Historisch en feitelijk gezien, heeft spreken van een staat echter slechts zin, als men hem ziet als een door het recht geregelde eenheid naast andere vergelijkbare eenheden. Een tweede reden om aandacht te besteden aan de staat in zijn externe betrekkingen is, dat de nationale Grondwet ervan uitgaat dat er dergelijke betrekkingen (kunnen) bestaan. De Grondwet spreekt immers van verdragen, van oorlog en van de defensie. Al deze verschijnselen duiden op mogelijke externe relaties.

§ 2.1. *De staat volgens het volkenrecht*¹

Wanneer is er sprake van een staat? Wanneer ontstaat een staat, wanneer houdt hij op te bestaan? Volgens het volkenrecht – het nationale recht kan daarover anders ‘denken’ – moet voor het bestaan en ontstaan van een staat aan drie elementen zijn voldaan:

- a) een groep personen;
- b) die leven op een bepaald territorium;
- c) waarbij geregeerd wordt door een overheid die effectief en daadwerkelijk onafhankelijk gezag uitoefent over die personen.

Een staat houdt op te bestaan als hij niet meer voldoet aan een of meer van deze essentiële criteria. In deze omschrijving spelen feitelijke elementen een overwegende rol. Daarbij doet het er niet toe of er sprake is van een grote of kleine bevolking, dan wel van een groot of klein territorium. Ook het element ‘effectief en daadwerkelijk gezag’ is van feitelijke aard. Het duidt er op dat een overheid feitelijk bij machte is haar wil aan de bevolking op te leggen en deze met een zekere permanentie daaraan te doen gehoorzamen. Het gaat aldus niet te ver te stellen dat

1. Zie o.a. H. Kelsen, *Principles of international law*, New York: Rinehart & Company 1959; P.H. Kooijmans e.a., *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 2008; P.A. Nolkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008; Ian Brownlie, *Principles of public international law*, Oxford: Oxford University Press 2008.

een staat vanuit de volkenrechtelijke optiek berust op de macht van de feiten. Doch dit is niet geheel het geval. Immers, in de voornoemde omschrijving is er sprake van onafhankelijk gezag. Dit element introduceert een juridische notie. Het begrip onafhankelijkheid – er wordt ook wel gesproken van soevereiniteit – duidt aan dat de overheid rechtens niet onderworpen is aan de overheid van een andere staat. Van deze onafhankelijkheid kan ook sprake zijn, indien er uit niet-juridisch oogpunt wel sprake is van (sterke) afhankelijkheid. Men denke bijvoorbeeld aan economische afhankelijkheid, of afhankelijkheid de facto uit het gezichtspunt van de defensie.

Ontstaan en tenietgaan van staten

In het licht van het voorgaande zijn er globaal genomen drie wijzen waarop een staat kan ontstaan of tenietgaan. De eerste is die waarin een bestaande staat zich opdeelt in kleinere staten. De oorspronkelijke staat gaat daarbij teniet. Voorbeelden daarvan zijn er te over. Men denke slechts aan de ontwikkelingen die in 1991 in de voormalige Sovjet-Unie hebben plaats gevonden. De tweede is het opgaan van twee of meer staten in één staat. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de vereniging van de Bondsrepubliek Duitsland met de voormalige DDR en aan die van Nederland en België in 1815. Ten slotte zij gewezen op de inmiddels theoretische mogelijkheid dat een staat ontstaat op een territorium met een bevolking, dat daarvoor niet onder enige staat viel.

Bij de kwestie van het ontstaan en tenietgaan van een staat dient men voor ogen te houden dat deze niet samenvalt met die van het ontstaan en tenietgaan van een bepaalde nationale overheid. Ook al wordt binnen een nationale staat een geheel ander constitutioneel bestel ingevoerd, hetzij conform de bestaande constitutie, hetzij door middel van een staatsgreep, de oorspronkelijke nationale staat blijft in beginsel bestaan. In het eerste geval zal dat weinig verbazing wekken. Echter ook in de tweede situatie verlangt het volkenrecht slechts dat de volkenrechtelijke identiteit bewaard blijft. Wij zagen dat die volkenrechtelijke identiteit berust op een bevolking en een territorium onder een effectief, onafhankelijk gezag. Deze elementen kunnen ook na een staatsgreep volledig aanwezig blijven. Kortom, het volkenrecht staat in principe indifferent tegenover de constitutionele inrichting en praktijk van een staat. Wel kan het zo zijn dat (gevestigde) staten de erkenning van een andere entiteit als staat afhankelijk maken van de kwaliteit van die inrichting en praktijk; zie daarover hierna.

§ 2.2. De erkenning van staten

Hiervoor zijn de criteria aangegeven waaraan voldaan moet zijn wil er sprake zijn van een staat in volkenrechtelijke zin. Zoals altijd in het recht het geval is, rijst ook hier de vraag wie bepaalt dát er aan die criteria is voldaan. Men spreekt dan van erkenning van een staat. Een nationaal rechtssysteem regelt in het algemeen nauwkeurig welk ambt of welke ambten tot erkenning van een rechtens relevante status bevoegd zijn en volgens welke procedure dit moet of kan geschieden. Het volkenrecht is op het punt van de erkenning van staten – en niet alleen daar – een veel minder ontwikkeld rechtssysteem. Er is geen specifieke instantie die bevoegd is tot erkenning van staten.