

Hof van Discipline
Zitting van 6 februari 2017 te 9.30 uur
Kenmerk: 160102 W

PLEITNOTA

Inzake: Mr. M.J.F. Stelling
Raadsman: W.H. Jebbink

Toelichting op brief van 20 januari 2017

1. Cliënts zaak is voor hem van elementair belang. Hem hangt schrapping boven het hoofd.
2. Om die reden is het voor hem eveneens van elementair belang dat zijn recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak niet in het minst in het gedrang komt.
3. Aan Uw Hof is bij brief van 20 januari 2017 de wens tot uitdrukking gebracht dat geen van de leden van de wrakingskamer op enigerlei wijze over cliënts eerdere zaak – nummer 7229 - hebben geoordeeld.
4. Dit verzoek is erop gebaseerd dat het in die zaak en de huidige in de kern gaat om dezelfde rechtsvraag.¹
5. De achtergrond van dit verzoek is artikel 6 EVRM. Het EHRM oordeelde in 2004 in de zaak San Leonard Band Club tegen Malta onder de volgende overwegingen dat artikel 6 EVRM was geschonden:

‘Thus, the same judges were called upon to decide whether or not they themselves had committed an error of legal interpretation or application in their previous decision, being in fact requested to judge

¹ En uiteraard dezelfde beklaagde.

themselves and their ability to apply the law. (...) In the instant case, the trial judges were called upon to assess and determine whether their own application of the law had been adequate and sufficient.²

6. Dat een beoordeling van *dezelfde rechtsvragen* in opvolgende en samenhangende procedures tot een Straatsburgs probleem kunnen leiden, blijkt ook uit de zaak Gillow tegen het Verenigd Koninkrijk uit 1986.³
7. In de wrakingszaak van vandaag speelt de rechtsvraag uit de hoofdzaak een rol. Niet de hoofdrol, maar deze is vandaag wel van belang.
8. Cliënt heeft er gezien deze omstandigheden belang bij dat Uw Hof op geen enkele wijze de zaak vanuit een reeds ingenomen juridisch standpunt behandelt en beoordeelt.
9. Daar komt bij dat cliënt is geconfronteerd met een interview met Uw voorzitter in *Advocatenblad* van januari/februari 2017, waarin wordt vermeld:

‘Voor Meindert Stelling, die zo in verzet was tegen het systeem dat het systeem hem niet meer pikte, is de race nog niet gelopen (...)’
10. Die passage zet cliënt in de context van een interview met Uw voorzitter neer op een wijze die geen recht doet aan zijn persoon. Cliënt is niet in verzet tegen het systeem.
11. Ook wordt in de passage gesuggereerd – het is *nog* geen gelopen race – dat het een kwestie van tijd is of cliënt zal van het tableau zijn geschrapt.

² EHRM 29 oktober 2004, nr. 77562/01 (San Leonard Band Club tegen Malta).

³ Op één na behandelden dezelfde rechters zowel een civiele zaak van mevrouw Gillow tegen de overheid als een strafzaak tegen de heer Gillow. Omdat de rechtszaken handelden over verschillende personen en *verschillende rechtsvragen* achtte het EHRM artikel 6 EVRM niet geschonden. Vgl. EHRM 24 november 1986, nr. 9063/80 (Gillow tegen het Verenigd Koninkrijk).

12. Weliswaar is bedoelde passage niet opgetekend uit de mond van uw voorzitter, maar deze vermelding *in de context van een interview met Uw voorzitter* bergt de mogelijkheid in zich dat Uw voorzitter zich genoodzaakt voelt expliciet afstand te nemen van die passage.
13. Het artikel is voor de zaak van vandaag ten minste ongelukkig. Hoe welgemeend Uw voorzitter ook zou willen aangeven genoemde passage niet te onderschrijven, deze ongelukkige omstandigheid doet eveneens afbreuk aan cliënts belang zijn verzoek door een volstrekt onpartijdig hof te laten beoordelen.
14. Ook deze omstandigheid brengen wij onder uw aandacht vanuit cliënts elementaire belang bij een behandeling van het verzoek waarbij op geen enkele wijze afbreuk wordt gedaan aan een eerlijke behandeling. Wij doen daarom een beroep op Uw onafhankelijkheid, waarbij wij Uw Hof vragen met grote behoedzaamheid en op onbevagen wijze het wrakingsverzoek zorgvuldig te beoordelen.

Aanloop naar het wrakingsverzoek en het procesverbaal van de zitting

15. Het Hof heeft mijn cliënt bij brief van 6 oktober 2016 meegedeeld dat voor de behandeling van de zaak op 18 november 2016 45 minuten zijn uitgetrokken.
16. Bij brief van 25 oktober 2016 heb ik mij gesteld als raadsman en heb ik het Hof verzocht op voorhand te bepalen dat de zitting van 18 november 2016 uitsluitend wordt gebruikt voor het voeren van preliminaire verweren.
17. Namens de voorzitter werd mij bij brief van 7 november 2016 bericht dat op het verzoek *niet wordt ingegaan*.

18. Direct na de aanvang van de zitting van 18 november 2016 heb ik verzocht een preliminair verweer te mogen voeren.

19. Daarop heeft de voorzitter meegedeeld dat alle grieven ‘als één pakket’ zullen worden beoordeeld. Toen ik de voorzitter daarop vroeg of dit niet een beslissing dient te zijn van het gehele Hof, antwoordde de voorzitter:

‘Ik heb al gezegd wat ik daarop te zeggen had.’

20. Even later verzocht ik de voorzitter waarom geen beslissing was ontvangen op mijn brief van 25 oktober 2016. Daarop antwoordde de voorzitter:

‘Omdat die beslissing nu is genomen.’

21. De voorzitter beaamde vervolgens op mijn expliciete vraag daarover dat die beslissing zojuist, ten overstaan van ons, was genomen.

22. In de reactie op het wrakingverzoek stelt de voorzitter echter heel wat anders. Hij beweert:

‘Voorafgaand aan de zitting hebben wij als voltallig hof in raadkamer besloten de door mij in mijn hoedanigheid van voorzitter van de behandelend kamer aangegeven lijn te volgen. Toen bleek dat mr. Jebbink op zitting het verzoek opnieuw aan de orde stelde, kon ik als voorzitter, nadat ik op de zitting met de leden van het hof had vastgesteld dat dit herhaalde verzoek (met de daarbij gegeven toelichting) geen aanleiding vormde voor een heroverweging, namens het (voltallige) hof gelijk medelen dat aan het verzoek geen gehoor wordt gegeven.’

23. Bij e-mail van 28 november 2016 ontving ik het proces-verbaal van de zitting. Ik heb bij brief van 6 december 2016 de voorzitter en de griffier verzocht een herstelproces-verbaal van de zitting op te maken, omdat het door de voorzitter en de griffier vastgestelde proces-verbaal onvolledig en onjuist is.

24. Daarop is niet gereageerd.

25. Opmerkelijk is het volgende.

— Ter zitting heeft de voorzitter met geen woord gezegd dat voorafgaand aan de zitting een beslissing zou zijn genomen.

— Integendeel: ter zitting heeft de voorzitter gezegd dat het besluit op het verzoek tot het voeren van preliminaire verweren daar en toen was genomen, ten overstaan van ons.

— Dat komt overeen met de inhoud van de brief van 7 november 2016: namelijk dat niet op het verzoek wordt ingegaan. Als het hof dat toch gedaan zou hebben, klopt de inhoud van de brief van 7 november 2016 niet.

— Indien het hof inderdaad toch voorafgaand aan de zitting op het verzoek is ingegaan, had het volstrekt voor de hand gelegen cliënt en mij van de uitkomst daarvan in kennis te stellen.

— In het proces-verbaal van de zitting komt in het geheel niet terug dat de voorzitter op de zitting heeft gezegd dat hij – ter plekke, ten overstaan van ons – het verzoek om het voeren van preliminaire verweren afwees.

— Op mijn verzoek tot het opmaken van een herstelprocesverbaal is niet ingegaan.

26. Cliënt wordt dus geconfronteerd met een voorzitter en een Hof die niet bereid zijn de waarheid te vertellen tegen Uw Wrakingskamer.

27. Nu is van de zitting van 18 november 2016 een integrale beeld- en geluidsopname gemaakt. Aan de hand daarvan kan uw wrakingskamer vaststellen dat hetgeen ik stel over wat ter zitting van 18 november 2016 is voorgevallen, juist is.
28. Cliënts belang daarbij is wezenlijk, temeer omdat ter zitting niet één maar twee wrakingsgronden zijn aangevoerd. Eén is dus in het geheel niet in het proces-verbaal van de zitting opgenomen. Dit betreft de grond dat de beslissing op het verzoek tot het voeren van een preliminair verweer uitsluitend door de voorzitter werd genomen. Ter zitting is daaraan direct door mij de conclusie verbonden dat vooraf aan de zitting moet zijn beslist, wat in strijd is met de uitdrukkelijke stelling van de voorzitter dat de beslissing ter zitting en ten overstaan van ons werd genomen.
29. De wijze waarop het proces-verbaal van de zitting tot stand is gekomen roept in het licht van hetgeen werkelijk is voorgevallen wezenlijke vragen op. Deze zouden door de leden van het Hof, de voorzitter in het bijzonder, beantwoord dienen te worden. Zij hebben echter te kennen gegeven niet in deze Wrakingskamer te zullen verschijnen.
30. Ook *dat* roept weer vragen op.
31. Juist omdat het punt over het nemen van de beslissing expliciet ter zitting aan de orde is gesteld en de voorzitter heeft gezegd dat die beslissing daar en toen werd genomen, dient te worden vastgesteld:
- dat de voorzitter in zijn eentje, dus zonder instemming van het Hof, heeft beslist dat niet een preliminair verweer wordt gevoerd. De procedurevoorschriften als bedoeld in de Advocatenwet geven de voorzitter niet de ruimte deze beslissing op eigen houtje te nemen;

- dat het hof hiermee samenhangende wrakingsgrond niet heeft opgenomen in het proces-verbaal van de zitting;
 - dat het proces-verbaal van de zitting op dit punt in het geheel niet weergeeft welke de gang van zaken ter zitting is geweest, in het bijzonder niet wat de voorzitter heeft aangegeven over het toen en daar nemen van de beslissing;
 - dat plotseling het hof in zijn reactie op het wrakingsverzoek komt met een standpunt dat in strijd is met de brief namens de voorzitter van 7 november 2016, met de logica (waarom ons dan niet op voorhand geïnformeerd? Waarom dit dan niet ter zitting gezegd?) en met het werkelijk verhandelde ter zitting van 18 november 2016.
32. Dit betekent over de voorzitter van het Hof het volgende. De zaak tegen cliënt wordt voorgezeten door een rechter die niet betrouwbaar is of die bereid is ter zitting dan wel over de zitting naar waarheid te verklaren.
33. Dit betekent over de leden van het Hof het volgende.
34. Als het juist is dat de beslissing over het niet geven van gelegenheid tot preliminair verweer voorafgaand aan de zitting is genomen hebben zij ten onrechte niet ingegrepen toen de voorzitter in strijd daarmee vertelde dat deze beslissing daar en toen genomen werd. Dat maakt hen onbetrouwbaar.
35. Als het niet juist is dat de beslissing over het niet geven van gelegenheid tot preliminair verweer voorafgaand aan de zitting is genomen, klopt hun reactie op het wrakingsverzoek niet en moet worden vastgesteld dat zij niet mede hebben

willen beslissen op het verzoek tot het voren van die verweren. Dat maakt hen én onbetrouwbaar én tot inadequate beslissers.

36. Dit reeds zijn zwaarwegende aanwijzingen voor het oordeel dat de leden van het Hof jegens cliënt vooringenomenheid koestert, althans dat de bij cliënt dienaangaande bestaande vrees objectief gerechtvaardigd is.

Evidentie van een terugwijzing van de zaak in preliminair stadium

37. Doch even zwaarwendig is dat niet in positieve zin is beslist tot het bieden van gelegenheid tot het voeren van preliminaire verweren.
38. Daarbij zij vooropgesteld dat cliënt in de twee eerdere tegen hem aangespannen tuchtrechtelijke procedures die gelegenheid wel heeft gekregen. Het – in het tuchtrecht voor advocaten grotendeels ongeschreven – procesrecht biedt dus die mogelijkheid. Cliënt heeft daarop ook uitdrukkelijk gewezen ter zitting van 18 november 2016. Wederom is dit een element dat ten onrechte ontbreekt in het proces-verbaal van de zitting.
39. Volgens cliënt en mij is het evident dat de preliminaire verweren hadden moeten slagen met als consequentie terugwijzing naar de Raad van Discipline.
40. In eerste aanleg is het eerste wrakingsverzoek immers ten onrechte niet in aanwezigheid van cliënt behandeld, terwijl het tweede wrakingsverzoek is behandeld door de kamer die werd gewraakt. Dat is in strijd met de dwingendrechtelijke

voorschriften van artikel 47 Advocatenwet in verbinding met artikel 512 e.v. Sv, in het bijzonder 515 Sv.

41. Het is volgens vaste benadering door de Hoge Raad van dergelijke situaties zonneklaar dat de zitting in eerste aanleg, en daarmee de uitspraak in eerste aanleg, nietig is.⁴
42. Ik licht dit als volgt toe.
43. Het tegen cliënt ingediende dekenbezwaar zou in eerste aanleg worden behandeld op 21 september 2015.
44. Cliënt heeft op 16 september 2015 een schriftelijk verzoek ingediend tot wraking van drie leden van de Raad van Discipline. Bij brief van 18 september 2015 werd cliënt meegedeeld dat behandeling van het wrakingsverzoek was bepaald op 28 september 2015 om 12:00 uur. Cliënt ontving deze brief op 22 september 2015. Hij heeft daarop diezelfde dag per e-mail en per gewone brief een wrakingsverzoek ingediend en laten weten dat hij 28 september 2015 al verplichtingen heeft. Hij stelt in deze brief vast dat met hem geen overleg is gevoerd over de zittingsdatum en liet weten deze gang van zaken onaanvaardbaar te vinden en in strijd met de vereisten van *due process*.
45. De voorzitter van de Wrakingskamer heeft daarop pas bij e-mail van 28 september 2015, één minuut voorafgaand aan de zitting, gereageerd. Cliënt werd bericht dat de behandeling van het wrakingsverzoek van 16 september 2015 ‘hedenmiddag te 12.00 uur gewoon doorgang’ zou vinden.
46. Volgens een brief van 1 oktober 2015 namens de voorzitter was de brief van 28 september 2015 ‘in feite overbodig’

⁴ HR 29 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0147.

omdat cliënt ermee rekening moest houden dat de zitting doorgang zou vinden en dat cliënt niet onmiddellijk verhinderdata had opgegeven.

47. Het toentertijd geldende Reglement wrakingskamer Raad van Discipline in het ressort 's-Gravenhage bepaalt dat de voorzitter van de Wrakingskamer een tijdstip voor de mondelinge behandeling van het wrakingsverzoek bepaalt en dat de verzoeker in de gelegenheid wordt gesteld te worden gehoord.⁵
48. Het Reglement vereist dus niet dat de verzoeker direct verhinderdata opgeeft. Uit cliënt's brief van 22 september 2015 had de wrakingskamer niet anders dan kunnen afleiden dat cliënt op 28 september 2015 verhinderd was.
49. Dit klemmt temeer omdat het de gewoonte van de Raad van Discipline is om verhinderdata te vragen alvorens een zitting wordt gepland. Zie bijvoorbeeld de brief van 12 oktober 2015 aan verzoeker, inzake het plannen van de 'inhoudelijke behandeling van deze klachtzaak.'

⁵ Voor zover van belang bepaalt dit Reglement: '1. Het wrakingsverzoek (..) 3. Het verzoek geschiedt schriftelijk en is gemotiveerd. Tijdens de zitting kan het verzoek ook mondeling geschieden. 4. Alle feiten en omstandigheden moeten tegelijk worden voorgedragen.

2. De wrakingskamer (..) 2. In de wrakingskamer heeft geen zitting degene op wie het wrakingsverzoek betrekking heeft. 3. Degene op wie het wrakingsverzoek betrekking heeft, onderhoudt, buiten de zitting waar het wrakingsverzoek wordt behandeld, over dat verzoek geen contact met de leden van de wrakingskamer en onthoudt zich van verdere bemoeienis met de behandeling van een op hem betrekking hebbend wrakingsverzoek. (..)

3. De behandeling van het wrakingsverzoek (..) 2. Tenzij degene op wie het wrakingsverzoek betrekking heeft in de wraking berust, geschiedt de behandeling van het wrakingsverzoek zo spoedig mogelijk ter zitting. De behandeling ter zitting is in beginsel openbaar. De wrakingskamer kan op grond van gewichtige redenen bevelen dat de behandeling geheel of gedeeltelijk achter gesloten deuren zal plaatsvinden. 3. De verzoeker en degene op wie het verzoek betrekking heeft, worden door de wrakingskamer in de gelegenheid gesteld te worden gehoord. Ambtshalve of op verzoek van één der betrokkenen kan de wrakingskamer bepalen dat zij niet in elkaars aanwezigheid worden gehoord.'

50. Daar komt bij dat cliënt op 22 september 2015 een nieuw wrakingsverzoek indiende. Gelet op artikel 47 Advocatenwet in verbinding met artikel 515 lid 1 Sv en het Reglement wrakingskamer mocht cliënt er vanuit gaan dat dit verzoek – conform dit Reglement – door een nieuwe Wrakingskamer in behandeling zou worden genomen en dat hij vooraf in kennis zou worden gesteld van de samenstelling van de Wrakingskamer
51. Cliënt heeft naar aanleiding van zijn wrakingsverzoek van 22 september 2015 echter geen bericht ontvangen dat een andere wrakingskamer was benoemd voor de behandeling van dat tweede wrakingsverzoek. Ook is cliënt niet voor de behandeling van dat verzoek opgeroepen. De Raad van Discipline heeft dus niet overeenkomstig de ter zake geldende wettelijke voorschriften gehandeld.
52. Deze gang van zaken duidt er op dat de gewraakte voorzitter van de wrakingskamer reeds voordat de zitting van 28 september 2015 was begonnen, geheel zelfstandig en zonder overleg met de overige leden van de wrakingskamer, had besloten het wrakingsverzoek van 22 september 2015 ‘buiten behandeling’ te stellen. Dit wordt onderstreept door het feit dat cliënt voor aanvang van de zitting op 28 september 2015 namens die voorzitter werd bericht dat die zitting ‘hedenmiddag te 12.00 uur gewoon doorgang’ zou vinden. Een beslissing door uitsluitend de voorzitter is evenwel in strijd met art. 47 lid 1 Advocatenwet en derhalve nietig.
53. Uit de beslissing van de Wrakingskamer 12 oktober 2015, alsook uit het proces-verbaal van de zitting van de Wrakingskamer van 28 september 2015 blijkt dat beide wrakingsverzoeken daadwerkelijk zijn behandeld. In de bestreden uitspraak heeft de Raad van Discipline dan ook vastgesteld, onder 1.5 tot en met 1.7:

‘Bij brief van 22 september 2015 heeft verweerder de voorzitter en drie leden van de wrakingskamer gewraakt. Beide wrakingsverzoeken zijn behandeld op 28 september 2015. Bij beslissing van 12 oktober 2015 heeft de wrakingskamer het wrakingsverzoek van 22 september 2015 buiten behandeling gesteld en het wrakingsverzoek van 16 september 2015 ongegrond verklaard.’

54. Artikel 1 lid 5 Reglement wrakingskamer bepaalde dat onder bepaalde omstandigheden een als wrakingsverzoek bedoeld verzoek *niet in behandeling wordt genomen*.⁶
55. Volgens de Wrakingskamer zelf en volgens de Raad van Discipline is het tweede wrakingsverzoek op 28 september 2015 daadwerkelijk *behandeld*. Vervolgens is dit *buiten behandeling gesteld*. Daaruit blijkt dat de Wrakingskamer cliënts verzoek niet heeft aangemerkt als een geval zoals bedoeld in artikel 1 lid 5 Reglement wrakingskamer.
56. Gelet op deze redenen kan niet anders dan worden vastgesteld dat de Wrakingskamer over haar *eigen* partijdigheid heeft geoordeeld. Terwijl artikel 515 lid 1 Sv uitdrukkelijk bepaalt dat in de Wrakingskamer geen zitting heeft degene op wie het wrakingsverzoek betrekking heeft. Tot slot is ten onrechte cliënt niet in de gelegenheid gesteld te worden gehoord, ook zoals voorgeschreven door het Reglement wrakingskamer, in artikel 3 lid 3.
57. Ingevolge artikel 47 Advocatenwet in verbinding met artikel 515 lid 2 Sv diende cliënt op beide verzoeken te worden gehoord. Schending van cliënts aanwezigheidsrecht bij de zitting waarop het wrakingsverzoek zou worden behandeld en bij de behandeling van het tweede wrakingsverzoek raakt aan een van de meest elementaire rechtsbeginselen: hoor en wederhoor.

⁶ ‘1. Het wrakingsverzoek (..) 5. Een volgend verzoek om wraking van hetzelfde lid van de raad wordt niet in behandeling genomen, tenzij de feiten of omstandigheden worden voorgedragen die pas na het eerdere verzoek aan de verzoeker bekend zijn geworden.’

58. Dit beginsel maakt onderdeel uit van het recht op een eerlijk proces, zoals neergelegd in artikel 6 EVRM. We weten dat het EHRM een procedure op tegenspraak (*adversarial trial*) als een van de kernelementen van een eerlijk proces aanmerkt.⁷ In een van de *dissenting opinions* in de EHRM-zaak Fitt wordt opgemerkt:

‘in order to be able to fulfil his functions as the judge in a fair trial, the judge should be informed by the opinions of both parties, not solely the prosecution’.⁸

59. Dat schending van het beginsel van hoor en wederhoor kan aanleiding geven tot een vermoeden van partijdigheid, blijkt uit *Non appearance before the International Court of Justice*, waarin Elkind stelt:

‘In order to be considered impartial, a tribunal’s rules of procedure must be seen to be upholding two fundamental procedural rights ‘audi alterem partem’ (the right of the parties to be heard) and ‘equality of the parties.’⁹

60. Zowel in strafzaken, in civielrechtelijke zaken als in bestuursrechtelijke zaken wordt de rechter partijdig geoordeeld indien aan het beginsel van hoor en wederhoor te kort wordt gedaan. Het gaat hierbij niet enkel om het toelichten van standpunten, maar ook om het *nader* toelichten van reeds ingenomen standpunten.¹⁰

⁷ Vgl. bijv. EHRM 28 augustus 1991, nr. 11170/84, 12876/87, 13468/87 (Brandstetter tegen Oostenrijk).

⁸ Vgl. EHRM 16 februari 2000, nr. 29777/96 (Fitt tegen het Verenigd Koninkrijk).

⁹ Vgl. J.B. Elkind, *Non appearance before the International Court of Justice*, Martinus Nijhof Publishers 1984, pag. 178.

¹⁰ Vgl. rechtbank te Haarlem 25 oktober 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BB6893; rechtbank Den Haag 5 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12238; Rechtbank Den Haag, 18 mei 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5728; Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 24 maart 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:1862; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 16 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:10303; rechtbank te Haarlem, 20 februari 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:AZ9811; rechtbank te Haarlem 29 januari 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH2158; rechtbank te Arnhem 26 juni 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD7285; rechtbank te Haarlem 9 juni 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ9147; rechtbank Oost-Brabant 30 juni 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3729; rechtbank Rotterdam 7 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3604. Zie ook

61. Doch daarnaast – of zo u wil: daarenboven – is het tweede wrakingsverzoek ook nog eens behandeld door de rechters wier wraking werd verzocht. Het behoeft nauwelijks nadere toelichting dat ook als gevolg hiervan artikel 6 EVRM is geschonden. Het eerste lid van deze bepaling garandeert cliënt immers ‘*an independent and impartial tribunal.*’ Artikel 515 lid 1 Sv luidt:

‘Het verzoek om wraking wordt zo spoedig mogelijk behandeld door een meervoudige kamer waarin de rechter wiens wraking is verzocht, geen zitting heeft.’

62. Het is onvermijdelijk dat zal worden vastgesteld dat in cliënt's zaak inbreuk is gemaakt op deze procesrechtelijke kernbepaling.

63. De strafkamer van de Hoge Raad oordeelt onder vergelijkbare omstandigheden van het geval het onderzoek ter terechtzitting nietig, wat leidt tot terugwijzing.¹¹

64. Het is volgens cliënt en mij – zeker wat betreft de beoordeling door de gewraakte wrakingskamer van het verzoek tot haar eigen wraking – evident dat de zaak van cliënt moet worden teruggewezen. Er is – doordat de bestreden uitspraak nietig is – geen reden het hoger beroep te behandelen.

65. Daar komt bij dat de Raad van Discipline ten onrechte niet heeft beoordeeld of de cliënt verweten uitingen *factual basis* hebben.

66. De *Grand Chamber* van het Europees hof voor de rechten van de mens oordeelt het in *Morice* tegen Frankrijk een

A.I.M. Van Mierlo, in Van Mierlo/Van Nispen/Polak, T&C Burgerlijke rechtsvordering, aant. 2 ad. art. 36 Rv.

¹¹ HR 29 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0147.

basiseis voor de vrijheid van meningsuiting van advocaten dat de uiting van de advocaat een *factual basis* heeft:

‘Lawyers cannot (..) make remarks that are so serious that they overstep the permissible expression of comments without a sound factual basis (..).’

‘The Courts assesses remarks in their general context, in particular (..) to ensure that the expressions used had a sufficiently close connection with the facts of the case.’¹²

67. De advocaat moet in de gelegenheid worden gesteld de feiten aan te wijzen waarop men de uitingen heeft gebaseerd. Een bijtende (*caustic*) en sarcastische toon valt, aldus het EHRM, binnen de vrijheid van meningsuiting van advocaten:

‘In the circumstances of the Gouveia Gomes Fernandes and Freitas e Costa case, the use of a tone that was not insulting but caustic, or even sarcastic, in remarks about judges was regarded as compatible with Article 10 (..).’¹³

68. De *factual basis* van cliënts opmerkingen is door de Raad van Discipline niet getoetst op de wijze zoals het EHRM dat voorstaat. Daardoor kleeft aan de uitspraak een motiveringsgebrek, namelijk een onderbouwde weerlegging van cliënts standpunt. Daardoor wordt cliënt in hoger beroep de kans ontnomen zich adequaat te verweren, namelijk door met precisie de *factual basis* aan te voeren op de onderdelen waarvan de Raad zou vinden dat die ontbreekt. Anders gezegd: cliënt tast hierover in hoger beroep volledig in het duister. Als het hoger beroep als van voortbouwend karakter wordt beschouwd, behoort cliënt niet pas bij einduitspraak in hoger beroep te worden overvallen met een oordeel over de *factual basis*. Dat vereist – mede in het licht van artikel 10 en 6 EVRM – een terugwijzing in preliminair stadium.

¹² EHRM 23 april 2015, nr. 29369/10 (Morice tegen Frankrijk).

¹³ Idem.

69. Met terugwijzing in dit stadium wordt bovendien veel zittingstijd en een nutteloze behandeling van overige onderdelen van de zaak bespaard. Het gegeven dat het Hof niet deze op evidente gronden steunende keuze maakte, terwijl het naar procesrechtelijk gewoonterecht gebruikelijk is dat preliminair bezwaren mogen worden opgeworpen, leveren zwaarwegende aanwijzingen op voor het oordeel dat de leden van het Hof jegens cliënt vooringenomenheid koestert, althans dat de bij cliënt dienaangaande bestaande vrees objectief gerechtvaardigd is.

70. Daar komt bij dat het hof in zijn reactie op het wrakingsverzoek heeft opgemerkt:

‘Langs deze weg wil ik mijn zorg uitspreken over de lichtvaardige wijze waarop door of namens mr. Stelling het middel van het wrakingsverzoek is ingezet. Deze zorg is allereerst gebaseerd op het gegeven dat dit verzoek al is gedaan nog voordat ook maar een begin is gemaakt met de behandeling van de zaak. De zorg is ook gegrond op het gegeven dat mij is gebleken dat mr. Stelling in eerdere procedures bij dit hof stelselmatig naar dit middel heeft gegrepen, overigens - voor zover mij bekend - steeds zonder enig succes. Ik verzoek u in de door u te nemen beslissing rekening met deze zorg te houden.’

71. Die opmerking komt erop neer dat het Hof geen enkele twijfel uit over de juistheid van de gang van zaken omtrent de wrakingsverzoeken in eerste aanleg. Het vraagt Uw Wrakingskamer zelfs daarmee rekening te houden. Dat betekent ook dat thans reeds vaststaat dat het Hof het verweer dat wij willen voeren zal verwerpen en niet tot terugwijzing zal besluiten.

72. Dat is temeer ernstig omdat cliënt het recht heeft op een behandeling door twee onpartijdige instanties, terwijl er voor hem zeer veel op het spel staat.

Cliënts standpunt over de grondwettelijke interpretatie van artikel 46 Advocatenwet inzake meningsuiting

73. Om het belang van een beoordeling door de Raad van Discipline toe te lichten, is het wellicht zinvol dat ik tot slot uitleg waarom cliënts al vaker naar voren gebrachte standpunt volgens mij hout snijdt.
74. Artikel 46 Advocatenwet beperkt de vrijheid van meningsuiting niet. Deze bepaling betreft een open norm die niet specifiek enige begrenzing aan precies de meningsuiting geeft. Cliënts principiële standpunt is – ofschoon door hem omstandig toegelicht in deze en eerdere tuchtrechtelijke procedures – nimmer op juiste merites beoordeeld.
75. Cliënt heeft steeds gesteld dat artikel 46 Advocatenwet grondwetconform dient te worden uitgelegd. Dit omdat de wetgever door in te stemmen met die bepaling, daarmee heeft vastgesteld dat deze in overeenstemming is met de Grondwet. Dus ook in overeenstemming met de in art. 7 Grondwet vervatte opvatting, dat een open norm geen beperking inhoudt van de meningsuiting. De juistheid van dit standpunt wordt niet weerlegd door slechts een verwijzing naar het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet.
76. Cliënt betwist geenszins het grondwettelijk toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet – een institutioneel voorschrift.¹⁴
77. In cliënts zaak is de kern dat de Advocatenwet niet aan de Grondwet moet worden getoetst, maar grondwetsconform moet worden uitgelegd. Ook een ‘ruim toetsingsverbod’ heeft

¹⁴ Vgl. E.A. Alkema, Gedifferentieerde rechtsvinding door de rechter in veranderende staatkundige verhoudingen, NJB 2000, pag. 1053 – 1058. Dit toetsingsverbod wordt ruim uitgelegd. Artikel 120 Grondwet behelst een verbod tot materiële en formele toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet en aan ongeschreven rechtsbeginselen. Wel geldt een ‘verdisconteringsuitzondering’: een bepaling uit een wet in formele zin kan door de rechter buiten toepassing worden gelaten omdat toepassing van die bepaling in verband met daarin door de wetgever niet verdisconteerde omstandigheden in strijd zou komen met een fundamentele rechtsbeginsel.

zijn grenzen. Een van de situaties waarin van de rechter toch iets wordt gevegd zonder met de wil van de (grond)wetgever in conflict te raken is die waarin de wet ruimte laat voor verschillende interpretaties en waarbij de ene interpretatie meer conform de Grondwet is dan de andere. De rechter is dan *verplicht* de wet uit te leggen op basis van de presumptie dat de wetgever geacht moet worden de Grondwet na te leven.¹⁵ Dit heet grondwetsconforme interpretatie.

78. Grondwetsconforme interpretatie is een techniek die een belangrijke plaats inneemt in het repertoire van de rechterlijke rechtsvinding en rechtsvorming.¹⁶ Volgens prof. De Lange, hoogleraar Staatsrecht aan de Erasmus Universiteit van Rotterdam, is deze vorm van interpretatie *zelfs vanzelfsprekend*.¹⁷
79. Grondwetsconforme interpretatie gebiedt de interpreterende rechter ervan uit te gaan dat bepalingen van een wet in formele zin niet in strijd zijn met de Grondwet. Het gaat dus, anders gezegd, om het *vermoeden van grondwettigheid*.¹⁸

¹⁵ Zie HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1260; ABRvS 24 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE5780 en ABRvS 14 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8847.

¹⁶ Zie P. van Dijk, 'De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de rechten van de mens', in: B. Baardman e.a. (red.), *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle 1988, pag. 173-209; R. de Lange, *Conforme interpretatie en rechterlijke rechtsvorming*, in: A.J. Nieuwenhuis en J.H. Reestman (red.), *Recht en Reede*, 2005, pag. 77-85; Sacha Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford 2005, pag. 180-215 en R. de Lange, *Constitutionele toetsing van wetgeving in Nederland*, *RegelMaat* 2006/4-5, pag. 146.

¹⁷ R. de Lange, a.w., pag. 145 en 146. De Lange noemt als 'mooi klassiek en spectaculair voorbeeld' van verdragsconforme interpretatie HR 21 maart 1986, NJ 1986, 585. Hij noemt ook als voorbeeld uit de sfeer van het strafrecht, om duidelijk te maken hoe grondwetsconforme interpretatie in de praktijk van belang kan zijn: HR 28 mei 2002, NJ 2002, 483 (betreffende een samenscholingsverbod in de APV van Tilburg). Een voorbeeld uit de administratieve rechtspraak biedt ABRvS 24 juli 2002, AB 2003, 204, over artikel 37 lid 1 Mediawet en de verhouding tot artikel 7 Grondwet. De Afdeling spreekt uit dat 'als uitgangspunt heeft te gelden dat bepalingen van een wet in formele zin niet in strijd zijn met de Grondwet. Zie R. de Lange, a.w., pag. 146 en 147.

¹⁸ Vgl. prof. dr. W.J.M. Voermans, *De bestuursrechter en artikel 120 Grondwet*, *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, 2003, pag. 144.

80. Prof. De Lange betoogt in verband met grondwetsconforme interpretatie dat als uitgangspunt moet worden genomen dat de wetgever niet bedoeld kan hebben af te wijken van grondwettelijke grondrechten, tenzij hij dit *specifiek* kenbaar maakt.¹⁹ Grondwetsconforme interpretatie is volgens hem van groot belang in een stelsel als het onze, waarin geen constitutionele toetsing van wetten bestaat.²⁰
81. Volgens de staatsrechtgeleerden Boon, Brouwer en Schilder is de rechter tot grondwetsconforme interpretatie van de wet *gehouden*.²¹ Indien de wet in formele zin, aldus Boon, Brouwer en Schilder bij toepassing in een concreet geval ruimte laat voor uiteenlopende besluiten, moet de wettelijke bepaling grondwetsconform worden uitgelegd.²²
82. De plicht van de rechter de wet grondwetsconform te interpreteren leidt ertoe dat de betekenis van de Grondwet wordt vastgesteld. Grondwetsconforme interpretatie impliceert bovendien dat de rechter de aldus geïnterpreteerde wet niet in strijd acht met de Grondwet.²³
83. Tegen deze achtergrond is op zich juist het primaire oordeel van het Hof van Discipline in cliënts zaak van 19 januari 2015. Dit komt erop neer dat artikel 120 Grondwet toetsing van de Advocatenwet aan artikel 7 Grondwet verbiedt. Echter dit oordeel is in het licht van het vorengaande niet relevant. De tuchtrechter is immers bevoegd – nee: *gehouden* – tot grondwetsconforme interpretatie. De interpretatieruimte die artikel 46 Advocatenwet biedt, *dwingt* daartoe.

¹⁹ R. de Lange, pag. 148.

²⁰ Vgl. R. de Lange, a.w., pag. 148.

²¹ P.J. Boon, J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *Regelgeving in Nederland*, vierde druk, Kluwer, 2005, pag. 84 en 85.

²² Soms wordt tot een grondwetsconforme interpretatie *gedwongen*, vgl. in iets andere context J. Vrieling/S. Sottiaux, *Discrimineert de Nederlandse discriminatiewet? NTM-NJCM Bulletin 2011*, pag. 226.

²³ M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving*, diss., Tjeenk Willink, 1997, pag. 256 e.v.

84. Grondwetsconforme interpretatie is alleen mogelijk wanneer de wet in formele zin ruimte laat voor uiteenlopende interpretatie. Artikel 46 Advocatenwet is een bepaling die niet dwingt tot een bepaalde uitleg. Niet ter discussie staat immers dat de daarin neergelegde norm een open norm is.²⁴
85. Aldus Corstens vloeit uit het zogeheten democratiebeginsel voort dat de rechter bij de uitleg van de wet in de eerste plaats aandacht besteedt aan de achterliggende visie van de makers van de wet:
- ‘Daarom leunt de Hoge Raad (net als andere rechtscolleges met een belangrijke rechtsvormende taak) bij uitleg van de wet vaak sterk op de toelichting bij die wet van de wetgever en op hetgeen bij de behandeling in de Eerste en Tweede Kamer is besproken.’²⁵
86. Uit de parlementaire totstandkomingsgeschiedenis van de huidige Grondwet blijkt dat de Grondwetgever van oordeel is dat de beperkingsmogelijkheid, zoals die in bijvoorbeeld artikel 7 Grondwet wordt voorgesteld, door de formele wetgever daadwerkelijk dient te worden benut, wil die beperking rechtsgeldig zijn.²⁶
87. Het huidige artikel 46 Advocatenwet dwingt naar de letter in het bijzonder ook niet tot een beperking van de vrijheid van meningsuiting. Vastgesteld dient in ieder geval te worden

²⁴ Vgl. Hof van Discipline, 19 januari 2015, zaaknummer 7229.

²⁵ Zie Geert Corstens, *De rechtsstaat moet je leren – De president van de Hoge Raad over de rol van de rechter*, 2014, pag. 55 en 56.

²⁶ ‘In het wetsontwerp zijn alle grondrechten, welke de burger het recht tot bepaalde gedragingen verschaffen, voorzien van een beperkingsclausule. Dit brengt mee, dat de wetgever de uitoefening van een grondrecht, ook wanneer daardoor iemand anders in zijn grondrecht wordt aangetast, aan beperkingen kan onderwerpen. Deze mogelijkheid heeft de wetgever, zoals reeds werd opgemerkt, op verschillende wijzen benut. Belangrijke voorbeelden daarvan biedt het Wetboek van Strafrecht, waarin tal van strafbaarstellingen voorkomen welke (mede) dienen om de burgers in hun grondrechtelijke belangen te beschermen. Gewezen zij onder meer op de artikelen 137c en volgende, welke tot doel hebben het recht om niet naar ras gediscrimineerd te worden te beschermen tegen een te ver gaande uitoefening van het recht gedachten of gevoelens te openbaren.’ Vgl. Kamerstukken II 1976-1977, 13872, nr. 7, pag. 4.

dat het hier niet een *specifiek* kenbare beperking betreft van de vrijheid van meningsuiting. Ik herhaal hier prof. De Lange, die in verband met grondwetsconforme interpretatie betoogt dat als uitgangspunt moet worden genomen dat de wetgever niet bedoeld kan hebben af te wijken van grondwettelijke grondrechten, tenzij hij dit *specifiek* kenbaar maakt.

88. De wetgever oordeelde kort na de inwerkingtreding van de huidige Grondwet heeft het voorschrift uit artikel 50 ARAR, dat de ambtenaar zich moet gedragen zoals een goed ambtenaar betaamt, een zeer vage norm over ambtsverplichtingen.²⁷
89. Cliënt heeft een bijzondere positie als deskundige met betrekking tot de kwestie van grondrechten. Als officier-beleidsmedewerker van het ministerie van Defensie was hij de deskundige van dat departement op het terrein van de grondrechten en stond hij de staatssecretaris van Defensie ter zijde bij de bespreking van het voorontwerp van wetsvoorstel 19 495 (wijziging van de Ambtenarenwet 1929 ter zake van de uitoefening van grondrechten) in het overleg daarover met de belangenverenigingen van militairen. Vervolgens was cliënt bij het ministerie van Binnenlandse Zaken als beleidsmedewerker/wetgevingsjurist ambtelijk verantwoordelijk voor ditzelfde wetsvoorstel. Cliënt moest naar aanleiding van het advies van de Raad van State, alsnog een passage in de memorie van toelichting opnemen over de

²⁷ 'Zo ligt het in de bedoeling verschillende beperkende bepalingen van de rechtspositieregelingen te schrappen. Andere bepalingen met zeer vage normen omtrent ambtsverplichtingen, die mede werden toegepast voor de beperking van grondrechten, zullen na inwerkingtreding van de voorgestelde wettelijke bepalingen niet langer van toepassing zijn op de uitoefening van grondrechten. Zo zal voor ambtsverplichtingen omtrent onder andere de meningsuiting artikel 125a, eerste lid, gelden in plaats van het voorschrift van artikel 50 ARAR, dat de ambtenaar zich moet gedragen zoals een goed ambtenaar betaamt. Om zich van deze verruiming van de vrijheden voor het overheids personeel een beeld te kunnen vormen is de eerder vermelde bijlage opgenomen. Vgl. Kamerstukken II 1985-1986, 19 495, nr. 3, pag. 3.

jurisprudentie inzake de uitoefening van grondrechten door ambtenaren. Daaronder was een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 11 mei 1983 die door hem, als kapitein van de luchtmacht, uitgelokt en die een tijdlang richtinggevend is geweest op het terrein van de grondrechten van ambtenaren. De stukken die in de het kader van de behandeling van het wetsvoorstel 19 495 naar de Staten-Generaal werden gestuurd, zijn door cliënt opgesteld.

Besluit

90. Ik verzoek Uw Hof deze pleitnota aan het proces-verbaal van de zitting te hechten.