

Staat de overheid boven de wet?

Kenmerkend voor een rechtsstaat is dat de overheid gebonden is aan maat en regel. Aldus een adagium van Schuyt, dat kernachtig verwoordt wat vele uitvoerige beschouwingen over de rechtsstaatgedachte tot slotsom hebben. ¹ In de rechtsstaat is de overheid zelf onderworpen aan het recht. Die 'heerschappij van het recht' geeft de overheid pas aanspraak op gehoorzaamheid van de burgers aan de democratisch gestelde rechtsregels. In de gedachte van de 'rule of law' ligt het accent zowel op 'law' als op 'rule'.

Het ideaal van de heerschappij van het recht is veeleisend. Het kan, zoals alle idealen, nooit geheel worden waargemaakt. In een rechtsstaat moet men zich daarom de vraag stellen in hoeverre de praktijk voldoet aan de leer. En omgekeerd is het tijd om zich ernstig zorgen te maken als discussies over het rechtsstatelijke karakter van het overheidsoptreden niet meer gevoerd worden of als overheidsfunctionarissen er niet meer gevoelig voor zijn. Hoe is het nu gesteld met de 'rechtsstaat Nederland'? Bijna veertig jaar nadat de jurist Böhntlingk onder deze titel zijn oratie hield, kan gezegd worden dat het algemene beeld meevalt. Böhntlingk constateerde in 1958 terecht dat de liberale rechtsstaatgedachte onder zware druk stond van de ideologie van de welvaartsstaat, die nu eenmaal veel overheidsop-treden vereist en de grenzen aan het overheidsop-treden als hinderlijk ervaart. Böhntlingk hoopte op compensatie door onder meer verbetering van de wetgeving en toegenomen mogelijkheden voor rechtsbescherming van de burgers tegen de overheid. ² Anno nu is Nederland nog wel geen harmonieuze sociale rechtsstaat geworden – de rechtsstaat blijft onder druk staan door het voortdurende streven naar maakbaarheid van de samenleving – maar er is op het punt van rechtsbescherming tegen de overheid veel meer gerealiseerd dan Böhntlingk voor mogelijk kan hebben gehouden. Niet alleen in het bestuursrecht, maar ook in het privaatrecht is toet-

WILLEM WITTEVEEN

*Hoogleraar encyclopedie van de
rechtswetenschap te Tilburg.*

Redacteur van S&D

sing van het overheidsop-treden aan rechtsbeginselen, grondrechten, algemene beginselen van behoorlijk bestuur, behoorlijkheidsmaatstaven en wat dies meer zij op grote schaal praktijk geworden. De vele jeremiades van bestuurders die door de rechterlijke controle in hun daadkracht gehinderd worden, geven aan dat het stelsel van rechtsbescherming overheden ook echt bij de les houdt, al kan men natuurlijk twisten over de vraag of de bemoeienissen van de rechter soms niet wat te gedetailleerd zijn.

Pikmeer en de democratische rechtsstaat

Zijn overheden ook gebonden aan de strafwet? In het licht van het voorgaande is dit een wonderlijke vraag. Zou een overheidsorgaan dat bestuursrechtelijk en privaatrechtelijk aan de wet onderworpen is, zich boven de strafwet mogen verheffen? Toch blijkt dit het geval te zijn, althans volgens de Hoge Raad. De gemeente Boarnsterhim, en met name een ambtenaar die voor die gemeente werkte, heeft de Grontmij verontreinigd baggerspecie laten storten in het Pikmeer, in overtreding van door de landelijke overheid vastgestelde milieuvorschriften. Kunnen de gemeente en de leidinggevende ambtenaar strafrechtelijk worden vervolgd? De Hoge Raad meent van niet. Ambtsmisdrijven zoals fraude en corruptie daargelaten, zijn overheidsfunctionarissen die in het kader van hun functie milieuwetten overtreden of leiding geven aan overtreding van milieuwetten, niet strafrechtelijk te vervolgen. Als het tenminste gaat om een overheid die een openbaar lichaam is in de zin van de Grondwet en handelt ter behartiging van een hem als zodanig opgedragen taak. ³ De beslissing van de Hoge Raad, die het sluitstuk lijkt te vormen van een in de loop van jaren ontwikkelde jurisprudentie, gaat ervan uit dat er bij overtreding van de strafwet al zoveel middelen beschikbaar zijn om het overheidsorgaan ter verantwoording te roepen (bijvoorbeeld door de

volksvertegenwoordiging of door bestuurlijk hogere organen) dat verantwoording tegenover de strafrechter niet nodig is. Het is bemoedigend dat deze stellingname een uitvoerige publieke discussie heeft opgeroepen. In de dagbladen is vooral veel kritiek te lezen geweest, waarop de griffier van de Hoge Raad zich – naar men mag aannemen met instemming van de Hoge Raad – geroepen heeft gevoeld het arrest nog eens aan den volke uit te leggen.⁴ Kennelijk is het geen uitgemaakte zaak dat in onze democratische rechtsstaat de strafbare overheid boven de wet staat.

In dit artikel zal niet de gehele controverse de revue passeren. Voor meer informatie verwijs ik naar het voortreffelijke boekje van Brants en De Lange over strafvervolgving van overheden.⁵ Ik zal mij beperken tot een politiek-theoretische vraag die door de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt opgeroepen: wat zegt het over een democratie, en over een rechtsstaat, wanneer het mogelijk wordt dat strafrechtelijk wordt opgetreden tegen overheidsfunctionarissen die leiding hebben gegeven aan strafwaardige gedragingen of zelfs tegen de staat als zodanig?

Zich de overheid voor ogen stellen

Allereerst moet men zich natuurlijk al kunnen voorstellen dat de overheid een strafbaar feit pleegt. Helemaal vanzelfsprekend is dit niet, zoals een vergelijking met de strafbaarheid van de rechtspersoon laat zien.

Toen het rechtsverkeer behoefte had aan een juridische organisatievorm voor collectieve eenheden die op een lijn gesteld konden worden met personen, heeft men de rechtspersoon bedacht. Organisaties konden daardoor in een aantal juridische vormen, waarvan de besloten vennootschap (BV), de vereniging en de stichting de bekendste zijn, op voet van gelijkheid met particulieren aan het rechtsverkeer deelnemen. Personen werden daardoor automatisch 'natuurlijke personen'. De nieuwe categorie van de rechtspersoon was een juridische fictie. Men wist natuurlijk wel dat een

rechtspersoon slechts in bepaalde opzichten gelijk kan staan aan een natuurlijke persoon – zo kan een rechtspersoon niet geboren worden of sterven – maar was bereid het ongelooft op te schorten. Men ging kortom doen alsof, men activeerde de juridische verbeelding. Zoals bij alle fictie, was deze opschorting van het ongelooft echter nooit een onvoorwaardelijke. Als het absurd zou zijn om te doen alsof, kon men altijd een uitzondering maken. Het bleek al spoedig noodzakelijk het fictieve beeld van de rechtspersoon in realistische zin bij te stellen. Rechtspersonen bleken de strafwetten te kunnen overtreden. Wie moest dan worden aangesproken, en eventueel vervolgd en veroordeeld? Zoals de rechtspersoon als zodanig niet geboren kon worden of sterven kon hij ook niet als zodanig in de gevangenis belanden. Moesten de bestuurders in persoon worden aangesproken? Of alleen de feitelijke uitvoerders van hun bestuursbeleid? Of ook de feitelijk leidinggevendenden in de organisatie? Aan de juridische fictie moesten voorwaarden verbonden worden. Deze hebben geleid tot het stelsel van art. 51 Wetboek van Strafrecht, dat het mogelijk maakt tot vervolging over te gaan van personen die in het kader van de activiteiten van de rechtspersoon strafbaar gedrag hebben gepleegd of hieraan leiding hebben gegeven. Wie doet alsof, hoeft daarom nog niet te doen alsof hij gek is.

De overheid is, hoewel doorgaans een rechtspersoon, een grootheid die heel wat complexer is dan andere rechtspersonen. Er is meer verbeeldingskracht voor nodig om zich er een beeld van voor ogen te stellen. Sinds het einde van het ancien régime, waarin de absolute vorsten als Lodewijk XIV zichzelf als de staat konden presenteren (want 'L'État c'est Moi'), is het niet meer mogelijk om de overheid naar analogie van een natuurlijke persoon voor te stellen. Omdat een overheid als 'lege plaats' gedacht weinig aansprekend is, zien we nieuwe ficties opduiken die de overheid inzichtelijk moeten maken.⁶ Bij de verbeelding van overheid en staat duiken bekende trefwoorden op:

1. C.J.M. Schuyt, 'Gebonden aan maat en regel', in: M.A.P. Bovens e.a. (red.), *Rechtsstaat en sturing*, Zwolle 1987, pp. 23-35.

2. F.R. Böhlingk, *De rechtsstaat Nederland*, oratie Amsterdam 1958.

3. Hoge Raad, 23 april 1996, Nederlandse Jurisprudentie 1996, 513.

4. W. van Nispen tot Sevenaer, 'De Staat staat boven de wet, maar zijn dienaren niet', NRC *Handelsblad*, 29 augustus 1996.

5. C.H. Brants en R. de Lange, *Strafvervolgving van overheden*, Deventer 1996. Op 3 maart 1997 organiseerde de Wiardi Beckman Stichting een studie-

middag naar aanleiding van deze publicatie. De tekst van dit artikel is gebaseerd op mijn bijdrage aan deze studiemiddag.

6. Claude Lefort, *Het democratisch tekort*, Amsterdam 1992.

- overheid en staat vormen wilsuitingen van het volk;
- overheden worden gecontroleerd door volksvertegenwoordigers;
- overheid en staat geven uitdrukking aan het algemeen belang;
- de staat waarborgt de maatschappelijke vrede door het monopolie op legitiem geweldsgebruik;
- de overheid is een overweldigende grootheid die uitrijst boven de macht en de wil van particuliere personen;
- de overheid is een macht die over ons gesteld is.

We hoeven hier geen diepgaand ideeënhistorisch onderzoek te plegen (dat ons zou voeren van het Oude Testament tot Rousseau en Mill). Waar het om gaat is dat in de praktijk een niet verder uitgewerkt samenstel van slogans of adagia voldoende is om zich de overheid voor ogen te stellen. Men maakt een fictie, men doet alsof. Het zou onpraktisch zijn al deze voorstellingen van staat en overheid omdat ze fictief zijn, uit te bannen. Ze zijn ergens goed voor, zoals de vergelijking van de rechtspersoon met de natuurlijke persoon ergens goed voor is. Het zou uiterst onbevredigend en onjuist zijn je de staat alleen voor te stellen als optelsom van het handelen van burgers en functionarissen. Maar als we ons zo opstellen, moeten we wel erkennen dat het gaat om ficties. Het ongeloof wordt opgeschort, maar alleen onder bepaalde voorwaarden. Ergo: niet alles wat de overheid doet geeft gestalte aan de volkswil, ook niet als volksvertegenwoordigers het overheidsoptreden steunen; de overheid behartigt niet per definitie het algemeen belang; controle door volksvertegenwoordigers garandeert geen goede uitkomsten en vindt niet automatisch plaats.

De staat handelt alleen bij wijze van spreken, *en wel omdat wij ons dat zo voorstellen*. Om de macht van de boven de individuele belangen uitrijzende overheid aanspreekbaar te maken, is het nodig de staatsficties te zien voor wat zij zijn. De ambtsdragers van de staat moeten zich niet achter de *myth of the state* kunnen verschuilen, zoals bestuurders die zeggen dat niet zij maar de buiten hen staande rechtspersoon verkeerd gehandeld heeft zich niet achter een *myth of the corporation* mogen verschuilen.⁷

Rechtsstatelijk idealisme

Als we ons eenmaal kunnen voorstellen dat ook uit naam van staat en overheid strafbaar gehandeld kan worden, is de volgende vraag hoe hierop vanuit het kader van de democratische rechtsstaat moet worden gereageerd. Mijn voorstel komt neer op een *realistisch idealisme*. Elke rechtsstatelijke beoordeling heeft een idealistische inslag, zo is hierboven al gesteld. Het adagium dat de overheid gebonden moet zijn aan maat en regel heeft nu eenmaal vergaande implicaties. Om consequent te zijn, moet Schuyt's formule zich uitstrekken tot iedereen die uit naam van of in dienst van de overheid over handelingsmogelijkheden en bevoegdheden beschikt. Waar macht is, moet verantwoording worden afgelegd. Om het verantwoordingsproces goed te laten verlopen, is het wenselijk als bestuurders en ambtenaren kunnen worden aangesproken op de manier waarop zij de wetten hebben uitgevoerd, gehandhaafd en gerespecteerd.

Voldoet de jurisprudentie van de Hoge Raad aan deze idealistische eis? Is het, om ons tot de casus Pikmeer te beperken, voldoende als de gemeenteraad controle kan uitoefenen en de verantwoordelijke wethouder kan aanspreken op het optreden van de aan hem ondergeschikte ambtenaar die toestemming gaf tot het laten storten van vervuild baggerslib in het Pikmeer? Om verschillende redenen valt aan te nemen dat deze mogelijkheid tot verantwoordelijk stellen tekort schiet. Het gaat om een indirecte controle. De direct leidinggevende functionaris is niet aan te spreken. Vergeleken met de situatie rond de 'gewone' rechtspersoon, is dit een stap achteruit. Als de wethouder al erkent verkeerd gehandeld te hebben, heeft dit meer betekenis voor de toekomst dan voor datgene wat al gebeurd is. Vaak zal de wethouder kritiek vanuit de gemeenteraad overigens gemakkelijk kunnen weerstaan (zoals blijkt bij de Nijmeegse vervuilde grondaffaire). Niet alleen vanwege het monisme van de onderlinge verhoudingen – de wethouder is tevens politiek leider van de fractie die geacht wordt hem of haar te controleren – maar vooral omdat voor overtreding van milieuwetten altijd wel rechtvaardigingen kunnen worden aangevoerd die te herleiden zijn tot een ruime interpretatie van het gemeentelijk belang. Zoals: kostenoverwegingen, gewenste snelheid van handelen om locaties bouwrijp te maken, wenselijke bestuurlijke daadkracht.

7. Ernst Cassirer, *The Myth of the State*, New Haven 1946.

Een verantwoordingsproces dat zich in deze termen afspeelt, respecteert echter niet de afweging die de nationale wetgever gemaakt heeft ter bescherming van het milieubelang. De kans is groot dat een verkeerd geïnterpreteerd algemeen belang de discussies domineert. Aanvullend op de gemeentelijke controle is bestuurlijk toezicht denkbaar, waarbij de minister zich, eventueel aangespoord door de Tweede Kamer, met de gemeentelijke afweging gaat bemoeien. Dit raakt ook meer het functioneren van gemeentebestuur en gemeenteraad dan de feitelijke bestuurspraktijk. Het is meer een controle op een controlemechanisme dan een directe, primaire verantwoordingsmogelijkheid. Alweer blijft de feitelijk leidinggevende ambtenaar buiten schot.

Stel nu, dat de Hoge Raad strafrechtelijke vervolging van de overheid wel toelaatbaar zou vinden. Wat zou hiervan het belang zijn voor de gemeentelijke verantwoordingsprocessen? Mijsns inziens niet dat door het strafrecht de politieke controle opzij zou worden gezet of zou worden overvleugeld. Integendeel, als de rechter heeft vastgesteld dat er inderdaad sprake is van overtredingen van de milieustrafwet, maakt dit een beter gemeentelijk debat mogelijk. Het wordt dan immers moeilijker zich te verschuilen achter andere gemeentelijke belangen. Bestuurders kunnen het zich in een openbaar debat dat door de media kritisch wordt gevolgd, niet veroorloven lichtvaardig te doen over door de rechter geconstateerde wetsovertredingen, zeker niet bij een in de publieke opinie gewichtige zaak als milieubescherming. De gemeenteraad krijgt zo meer vat op het bestuur; de verhoudingen in de gemeenteraad worden dualistischer. Er wordt wel gesteld dat de Hoge Raad beducht is zich in te laten met het politieke proces. Maar de rechter hoeft niet te vrezen dat hij 'op de stoel van het bestuur gaat zitten', wanneer een rechterlijke uitspraak het democratische proces alleen maar bevordert.

Een combinatie van strafrechtelijke aansprakelijkheid, politieke verantwoordelijkheid op lokaal niveau en bestuurlijk toezicht door hogere bestuursorganen is de beste manier om de overheid bij de overtreding van milieuwetten aan maat en regel

te binden. Dat deze gedachte ook leeft binnen de rechterlijke macht, blijkt uit de openhartige en interessante motivering van de Rechtbank 's-Hertogenbosch in de aan Pikmeer voorafgaande zaak Volkel.

Het hoeft geen betoog dat in een strafzaak als de onderhavige, elke straf of maatregel enkel een symbolische werking kan hebben. Via de openbare behandeling en uitspraak is een strafrechtelijke vervolging slechts een van de signalen naar de vertegenwoordigende lichamen om inzake milieucidenten wel of geen actie te nemen richting de politiek verantwoordelijke bewindsman of -vrouw. (...) Recht doen is kiezen in het openbaar, gaat minder ver dan politieke controle, maar kan daaraan, in een democratisch bestel, in belangrijke mate bijdragen. De ingewikkeldheid van de milieuregelgeving en het gegeven dat het bij zaken het milieu betreffende om een samenlevingsgevoelige materie gaat, brengen mee, dat op de in alle objectiviteit oordelende rechter de plicht rust meer dan in andere zaken uitleg te geven. Die uitleg brengt hier mee, dat naar het oordeel van de rechtbank de Staat in deze milieuzak geen andere positie inneemt dan elke andere verdachte in een vergelijkbare zaak. De rechtbank laat in dit verband zwaar wegen de wijze waarop de Staat zelf via de verantwoordelijke bewindslieden vorm en inhoud geeft aan de handhaving van het milieurecht.⁸

Om een stimulans te bieden voor een goed democratisch verantwoordingsproces, kan de rechter met een symbolische straf volstaan. Door een uitvoerige motivering kan de rechter zelf een bijdrage leveren aan het openbare debat.

Rechtsstatelijk realisme

Er zijn niet alleen idealistische overwegingen die pleiten voor de gebondenheid van de overheid aan de (straf)wet. Het gaat ook om een realistische strategie. Alleen een overheid die zich aan de zelf gestelde wetten houdt, kan aanspraak maken op gehoorzaamheid van degenen die de overheid wil binden. Zelfbinding is een realistische strategie voor elke overheid die gezag nodig heeft bij zijn

8. Rechtbank 's-Hertogenbosch, 1 februari 1993, Nederlandse Jurisprudentie 1993, 257. Zie ook Brants en de Lange, p. 14. De Hoge Raad zou deze redenering later vrijwel zonder motivering verwerpen.

onderdanen, omdat zonder gezag de onderdanen zich niet als verantwoordelijke burgers zullen gedragen.

Het milieubeleid is bij uitstek een terrein waar dit soort gezagsrealisme van groot belang is. Algemeen ziet men in dat het milieubeleid de actieve en constructieve medewerking vereist van burgers en bedrijven.⁹ Strafsancties noch financiële prikkels kunnen, op zichzelf of in combinatie, de gewenste naleving van milieudoelstellingen verzekeren. Niet voor niets wordt op dit gebied door de overheid veel geld en energie geïnvesteerd in goede relaties met organisaties in de samenleving, daarbij inbegrepen de vervuilende bedrijven. Voorlichting is als mentaliteitsgerichte vorm van openbaar bestuur een belangrijk instrument geworden. De perceptie die burgers en bedrijven hebben van de overheid speelt een bepalende rol bij de bereidheid zelf de regels na te leven en meer te doen dan dat. Wil men – volgens de nieuwe bestuurlijke mode – wettelijk gecoördineerde zelfregulering stimuleren of door convenanten bepaalde doelstellingen bereiken, dan zal de overheid zich zelf steeds een consequente instantie op de achtergrond en een betrouwbare onderhandelingspartner moeten tonen. Milieubeleid heeft een symbolische dimensie: het gaat erom de manier waarop de betrokkenen hun eigen opstelling in relatie tot het milieu ervaren, onderwerp te maken van rationele afwegingen die gericht zijn op gedeelde doelstellingen ('duurzaamheid'). Wie de mentale instelling van bedrijven en burgers wil beïnvloeden, moet als overheid daarom zelf het goede voorbeeld geven. Als gemeentelijke overheden de door de nationale overheid gestelde milieuregels ongestraft aan hun laars kunnen lappen, boet ook de nationale overheid aan gezag in. Er bestaat hier een relatie van wederkerigheid.

Het rechtsstatelijke realisme kan worden samengevat in een adagium: zelfbinding van de overheid is een noodzakelijke voorwaarde voor binding van burgers. Dit is evenmin een originele gedachte als het adagium van Schuyt dat om morele redenen de binding van de overheid aan maat en regel bepleit. Als realistisch advies aan vorsten en regeringen maakt het al eeuwen deel uit van de liberale traditie. Stephen Holmes heeft in zijn boek *Passions & Constraint* laten zien dat de medaille van

het constitutionalisme twee kanten heeft. De overheid die zichzelf beperkingen oplegt in het belang van de vrijheid ('negative constitutionalism') is ook de overheid die een juist inzicht heeft in de voorwaarden voor effectieve machtsuitoefening ('positive constitutionalism'). 'By restricting the arbitrary powers of government officials, a liberal constitution can, under the right conditions, increase the state's capacity to focus on specific problems and mobilize collective resources for common purposes.'¹⁰ Deze les kan men al leren van Jean Bodin (1529-1596), de juridische adviseur van de Franse absolute vorsten. Bodin was de eerste die in verband met het vorstelijke gezag het begrip 'sovereiniteit' in absolute termen definieert, als 'meest verheven, absolute en voortdurende macht over de burgers en onderdanen van de politieke gemeenschap'. Maar Bodin geeft tegelijkertijd de vele beperkingen aan die de macht van de absolute vorst begrenzen, niet in theorie, maar in de praktijk van een verstandig openbaar bestuur. De vorst moet zich vrijwillig beperkingen opleggen die zijn macht over de onderdanen en burgers zullen vergroten. (Een voorbeeld is het advies om geen belastingen op te leggen zonder raadpleging van volksvertegenwoordigers; dit is erop gericht muiterij en revolutie te voorkomen.) Holmes laat zien dat de liberale nazaten van Bodin, zoals J.S. Mill en Madison, zich dit constitutionele gezagsrealisme eigen hebben gemaakt.

Ook in onze rechtspraak is het niet moeilijk de werking van het positieve constitutionalisme op het spoor te komen. Is het niet opvallend dat er geen grondwettelijk beschermd grondrecht is dat op papier zulke strenge waarborgen biedt als de onderwijsvrijheid van artikel 23 Grondwet, waar de vrijheid zelfs in drie elk afzonderlijk beschermde onderdelen is uitgesplitst? Tegelijk is er waarschijnlijk geen beleidsterrein waar het actieve overheids-optreden door middel van regulering en subsidies zo diep ingrijpt in de werkelijke vrijheden van onderwijsinstellingen. Of neem de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: dit uitgebreide netwerk van morele maatstaven voor een fatsoenlijk bestuur (zoals de gedachte dat de overheid haar beslissingen goed moet beargumenteren) houdt op het eerste gezicht alleen maar beperkingen in aan de

9. C.J.M. Schuyt, 'Sturing en het recht', in: M.A.P. Bovens en W.J. Witteveen (red.), *Het schip van staat*,

Zwolle 1985, pp. 113-124.

10. Stephen Holmes, *Passions and Constraint*, Chicago 1995, p. 7.

bestuurlijke vrijheid. In de praktijk bieden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur juist de legitimatie voor vergaand bestuurlijk optreden. (Het motiveringsbeginsel is een mooi voorbeeld van een juridische beperking die inhoudelijk de vrijheid van het bestuur vrijwel onverlet laat. Want bij dit beginsel is de boodschap aan het bestuur alleen dat een bepaalde argumentatie het besluit niet kan dragen; daarmee is niets gezegd over andere argumentaties die het bestreden besluit wellicht wel kunnen ondersteunen.)

Conclusie

Zowel idealistische als realistische overwegingen pleiten voor erkenning van de mogelijkheid de overheid strafrechtelijk te vervolgen. Het is te verwachten en te hopen dat van deze mogelijkheid zeer zelden gebruik hoeft te worden gemaakt. Het normale geval blijft dat van een overheid die de wetten respecteert en zelfs in de geest van de wetten handelt. Om dat normale geval in de maatschappelijke verbeelding van het overheidsoptreden te laten doordringen – om goed het spel van de juridische

fictie te kunnen spelen en te doen alsof de overheid zich altijd het algemeen belang dat uit wetten blijkt, zal aantrekken – is het misschien goed om af te spreken dat bij normovertreding door de overheid het Openbaar Ministerie geen opportuniteitsbeginsel maar een legaliteitsbeginsel hanteert, dwz. altijd tot vervolging overgaat. Dat zou recht doen aan het symbolische belang van deze interpretatie van de rechtsstaatgedachte. (Bijkomend voordeel is dat men het om in zo'n geval ook geen politieke keuzen zou kunnen verwijten.)¹¹ De symbolische dimensie van het recht is van belang voor de nu lopende discussie over strafbaarheid van de overheid. Die discussie weerspiegelt de stand van zaken in de rechtsstaat Nederland. Als de jurisprudentie van de Hoge Raad het beeld blijft bepalen, is die stand van zaken weinig verheffend. Het is niet uit te leggen dat een ambtenaar enerzijds gebonden is aan alle morele vereisten die voortvloeien uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zoals het honoreren van opgewekt vertrouwen), terwijl diezelfde ambtenaar straffeloos de milieuwetten mag overtreden.

11. Deze suggestie werd op de studiemiddag van de Wiardi Beckman Stichting gedaan door M. Kommer.