

# **De rechtsleer van Kant, terrorisme en intentiewetgeving**

**Harm Buisman**

ANR: 481878

Januari 2011

Universiteit van Tilburg  
Recht, ethiek en politiek  
Docent: prof. dr. Donald Loose

## Inleiding

In het kader van het vak *Recht, ethiek en politiek* heb ik mij verdiept in de rechtsleer van Immanuel Kant. Daarbij raakte ik onder de indruk van de grondigheid waarmee Kant zijn rechtsleer verbindt met de vrijheidsidee. In dit essay wil ik zijn rechtsleer uiteenzetten en toepassen op het Nederlands recht. In eerste instantie wilde ik de toepassing doen op het strafrechtstelsel dat gehanteerd wordt in de film *Minority Report* (2002), waar voorspelling van misdrijven door helderzienden gebruikt wordt als rechtmatige basis voor strafrechtelijke vervolging. In die film worden personen vervolgd die deze misdrijven nog niet hebben begaan. Na verder onderzoek bleek echter dat een toekomstscenario zoals in *Minority Report* wordt geschetst veel dichterbij is dan de naïeve burger zou denken, namelijk in het Nederlands intentiestrafrecht. In dit essay zet ik uiteen dat al lijkt dit intentiestrafrecht de vrijheid tot doel te hebben, het in werkelijkheid de fundamentele onze vrije samenleving ernstig bedreigt.

De aanpak in dit essay is als volgt. Ik begin in deel 1 met een bespreking van de rechtsleer van Kant vanuit zijn idee van de noumenale vrijheid, die in zijn tweede hoofdwerk *Kritik der praktischen Vernunft* (1788) beschreven is. Ik laat zien hoe uit de vrijheidsidee het rechtssysteem als bewaker van de vrijheid volgt, met als essentiële beperking dat het recht zich uitsluitend richt op extern controleerbare empirische feiten. Het recht beschermt dan ook de negatieve vrijheid. Ik beschrijf hoe het strafrecht en het staatsrecht bij Kant vorm krijgen en ik eindig met het doel van de geschiedenis, namelijk de verwerkelijking van de vrijheid in een kosmopolitisch burgerrecht.

In deel 2 bespreek ik de verschuiving van het Nederlands strafrecht van een daadstrafrecht<sup>1</sup> naar een intentiestrafrecht. Dit is een trend die door kritische denkers met argusogen gadeslagen wordt. Centraal daarin is de invloed van de *War on Terror*, die als een wolf in schaapskleren de Nederlandse overheid en wetgever ertoe heeft verleid het recht om te toveren als middel in die strijd. Het basisfundament van het recht, de vrijheid, lijkt daarbij zijn fundamentele status te zijn verloren. Ik bespreek een aantal wetten die behoren tot het intentiestrafrecht en terrorismewetgeving. Ik sluit met een internationaal perspectief, waaruit blijkt dat de universele mensenrechten als speelkaarten worden ingewisseld voor legale dwangmiddelen.

In datzelfde deel werk ik uit dat intentiestrafrecht op fundamentele wijze een pervertering is van de idee van het recht zoals Kant het formuleert in zijn rechtsleer. Intentiestrafrecht geeft namelijk de vrijheid op. Ik laat zien dat waar Kant nog pleitte voor een inzichtelijk recht dat als maatstaf voor ons gedrag kan fungeren, het Nederlands recht vervalt in een willekeur van strafbaarheidsstelling met de introductie van de voorbereidende handeling. Het recht wordt tevens misbruikt om de uitvoerende macht (lees: AIVD, MIVD, OM, de politie) vrij spel te geven en af te schermen van publieke controle, iets dat impliciet tegen de vrijheidswet ingaat. In de discussie van het internationaal perspectief bespreek ik de gevaren van de beperkingsclausule “nationale veiligheid” voor de mensenrechten.

---

<sup>1</sup> Ik gebruik in dit essay de term daadstrafrecht in ruime zin. In enge zin is er in het Nederlands recht namelijk sprake van een daderstrafrecht, omdat ook omstandigheden van de dader meegenomen worden.

## Deel 1: Kant's rechtsfilosofie

In *Die Metaphysik der Sitten* (1797), Engelse vertaling *Metaphysics of Morals* (MoM), werkt Kant zijn rechtsleer uit. Dit doet hij in samenspel met de zedenleer. In het systeem van Kant is dit een begrijpelijke keuze, zowel de rechtsleer als de zedenleer hebben als grond de noumenale idee van de vrijheid. In het recht ziet Kant een empirische representatie (*Darstellung*) van de vrijheid. Zijn rechtsleer is een bespreking van die representatie. Dit deel begint met de afleiding van de noumenale idee van de vrijheid verbonden met de ethiek van Kant. Daarna bespreek ik vanuit de idee van de vrijheid zijn rechtsleer. Dit werk ik verder uit in een korte bespreking van Kant's gedachtegoed over strafrecht en staatsrecht, waarna ik eindig met de rol van het recht in de historische verwerkelijking van de vrijheid.

### Vrijheid en de categorische imperatief

In zijn boek *Kritik der praktischen Vernunft* (1788) zoekt Kant een antwoord op de vraag *Was soll ich tun?*, met andere woorden: hoe moet ik mijn handelen bepalen? Dit is precies de vraag die de ethiek probeert te beantwoorden. Het antwoord van Kant gaat in tegen de ideeën van Bentham en Mill, utilitaristen die stelden dat wat je moet doen datgene is dat zoveel mogelijk mensen gelukkig maakt. Kant is op zoek naar iets dat universeel en noodzakelijk geldt, net als de natuurwetten in zijn *Kritik der reinen Vernunft* (1781). Kant zoekt de morele wet. Geluk komt daarvoor niet in aanmerking, geluk is contingent, wat de één gelukkig maakt, kan wellicht de ander niet bekoren. Geluk is ook niet iets waar we doorgaans invloed op hebben, als we ergens gelukkig van worden zullen we moeten constateren dat de oorzaak van dat geluk veelal buiten ons ligt. Er moet dus iets anders zijn dat ons kan wijzen op de morele wet. Dit vindt Kant in de plicht, of nader gesteld, het besef van de plicht. Ieder mens heeft dit besef van *zouden moeten* in zich, ieder mens draagt de morele wet in zich.

Dat we de morele wet in ons dragen en daarmee een plichtsgevoel hebben, impliceert dat we kunnen. Daarmee is de morele wet de *ratio cognoscendi*, ofwel kengrond, van de vrijheid. Omgekeerd is de vrijheid de *ratio essendi*, ofwel zijnsgrond, voor de morele wet, alleen als er vrijheid is kunnen we de morele wet in ons dragen. In deze context schrijft Kant "*Du kannst, denn Du sollst*". Dit geeft ons antwoord op de vraag "*Was soll ich tun?*". Nu we weten dat we vrij zijn, weten we ons gebonden aan de morele wet, wat je moet doen is datgene dat de morele wet gebiedt.

De morele wet is universeel en noodzakelijk, vrij van contingente particuliere voorkeuren (die slechts empirische fenomenen zijn). Wat de morele wet gebiedt kan een rationeel wezen zelf inzien: handel zo dat het principe waarmee je jouw handelen bepaalt kan dienen als algemene wetgeving. Kant noemt dit de categorische imperatief, categorisch omdat het universeel noodzakelijk geldt, imperatief om zijn gebiedende karakter. Een andere lezing van de categorische imperatief is dat je de ander in je handelen nooit slechts als middel, maar altijd ook als doel op zich moet beschouwen. Dit betekent dat je het essentiële van het mens-zijn, de vrijheid van de ander, als doel moet hebben.

De morele wet gebiedt ons dus de idee van de vrijheid na te streven, de vrijheid is daarmee een doel in zichzelf, een *Endzweck*. De vrijheid is kenmerkend voor de waardigheid van de

mens. Als wij de vrijheid moeten nastreven, betekent dit tevens dat wij de waardigheid van de mens zelf moeten nastreven.

## Recht

Als de mens een zuiver moreel wezen was, zou al zijn handelen door de categorische imperatief bepaald worden. Dan zou de mens heilig zijn. Dit is echter niet de empirische werkelijkheid waarin wij leven, vele van onze doelen zijn heteronoom. Kant zoekt met het recht naar een systeem waar die pluraliteit van doelen zoveel mogelijk verwerkelijkt kan worden, rekening houdend met de categorische imperatief.

Om dit te bereiken verbindt Kant de vrijheidswet (de categorische imperatief) met het determinisme van de natuur. Recht kan opgevat worden als vertaling van de moraliteit in de mechanica van de natuur. Centraal in de mechanica van de natuur is het samenspel van kracht en tegenkracht. Om (tegen)kracht te kunnen bieden in de strijd van heteronome doelen moet het recht gepaard gaan met uiterlijke (legale) dwang. Die legale dwang moet echter bijdragen aan de vrijheid van allen en kan daarmee maar op één manier vorm krijgen: de verhindering van de verhindering van de vrijheid van een ander. Het recht is daarmee het systeem dat de negatieve vrijheid in een samenleving moet beschermen. Kant noemt het recht de som van condities onder welke de keuze van de één kan worden verenigd met de keuze van de ander in overeenstemming met de universele vrijheidswet (MoM, p24).

Het recht is bij Kant net als de ethiek gefundeerd in noumenale idee van de vrijheid, het recht is *moralisch*. Het recht is echter niet de vrijheid zelf, het is een representatie, een *Darstellung*, van de vrijheid. Deze representatie is altijd indirect, de vrijheid kan fenomenaal namelijk niet direct gerepresenteerd worden. Dit omdat de vrijheid geen object is dat wij direct kunnen kennen, het is een idee van de noumenale orde. Vrijheid is dus niet constitutief, maar regulatief voor het recht.

Het grootste verschil tussen recht en ethiek is dat het recht extern is, het doet uitspraken over de empirische orde, terwijl ethiek bij Kant louter innerlijk is en dus niet-empirisch. Morele wetten zijn inzichtelijk als *a priori* noodzakelijk, legale wetten moeten gedecreteerd worden voor ze geldigheid hebben. De ethiek draait om de categorische imperatief, die beschrijft wat je zou moeten willen, het gaat over intentie. Legale wetten hebben slechts kracht in de fenomenale orde, ze hebben slechts gelding met betrekking tot empirische feiten. Als dit niet zo zou zijn, dan zou het recht niet in dienst staan van de vrijheid. Dat de mens vrij is betekent namelijk dat wij kunnen reflecteren over de inhoud van onze intentie en deze kunnen veranderen in een andere intentie wanneer wij dit noodzakelijk achten. Uit een intentie volgt dus niet noodzakelijk een daad, in tegenstelling tot de dieren is de mens vrij (Weinrib 1987 p482, p489). De rechtsleer van Kant gaat niet over of een daad goed of slecht is, maar of de daad consistent is met de vrijheid van allen (Weinrib 1987 p487).

Hoewel de legaliteit zich slechts extern bekommert om externe naleving, kan de interne grond voor naleving verschillen. Zo kun je de wet naleven omdat je inziet dat de wet als wet verplichtend is, dit is voor Kant de hoogste vorm. Je kunt de wet ook naleven omdat je vreest voor de gevolgen van niet naleven of om andere heteronome doelen. Deze grond van naleving is zuiver heteronoom. Wanneer je de wet volgt omdat je zowel de wet erkent als wet, als dat je een heteronoom doel hebt, handel je niet ethisch volgens Kant. Ethisch is

voorbehouden aan naleving zuiver uit achting voor de wet als wet. Dit is het rigorisme van Kant waar de hedendaagse filosoof Gerold Prauss kritiek op heeft (Prauss 2008). Voor het recht doet deze onderscheiding er echter niet toe, een legale actor wordt beschouwd als vrij, ongeacht of hij de vrijheid als bepalingsgrond neemt voor zijn handelen (Weinrib 1987 p502).

Er kan niet van worden uitgegaan dat burgers de wet ook ethisch naleven, er mag alleen dwang toegepast op uiterlijke naleving van de wet. Op de vraag waarom we de wet moeten naleven baseert Kant zich echter wel op het morele inzicht. We moeten de wet naleven, omdat we inzien dat de vorm, *tupos*, van de wet het verplichtende karakter draagt, ongeacht wat de inhoud is van die wet. Opstand, verzet of burgerlijke ongehoorzaamheid is, zoals we zullen zien, volgens Kant moreel bezwaarlijk. Sterker nog, Kant stelt dat hij die in opstand komt tegen de wetgever gestraft moet worden met de dood, wegens hoogverraad (MoM p96). Dit is een van de weinige momenten dat Kant inhoudelijk ingaat op wetgeving.

De categorische imperatief schrijft ook voor dat het recht extern kenbaar moet zijn. Wetten die gedecreteerd worden, alsmede de interpretatie van die wetten, moeten voor allen inzichtelijk en dus openbaar zijn. Het recht fungeert als een standaard voor het handelen, waaraan een actor zijn toekomstig handelen kan meten. Het is daarom noodzakelijk dat het recht een zo groot mogelijke zekerheid en voorspelbaarheid kent (Weinrib 1987 p499). Dit laat zien dat bij Kant een grondslag is te vinden voor rechtspositivisme. De rechtsleer van Kant gaat echter verder dan dat. Omdat wij de categorische imperatief kunnen inzien en weten dat dit de grondslag is voor ons recht, kunnen wij ook inzien hoe het recht geïnterpreteerd moet worden. Het beroep op redelijkheid en billijkheid kan bijvoorbeeld begrepen worden als voortbouwend op de vorm van de categorische imperatief, namelijk als de verantwoordelijkheid die wij als vrij persoon hebben om in te zien of een handeling wel of niet zou passen binnen de redelijkheid (volgens de regulatieve idee van de vrijheid).

### **Strafrecht**

Het recht is zoals gesteld extern. Voor het recht gaat het erom dat de wet empirisch nageleefd wordt. Om dit te bevorderen wordt gebruik gemaakt van dwang, via legale middelen, zoals straf (gevangenisstraf, geldboete, etc.). Het is niet het slachtoffer die de straf uitdeelt, dan zouden we ons in de natuurtoestand bevinden. Het rechtssysteem werkt doordat de straf representatief wordt opgelegd, vanuit de idee van de volkssoevereiniteit.

Recht gaat niet over het motief en de intenties van de handeling. Het gaat over de *facta*. Een daad is een handeling die voortkomt uit een vrije keuze. De persoon die handelt is daarmee de auteur van zowel de handeling als de gevolgen van de handeling. Deze kunnen aan hem toegerekend worden, de persoon die handelt draagt verantwoordelijkheid. Een daad die ingaat tegen dat waartoe een persoon verplicht of gebonden is kan gevolgen hebben die intentioneel of niet-intentioneel zijn. In het eerste geval spreekt men van een misdaad, *dolus*, in het tweede geval van schuld, *culpa*. Voordat een persoon een daad begaat kan hij een ander geen kwaad doen, een intentie zonder daad maakt geen inbreuk op de vrijheid van een ander (MoM p30). De rechtsleer van Kant gaat dus uit van daadstrafrecht, niet van intentiestrafrecht.

Strafrecht is vóór de daad afschrikingsrecht, na de daad vergeldingsrecht. Strafrecht is

vergeldingsrecht uit respect voor de vrijheid van misdadiger en slachtoffer. Misdad is namelijk de verhindering van de vrijheid van de ander. De straf mag na de daad geen pedagogisch karakter hebben, want dan zou de misdadiger als middel voor een ander doel gebruikt worden (MoM p105). De straf zelf heeft dus niet als doel het afschrikken, maar na de misdaad het rechtsevenwicht herstellen. De taak van het recht is dat iedere handeling die tegen het recht ingaat, beantwoord moet worden met een gelijke en tegengestelde reactie (Weinrib 1987 p499). Hiermee kan begrepen worden dat Kant ervoor pleit de doodstraf te geven aan een moordenaar of hij die de opdracht geeft tot moord (MoM p106-107).

### **Staatsrecht**

In de filosofie van Hobbes leidt de oorlog van allen tegen allen tot het afsluiten van een sociaal contract, waarmee de negatieve vrijheid door het recht beschermd wordt. Zelfs een volk van duivels zou uit zuiver eigenbelang inzien dat een sociaal contract noodzakelijk is (zie ook de inleiding op *Naar de eeuwige vrede* (EV) p21). Bij Kant heeft het sociaal contract echter ook een moreel element. De mechanica van de natuur kan begrepen worden als ware zij een doel heeft, de verwerkelijking van de vrijheid. Voor een groep mensen betekent dit dat zij inzien dat zij een gemeenschappelijk doel - de vrijheid - hebben en daarom een sociaal contract afsluiten om de vrijheid te verwezenlijken. Met het sociaal contract ontstaat de staat, een volk door hun gemeenschappelijk doel verenigd in een reciproke rechtsverhouding (MoM p89). Dit aangaan van het sociaal contract, en daarmee de onderwerping aan het recht van de staat is geen opoffering van de vrijheid, maar juist een bevestiging van iemands status als vrij wezen (Weinrib 1987 p491).

De structuur van de staat volgt bij Kant uit de idee van de volkssoevereiniteit, oftewel zelfwetgeving van het volk. De empirische uitvoering van de volkssoevereiniteit is echter altijd een representatie die contingente empirische elementen heeft. Kant is een voorstander van de representatieve democratie, maar de uitvoering daarvan in de fenomenale wereld is in feite een aristocratie. Kant pleit daarom voor een republikeinse staatsvorm, die zich kenmerkt door de scheiding van machten en respect voor het recht van de mens (Inleiding EV p17). Het zijn de gedelegeerden die de macht van het volk uitdragen en de gemeenschappelijke wil vertegenwoordigen. Deze gedelegeerden hebben echter wel een strikte morele verantwoordelijkheid. Besluitvorming en het decreteren van wetten moet in overeenstemming zijn met de wet van de vrijheid.

De staat bestaat bij Kant uit drie machten, de *trias politica*: de wetgevende macht, de executieve macht en de rechtsprekende macht (MoM p90-91). In het strafrecht is de *trias politica* als volgt te begrijpen. De wetgever decreteert de wet en bepaalt de straf verbonden aan een onrechtmatige daad. Handhaven van de wet alsmede straffen is de taak van de executieve macht, de executieve macht beschikt over de middelen tot dwang. De rechtsprekende macht interpreteert hoe het recht van toepassing is op een situatie en bepaalt daarmee de strafmaat. Op deze manier houden de machten elkaar in evenwicht en bevorderen hiermee het welzijn van de staat. Dit welzijn van de staat moet niet begrepen worden als de welvaart of het geluk van het volk, maar de mate waarin de staat voldoet aan de rechtsconditie, voorgeschreven door de vrijheidswet. De staat is daarmee gefundeerd in de wederkerigheid van het recht, gelijkheid als onderdaan, gelijkheid voor het recht, niet de sociaal-economische gelijkheid.

## Verzet

Dat wetten moeten voldoen aan de vrijheidswet betekent dat de wetten die de wetgever decreteert in de staat van Kant dus wetten zijn die eenieder in die staat toch al voor zichzelf zou voorschrijven. Verzet tegen de wetgever is daarom voor Kant hoogverraad. Zonder onderwerping aan de algemeen-wetgevende wil is er namelijk geen recht mogelijk. Een recht om in opstand te komen zou daarom contradictoir zijn. De universaliseerbaarheid van de categorische imperatief kan ook begrepen worden als openbaarheid. In negatieve formulering kan deze gebruikt worden als test voor wat (moreel) wel en niet mag: zou de handeling ook mogelijk zijn wanneer iedereen hier op voorhand kennis van had gehad? Zo nee, dan verbiedt de vrijheidswet de handeling. Deze redenering gebruikt Kant ook voor het verbod op opstand, als de bedoelingen openbaar zouden zijn, zou de opstand ook niet mogelijk zijn (EV p107).

In een voetnoot van *Zum ewigen Frieden*, stelt Kant echter iets dat in lijkt te gaan tegen het verbod op burgerlijke ongehoorzaamheid. Hij stelt daar dat de uitwendige vrijheid uit te leggen is als: “de bevoegdheid om aan geen uitwendige wetten te gehoorzamen behalve waarmee ik zou hebben kunnen instemmen” (EV p64). Hoe kunnen we dit rijmen? Het kan zijn dat Kant bij de beschrijving van zijn staatsrecht uitgaat van de (ideale) situatie, waarbij de wetten die gedecreteerd worden gebaseerd zijn op de algemene wil en voldoen aan de vrijheidswet. Verzet tegen zulke wetten zou een verzet tegen de vrijheid zijn, en daarmee hoogverraad van de staat, maar ook van jezelf als mens. In deze passage lijkt Kant te suggereren dat er ook wetten zijn waar je niet mee zou instemmen, die dus niet antwoorden aan de categorische imperatief. Dit betekent echter niet dat je niet aan die wetten moet gehoorzamen. De vorm van de wet blijft verplichtend. De juiste manier om wat aan een dergelijke wet te doen is in debat te gaan en de wetgever ervan proberen te overtuigen de wet aan te passen. De verwerkelijking van de vrijheid moet volgens Kant stapsgewijs gaan, niet door omverwerping van de staat door middel van geweld (MoM p124).<sup>2</sup>

## Zum ewigen Frieden

De mechanica van de natuur kan, zoals gesteld, begrepen worden als ware zij een doel heeft, de verwerkelijking van de vrijheid. Kant ziet in de mechanica van de natuur een project van de geschiedenis, het verwerkelijken van de vrijheid, legaal geordend op verschillende niveaus, van burgerrecht, staatsrecht, universeel volkenrecht tot kosmopolitisch recht. De natuur is daarmee niet louter uitwendig, maar een middel om de vrijheid te verwerkelijken in de vorm van de eeuwige vrede. Alleen in die conditie kan de vrijheid van allen tot werkelijkheid worden (MoM p123). Dit werkt Kant verder uit in zijn boek *Zum ewigen Frieden* (1795). Het lijkt dus alsof de natuur ons dwingt waartoe wij moreel al verplicht zijn. Hegel zou later spreken over de list van de rede, de ondoelmatigheid van de natuur blijkt toch doelmatig. Dit is niet uit te leggen en te begrijpen volgens een Darwinistisch proces, het einddoel van de natuur staat namelijk buiten de circulaire causaliteit van de natuur. Wij kunnen de natuur niet anders begrijpen dan hermeneutisch, alsof zij een doel heeft en dat doel is de verwerkelijking van de vrijheid.

---

<sup>2</sup> Zie voor een diepere discussie van het verbod op opstand Westphal 1992.

## Deel 2: Terrorismewetgeving en intentiestrafrecht in Nederland

In dit tweede deel bespreek ik de verschuiving van het Nederlands strafrecht in de richting van intentiestrafrecht (zie ook van der Geest 2008). Deze verschuiving is met name zichtbaar na de aanslagen op 11 september 2001 in de Verenigde Staten. Door die aanslagen, die geclassificeerd werden als internationaal terrorisme, is er een druk op overheden ontstaan om op te treden tegen terrorisme. De prestatiedruk bij overheden ligt bij het voorkomen van terroristische aanslagen. Deze druk op de wetgever heeft geleid tot strafrechtelijke mogelijkheden om terrorisme aan te pakken nog voor een daad heeft plaatsgevonden. In dit deel bespreek ik eerst het verschil tussen daadstrafrecht en intentiestrafrecht, vervolgens bespreek ik enkele Nederlandse wetten die behoren tot intentiestrafrecht en terrorismewetgeving. Ten slotte belicht ik de spanning tussen staatsveiligheid en mensenrechten vanuit een internationaal perspectief. In ieder van de onderdelen bespreek ik waar het huidige recht in tegenspraak is met de rechtsleer van Kant.

### Daadstrafrecht en intentiestrafrecht

In het proefschrift van Van der Geest *Van daderschap naar intentie?* (2008) wordt de verschuiving van daadstrafrecht naar intentiestrafrecht als reactie op het internationaal terrorisme onder de loep genomen, een reactie van de wetgever op georganiseerde misdaad en politiek activisme (RaRa) die al eerder is geconstateerd (Rutgers 1992).

Daadstrafrecht beperkt zich tot de uiterlijke daad, aansprakelijkheid geldt slechts voor dat wat zichtbaar, oftewel empirisch constateerbaar, gebeurd is. Bestrafing kan uitsluitend op grond van een gepleegde handeling. Ideeën zijn vrij. Bij intentiestrafrecht verschuift de grens van strafbaarheid naar de intentie, er kan al sprake van strafrechtelijke aansprakelijkheid zijn zonder dat er een op zichzelf strafbare handeling heeft plaatsgevonden. Van der Geest gebruikt als definitie van intentiestrafrecht het theoretisch kader van de Jong (1989). Er is sprake van intentiestrafrecht wanneer “het aangrijpingspunt voor strafrechtelijk ingrijpen niet in uiterlijk gedrag bestaat maar in een innerlijke criminele intentie en/of wanneer het gevaarzettende karakter van het gedrag ontbreekt en/of wanneer er een onvoldoende tastbare delictsomschrijving is geformuleerd” (van der Geest 2008). Kenmerkend voor intentiestrafrecht is de voorbereidingshandeling. Deze kan worden gedefinieerd als “een handeling die wordt verricht met de intentie om een bepaald delict te plegen of om aan het plegen van een bepaald delict deel te nemen zonder dat er reeds sprake is van een begin van uitvoering van het beoogde delict” (Rutgers 1992).

In deel 1 is besproken dat bij Kant het recht een systeem is dat in de fenomenale wereld de vrijheidsidee representeert. Het recht heeft als doel de keuze van de één in overeenstemming te brengen met de vrijheid van de ander, met andere woorden, de vrijheid van allen te verwerkelijken. De mens is in essentie een vrij wezen, wat bij Kant betekent dat wij niet gebonden zijn aan een intentie. Door middel van reflectie kunnen wij een intentie veranderen. Dat is de reden dat het recht extern is, het richt zich op empirisch constateerbare handelingen. Het recht als daadstrafrecht laat ruimte voor die vrijheid, biedt de mens de mogelijkheid in te zien dat het doel dat hij of zij nastreeft (de intentie) verkeerd kan zijn, zodat hij of zij dit doel aan kan passen.



Intentiestrafrecht gaat impliciet uit van een afwezigheid van die vrijheid. De voorbereidende handeling wordt gezien als bewijs voor de intentie tot het begaan van een wederrechtelijke handeling. Intentiestrafrecht stelt deze strafbaar als ware de beoogde handeling noodzakelijk uit een veronderstelde voorbereiding zou volgen. Het intentierecht legt dus een noodzakelijkheidsrelatie tussen intentie en daad, waarbij de intentie zou moeten blijken uit (op zichzelf niet-strafbare) voorbereidingshandelingen. Het intentiestrafrecht heft zo de vrijheid op, er is geen mogelijkheid verondersteld tot verandering van de intentie. De ideeën zijn niet langer vrij. De wetgever wil met het intentiestrafrecht de binnenwereld van mensen controleren, iets wat doet denken aan misbruik van het recht door totalitaire staten. Een goed voorbeeld daarvan wordt gegeven in George Orwell's *1984*, waar de *thought police* zich soortgelijke doelen stelt.

### **Nederlandse intentiestrafrecht**

Onder andere de volgende wetsartikelen in het Wetboek van Strafrecht kunnen tot het intentiestrafrecht gerekend worden:

*Artikel 46 Wetboek van Strafrecht:* "Voorbereiding van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld is strafbaar, wanneer de dader opzettelijk voorwerpen, stoffen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen bestemd tot het begaan van dat misdrijf verwerft, vervaardigt, invoert, doorvoert, uitvoert of voorhanden heeft."

*Artikel 80 Wetboek van Strafrecht:* "Samenspanning bestaat zodra 2 of meer personen overeengekomen zijn om het misdrijf te plegen."

*Artikel 140 Wetboek van Strafrecht:* "Deelneming aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie."

Bovenstaande wetsartikelen vallen onder het intentiestrafrecht daar er nog geen sprake hoeft te zijn van een misdrijf. Artikel 46 laat bovendien zien hoe intentierecht op nog een andere manier, via strafbaarstelling van de voorbereidingshandeling, ingaat tegen de vrijheidsidee. Zoals te lezen is, is een handeling een voorbereidingshandeling als deze een misdrijf tot doel heeft. De voorbereidingshandeling zelf, zuiver bekeken als handeling, gaat niet in tegen de vrijheid van een ander. Volgens de definitie van het recht bij Kant zou een strafbaarstelling ervan daarom ingaan tegen de vrijheid van allen. Daarnaast is voorbereiding zeer ruim gedefinieerd. Artikel 46 Sr zegt niets over de verbintenis van een (op zichzelf) niet-strafbare handeling met een beoogd misdrijf. De wet is er duidelijk over dat voorbereiding van een misdrijf strafbaar is, maar niet hoe de intentie tot een misdrijf bewezen kan worden uit vrije handelingen. Dit gebrek aan inzichtelijkheid gaat in tegen de openbaarheid die Kant eist van het recht. Het recht moet voor iedereen openbaar inzichtelijk zijn. Dat kan niet anders wil het recht kunnen fungeren als een standaard voor ons handelen. Artikel 46 gaat daarmee tegen de vrijheidsidee in en laat het recht over aan de willekeur.

### **Nederlandse terrorismewetgeving**

Tot voor kort kende het *Wetboek van Strafrecht* (Sr) geen echte antiterrorwetgeving. Dit is veranderd na de aanslagen van 11 september 2001 toen de roep om overheidsoptreden tegen terrorisme het maatschappelijk debat begon te overheersen. Het doel van de terrorismewetgeving is verhoging van de strafmaat en gemakkelijker maken van zowel opsporing als veroordeling. Gezien Kant's het verbod op opstand tegen de soeverein en de

constatering dat daarvoor de doodstraf gegeven moet worden, is een verhoging van de strafmaat voor misdrijven die zich richten tegen de soeverein niet in tegenspraak met Kant's rechtsleer. De vraag is echter of terroristische misdrijven wel op die manier begrepen kunnen worden en of het recht wel op een juiste manier wordt toegepast in de strijd tegen terrorisme.

Met de *Wet Terroristische Misdrijven* worden een aantal artikelen uit het *Wetboek van Strafrecht* aangepast om zo ook de aanduiding 'terroristisch misdrijf' of 'met terroristisch oogmerk' te dragen.

De *Wet Terroristische Misdrijven* (2004): "Dit wetsvoorstel wijzigt het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten in verband met de uitvoering van de verplichtingen die voortvloeien uit het EU-kaderbesluit over terrorismebestrijding. Met dit voorstel worden terroristische misdrijven afzonderlijk omschreven en worden misdrijven die beogen terroristische misdrijven voor te bereiden of gemakkelijk te maken zwaarder bestraft." (Eerste Kamer 28.463)

In de wet wordt terrorisme als volgt gedefinieerd:

Artikel 83 *Wetboek van Strafrecht*: "Onder terroristisch oogmerk wordt verstaan het oogmerk om de bevolking of een deel der bevolking van een land ernstige vrees aan te jagen, dan wel een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden, dan wel de fundamentele politieke, constitutionele, economische of sociale structuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen."

Het tweede gedeelte van Artikel 83 Sr, na de eerste komma, stelt geen nieuwe handelingen strafbaar, het heeft is daarmee vooral van invloed op de strafmaat. Het eerste gedeelte is nieuw, het stelt de bevolking vrees aanjagen strafbaar. Echter, wat is vrees aanjagen nu precies? Vrees is net als geluk persoonlijk. Wat de één angst aanjaagt hoeft de ander niet bang te maken. In dat opzicht kan vrees dus net als geluk niet als richtlijn genomen worden voor het recht. Zoals er geen grondrecht bestaat op geluk is er geen grondrecht op de vrijheid van vrees. Daarbij komt nog de onduidelijkheid over wanneer vrees aanjagen dan strafbaar is. Als ik in de media roep dat de overheid wellicht de hypotheekrenteaf trek afschaft en vervolgens alle huizenbezitters ernstig vrezen voor hun financiële zekerheid, bega ik dan een terroristische daad? En wat als ik mensen oproep (om bijvoorbeeld morele redenen) hun geld weg te halen bij de DSB? De definitie van terrorisme is daarom op twee punten in strijd met de rechtsleer van Kant, ten eerste kan vrees geen grond zijn voor een strafbaar feit, ten tweede laat de wet teveel ruimte voor interpretatie van het begrip terroristisch oogmerk.

De wet *Verruiming mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven* (2006): "Dit voorstel verruimt in het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enkele andere wetten de mogelijkheden voor politie en justitie om ter voorkoming van terroristische aanslagen in een zo vroeg mogelijk stadium op te treden. Met dit voorstel kan de overheid sneller optreden bij grote dreiging van terrorisme. Voor inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden bij terrorisme is niet langer een redelijk vermoeden van een strafbaar feit nodig. Aanwijzingen zijn voldoende." (Eerste Kamer 30.164)

De artikelen in het *Wetboek van Strafrecht* en *Wetboek van Strafvordering* (Sv) waar deze wetswijziging op van toepassing zijn krijgen de volgende vorm: "In geval van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf kan de opsporingsambtenaar/officier van justitie..."

(bijvoorbeeld artikel 126 Sv). Gegeven de intentie van de wetgever dat er geen redelijk vermoeden van een strafbaar feit nodig is, kunnen aanwijzingen van een terroristisch misdrijf ruim geïnterpreteerd worden, waardoor opsporingsambtenaren (behorende tot de uitvoerende macht) vrijwel onbepaald bijzondere opsporingsbevoegdheden mogen toepassen. Het lijkt daarmee dat burgers vogelvrij verklaard zijn, er is immers geen redelijk vermoeden van een strafbaar feit meer nodig. Dit gaat in tegen de vrijheidsidee die stelt dat de functie van het recht is de keuze van de een in overeenstemming te brengen met de vrijheid van allen en daarmee van ieder individu. Dit moet ook van toepassing zijn op overheidsop treden. Het recht moet de burger tegen een willekeur van een overheid beschermen. Bovenstaande wet gaat daar rechtstreeks tegen in.

De wet *Afgeschermd Getuigen* (2006): "Dit wetsvoorstel beoogt de bruikbaarheid van informatie, afkomstig van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD), in het strafproces te verbeteren door de informatie voorwerp te laten zijn van nader onderzoek door het horen van getuigen. Voorgesteld wordt dat de rechter-commissaris in het belang van de staatsveiligheid de openbaarmaking van bepaalde gegevens kan beletten. Verder kan de rechter-commissaris getuigen in het belang van de staatsveiligheid horen als "afgeschermd getuigen", volgens het stramen van de bedreigde getuige. Ten slotte bevat het wetsvoorstel een aanpassing van het strafvorderlijk bewijsrecht. Geschriften opgemaakt door openbare colleges of ambtenaren betreffende onderwerpen behorende tot de onder hun beheer gestelde dienst, vormen voortaan een schriftelijk stuk dat kan meewerken tot het bewijs, ook als dit geschrift niet bestemd is tot bewijs van enig feit te dienen." (Eerste Kamer 29.743)

Met deze wet kan de identiteit van getuigen verborgen blijven. Tevens kunnen geschriften van de AIVD en MIVD als zelfstandig bewijsstuk dienen, zonder noodzaak tot vrijgeven van de bron of oorspronkelijke informatie. Het wordt dus moeilijker om de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal te verifiëren wanneer de AIVD of MIVD stelt dat de staatsveiligheid in het geding is en daarom geen oorspronkelijke informatie wil vrijgeven. Dit gaat in tegen de eis van openbaarheid die besloten ligt in de categorische imperatief. Het recht heeft bij Kant slechts van toepassing op empirisch controleerbare informatie. Als de controleerbaarheid van die informatie wegvalt, vervalt ook de toepasbaarheid van het recht. Een wet die vanuit de inhoud die formele beperking tot empirisch controleerbare informatie teniet stelt te doen kan niet anders begrepen worden dan als een *contradictio in terminis*.

### **Internationaal perspectief**

Nederland is niet de enige staat die intentiewetgeving heeft geïntroduceerd als reactie op de vrees voor terrorisme. De VN heeft in 2003 een rapport uitgebracht waarin zij de noodklok luiden over de inbreuk die anti-terreurwetgeving en -beleid maakt op de mensenrechten. In naam van de strijd tegen terrorisme komen bijna alle mensenrechten in het gedrang. Eén van de problemen is het ruime gebruik van de term terrorisme. Deze mogelijkheid tot ruime interpretatie bleek al uit artikel 83 Sr.

Jan-Peter Loof bespreekt in een artikel in het tijdschrift *Migrantenrecht* de bescherming van de staatsveiligheid als grond voor de beperking van de uitoefening van de mensenrechten op internationaal niveau. Zowel in het *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens* (EVRM) als het *Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten* (IVBPR) is in diverse artikelen de bescherming van de nationale veiligheid als beperkingsclausule opgenomen (bijvoorbeeld verenigings- en vergadervrijheid artikel 11 EVRM, artikel 21 en 22 IVBPR en vrijheid van meningsuiting artikel 10 EVRM, artikel 19 IVBPR). Loof is ook kritisch over artikel

1 van de *Guidelines on human rights and the fight against terrorism*, waarin gesteld wordt dat staten de positieve verplichting hebben om, met name, het recht op leven van hun onderdanen te beschermen tegen terroristische activiteiten. Tegenover elke grondrechtbeperking kan een staat dus altijd de verplichting tot beschermen van het recht op leven stellen. Alarmerend stelt Loof dat de jurisprudentie van het Europees Hof voor Rechten van de Mens en het VN-Mensenrechtencomité laat zien dat een beroep op deze beperkingsgrond wordt gehonoreerd in situaties waar van geweld of directe dreiging met geweld nog geen sprake is. Gerelateerd hieraan is het probleem dat het noodtoestandsniveau van nationale veiligheid wordt afgekondigd op basis van oncontroleerbare informatie van veiligheidsdiensten. Een terreurdreiging kan dus worden aangevoerd als beperkingsgrond, maar er kan niet worden gecontroleerd of er wel degelijk sprake is van een serieuze dreiging.

De internationalisering van burger- en mensenrechten sluit aan bij de idee van Kant dat de mens universeel vrij is, dat iedere persoon, waar dan ook, de vrijheidswet in zich draagt en in kan zien. Dat hierover internationaal afspraken worden gemaakt werd reeds door Kant gehoopt en voorzien. Het sociaal contract dat een groep mensen sluit bij de stichting van een staat, kan in de mechanica van de natuur niet anders dan opvolging krijgen op het niveau van meerdere staten. Daarbij is de grondidee nog steeds de vrijheid van de mens. Ook wat in het internationaal recht wordt afgesproken moet dus antwoorden aan de categorische imperatief en de vrijheid van allen tot doel hebben.

Het invoeren van een beperkingsgrond van nationale veiligheid in verdragen die gaan over de mensenrechten zou betekenen dat een empirische toestand de noumenale idee van de vrijheid kan beperken. Dit kan per definitie niet. Daar het recht bij Kant een negatieve functie heeft, namelijk het verhinderen van de verandering van de vrijheid, kan in de rechtsleer van Kant ook geen positieve verplichting in het recht gerechtvaardigd worden. Het is al helemaal problematisch als een positieve verplichting gebruikt wordt om vrijheidsrechten te beperken, omdat een beperking van de vrijheidsrechten een beperking van de vrijheid en daarmee een beperking van de mens als mens is. Op geen enkele manier kan dus gerechtvaardigd worden dat het recht als middel gebruikt wordt voor een doel anders dan de vrijheid van allen. Gebeurt dit wel, dan is dit pervertering van het recht en heeft de betreffende staat kenmerken van een totalitaire staat. In naam van de vrijheid, verliest men dan de vrijheid.

## Conclusie

In dit essay heb ik uiteengezet hoe het Nederlands intentiestrafrecht ingaat tegen de rechtsleer van Kant. Ik heb laten zien dat de grond voor het recht de vrijheid is. Het recht moet de keuze van de één in overeenstemming brengen met de vrijheid van de ander. Het recht heeft daarmee als functie de negatieve vrijheid te beschermen.

Vrijheid is bij Kant de mogelijkheid dat wij onze wil vrij kunnen bepalen en na reflectie onze intenties en doelen aan kunnen passen. Intentiestrafrecht ontkent principieel deze vrijheid. Het stelt de intentie tot een misdrijf strafbaar en reduceert de intentie tot een daad tot het uitvoeren van die daad. Reflectie heeft dus geen plaats meer. Een intentie is innerlijk, terwijl het recht gaat over uiterlijke daden. Om de intentie te bewijzen beroept intentiestrafrecht zich dan ook op voorbereidingshandelingen. Daaruit moet dan overtuigend bewezen worden dat de intentie tot een misdrijf bestaat. Het probleem met voorbereidingshandelingen is echter dat deze op zich niet strafbaar zijn. Het zijn handelingen die iedere burger, ook u en ik, verricht. Het gevolg is dat het strafrecht contingent wordt, iedere burger kan opgepakt worden. Deze vrees wordt versterkt als blijkt dat voor de inzet van opsporingsmiddelen niet langer een redelijk vermoeden voor een strafbaar feit nodig is. Op twee kritieke punten is intentiestrafrecht dus in strijd met de rechtsleer van Kant, ten eerste is er geen ruimte voor de vrijheid om van gedachten te veranderen, ten tweede leidt de voorbereidingshandeling tot willekeur en is het recht niet meer openbaar inzichtelijk. Het recht kan daarmee niet langer begrepen worden als de standaard waaraan wij ons handelen kunnen spiegelen.

Terrorismewetgeving compliceert het recht nog verder. De definitie van terrorisme verbindt een emotie als vrees aan het recht. Vrees verschilt qua type begrip niet veel van geluk, het is iets persoonlijks. Wat de een bang maakt haalt de ander zijn schouders voor op. Zoals dat er geen recht op geluk is kan er ook geen sprake zijn van een recht op vrijheid van vrees.

Openbaarheid is bij Kant een fundament van het recht. Het recht mag zich alleen bedienen van empirische feiten die universeel voor alle betrokkenen beschikbaar zijn. Afscherming van getuigen en primaire informatie, zoals het Nederlands recht nu toestaat aan de AIVD en MIVD, kan daar niet mee gerijmd worden. Ditzelfde probleem treedt eveneens op in internationale verdragen die als beperkingsclausule voor de mensenrechten de nationale veiligheid hebben. Landen (en dan met name de uitvoerende machten van die landen) kunnen zich vrij eenvoudig beroepen op een terroristische dreiging op basis van afgeschermd informatie van inlichtingendiensten. Deze beperkingsclausule gaat per definitie in tegen de vrijheid. Wetten van de vrijheid, zoals de mensenrechten zijn, moeten de grond zijn voor het internationaal recht, niet inwisselbaar, maar onvervreemdbaar.

De introductie intentiestrafrecht en terrorismewetgeving onder het motto van het beschermen van onze vrijheid bereikt het tegenovergestelde. In naam van de vrijheid verliezen wij de vrijheid. Hoewel overheden stellen dat intentiewetgeving noodzakelijk is om onze vrijheid te beschermen, roep ik de burger op kritisch te zijn. Helaas is dat proces ingezet. Het is aan ons allen om dat proces te keren. Dit is onze verantwoordelijkheid. Doen we dit niet dan geven wij met de vrijheid tevens ons mens-zijn op.

## Referenties

- van der Geest, C. (2008), *Van daderschap naar intentie?*, Kennispunt
- Jong, de, D.H. (1989) *Vorbereidingshandelingen*, *RM Themis-4*, p. 175-176
- Kant, I. (1781), *Kritiek van de zuivere rede*, Vertaling Veenbaas, J. en Visser, W., Uitgeverij Boom, 1970
- Kant, I. (1788), *Kritiek van de praktische rede*, Vertaling Veenbaas, J. en Visser, W., Uitgeverij Boom, 2009
- Kant, I. (1795) *Naar de eeuwige vrede*, Vertaling Mertens. T. en van Elden, E., Uitgeverij Boom, 2004
- Kant, I. (1797), *The Metaphysics of Morals*, Vertaling Gregor, M., Cambridge University Press, 1996
- Loof, J. (2006), Mensenrechten, migratie en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?, *Migrantenrecht* 21(6-7): 224-230
- Prauss, G. (2008), *Moral und Recht im Staat nach Kant und Hegel*, Verlag Karl Alber
- Rutgers, M. (1992) *Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen*
- Weinrib, E.J. (1987), Law as a Kantian Idea of Reason, *Columbia Law Review* 87: 472-508
- Westphal, K.R. (1992), Kant on the State, Law and Obedience to Authority in the Alleged "Anti-Revolutionary" Writings, *Journal of Philosophical Research* 17: 383-426