

Hof van Discipline

Zitting van 19 juni 2017 te 14.30 uur

Kenmerk: 160102

PLEITNOTA

Inzake: Deken orde van Advocaten Den Haag - mr. M.J.F.

Stelling

Raadsman: W.H. Jebbink

Inleiding

1. Vaak staat voor Uw Hof een advocaat wiens cliënten vinden dat hij of zij jegens hen tekortschoot, en om die reden niet thuis hoort in de advocatuur. Vandaag staat voor Uw Hof een advocaat die bekend staat om zijn vasthoudendheid en doorwrochte bijstand aan zijn cliënten. Een advocaat die zich nooit gemakkelijk van een zaak af maakt. Die vanwege zijn actieve houding een plaats behoort te behouden in de balie. Een advocaat die zozeer door zijn cliënten en anderen wordt gewaardeerd, dat sympathisanten en medestanders van hem in verband met deze zaak het Comité Eerherstel Meindert Stelling hebben opgericht. Heel wat van die sympathisanten zijn vandaag aanwezig.
2. Wie de zaak tegen mr. Stelling slechts van een afstand volgt, bekruipt misschien het gevoel dat mr. Stelling hardnekkig is. Tegen beter weten in zijn gelijk wil krijgen.

3. Het zijn dit soort woorden, die de deken gebruikt in deze zaak tegen mijn cliënt.¹
4. Maar wie goed kijkt, ziet dat mr. Stelling's argumenten nimmer deugdelijk zijn besproken. Waar al door rechters – waaronder disciplinaire rechters – op zijn argumenten werd ingegaan, gebeurde dat met miskennis van juridische en theoretische uitgangspunten en door onderdelen van cliënt's argumentatie onbesproken te laten.
5. Mijn cliënt is niet de onverbetterlijk fanaat die de deken van hem tracht te maken. Als de tuchtrechter met een heldere, inzichtelijke, logisch geldige en overtuigende motivering zou ingaan op de argumenten die hij aanvoert, zal mijn cliënt zich voegen naar dat oordeel.
6. Ik zal in dit zogeheten preliminair betoog bepleiten dat cliënt's zaak dient te worden verwezen naar een Raad van Discipline. Ik zal daarbij – om cliënt's elementaire belang bij verwijzing te duiden – ingaan op het punt dat hij bij een onbevangen Raad van Discipline wenst te maken. Een punt dat alleszins hout snijdt, zo zal ik Uw Hof uitleggen.

Verwijzing naar Raad van Discipline

Inleiding

7. Cliënt's zaak dient te worden verwezen naar een Raad van Discipline.

¹ Memorie van antwoord 27 oktober 2016, kantlijnnummer 8.

Feiten

8. Het tegen cliënt ingediende dekenbezwaar zou in eerste aanleg worden behandeld op 21 september 2015.
9. 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*.
10. De voorzitter van de Raad van Discipline heeft daarop pas maandag 28 september 2015 bij e-mail van 11:59 uur gereageerd. Cliënt werd bericht dat de behandeling van het wrakingsverzoek van 16 september 2015 'hedenmiddag te 12.00 uur gewoon doorgang' zou vinden. Dat was derhalve één minuut voorafgaand aan de zitting.
11. Volgens een brief van 1 oktober 2015 namens de voorzitter was de brief van 28 september 2015 'in feite overbodig' omdat cliënt ermee rekening moest houden dat de zitting doorgang zou vinden. In de brief stelt de voorzitter dat cliënt niet onmiddellijk verhinderdata had opgegeven en niet heeft vermeld welke verplichtingen hij reeds had op

28 september 2015, hoe laat en waar en waarom hij daarom niet aanwezig kon zijn. Ook wordt cliënt achteraf verweten dat hij niet heeft verklaard de zitting niet te kunnen bijwonen.

Beoordeling

12. Het toentertijd geldende Reglement wrakingskamer Raad van Discipline in het ressort 's-Gravenhage bepaalt echter dat een wrakingsverzoek zo spoedig mogelijk in behandeling wordt genomen, 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.

13. Voor zover van belang bepaalde 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.'

14. Het Reglement vereist dus niet dat de verzoeker direct verhinderdata opgeeft. Uit cliënts brief van 22 september 2015 had de wrakingskamer niet anders dan kunnen afleiden dat cliënt op 28 september 2015 verhinderd was. De nadere eisen of criteria die in de brief achteraf van 1 oktober 2015 zijn gesteld zijn ofwel niet ter zake doende, ofwel *unduly formalistic* ofwel getuigend van onwelwillendheid. Deze eisen of criteria worden geen van alle genoemd in het Reglement wrakingskamer.
15. Dit klemt 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.'
16. Daar komt bovendien bij dat cliënt op 22 september 2015 een nieuw wrakingsverzoek indiende. Gelet op het Reglement wrakingskamer mocht cliënt er vanuit gaan dat dit verzoek – conform dit Reglement – door een nieuwe wrakingskamer in behandeling zou worden genomen en vooraf in kennis zou worden gesteld van de samenstelling van de wrakingskamer.
17. In de bestreden uitspraak heeft de Raad van Discipline 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.’

18. Artikel 1 lid 5 Reglement wrakingskamer bepaalde dat onder bepaalde omstandigheden een als wrakingsverzoek bedoeld verzoek *niet in behandeling wordt genomen*:

‘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.’

19. Blijkens de vaststelling van de Raad van Discipline is het tweede wrakingsverzoek op 28 september 2015 *behandeld*. Vervolgens is dit *buiten behandeling gesteld*.
20. Uit de vaststellingen van de Raad van Discipline volgt dus zonder meer dat het door cliënt als wrakingsverzoek bedoeld verzoek daadwerkelijk als wrakingsverzoek is aangemerkt en ook dat dit verzoek is *behandeld*. Daaruit blijkt dat de wrakingskamer cliënts verzoek niet aangemerkt als een geval zoals bedoeld in artikel 1 lid 5 Reglement wrakingskamer.
21. Gelet op deze redenen kan niet anders dan worden vastgesteld dat de wrakingskamer over haar eigen partijdigheid heeft geoordeeld. Terwijl artikel 2 lid 5 Reglement wrakingskamer 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.

Verwijzing geboden: zwaarwegende aanwijzing dat RvD jegens cliënt vooringenomen was, althans dat de bij cliënt bestaande vrees daarvoor objectief gerechtvaardigd is

22. Cliënts aanwezigheidsrecht bij de wrakingszitting is geschonden. Voorts is cliënt niet op enigerlei wijze gehoord op het tweede wrakingsverzoek.
23. Ingevolge artikel 47 Advocatenwet i.v.m. 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.
24. 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.² 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’.³

² Vgl. bijv. EHRM 28 augustus 1991, nr. 11170/84, 12876/87, 13468/87 (Brandstetter tegen Oostenrijk).

³ Vgl. EHRM 16 februari 2000, nr. 29777/96 (Fitt tegen het Verenigd Koninkrijk).

25. 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.’⁴

26. Indien de rechter de verdachte beperkt in diens toelichting van zijn standpunt, leidt dat in een strafrechtelijke procedure dan ook tot een vermoeden van partijdigheid. Zo werd door de Haarlemse rechtbank een politierechter gewraakt die twee verdachten in hun laatste woord onderbrak en hen aldus niet in de gelegenheid stelde hun motieven naar voren te brengen voor de hun verweten daad.⁵

27. Indien in *civilibus* een rechter aan een partij geen gelijkwaardige gelegenheid geeft om aan een behandeling van de zaak deel te nemen, is sprake van partijdigheid.⁶ Ik wijs uw Hof ook op rechtbank te Haarlem, 20 februari 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:AZ9811, waarin de rechter werd gewraakt omdat verzoekster niet de kans had gekregen om in haar eigen tempo datgene te zeggen wat zij wilde.

28. Het gaat hierbij niet enkel om het toelichten van standpunten, maar ook om het *nader* toelichten van reeds

⁴ Vgl. J.B. Elkind, *Non appearance before the International Court of Justice*, Martinus Nijhof Publishers 1984, pag. 178.

⁵ Vgl. rechtbank te Haarlem, 25 oktober 2007, NbSr 2007, 467.

⁶ Vgl. A.I.M. Van Mierlo, in Van Mierlo/Van Nispen/Polak, T&C Burgerlijke rechtsvordering, aant. 2 ad. art. 36 Rv.

ingenomen standpunten. Dat blijkt uit een beslissing van de wrakingskamer van de rechtbank te Haarlem uit 2009:

'In het licht van hetgeen op de comparitiezitting van 30 januari 2008 (in de enkelvoudige kamer) is voorgevallen rijst de vraag of bij het nemen van deze beslissing voldoende rekening is gehouden met het principe van hoor en wederhoor. (..) Uitgangspunt is dat het aan een procespartij onthouden van de wettelijke mogelijkheid om haar standpunten mondeling nader toe te lichten voldoende moet worden gemotiveerd, zeker als een partij niet verschenen is wegens omstandigheden die haar niet zonder meer kunnen worden toegerekend en in de risicosfeer van de rechtbank c.q. de rechter(s) liggen. Het verzoek om wraking is op grond van het bovenstaande gegrond.'⁷

29. De rechtbank te Arnhem wees op 26 juni 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD7285 een wrakingsverzoek werd toe wegens de vrees dat de verzoeker anders een eerlijk proces wordt onthouden. Het ging hier om het inhoudelijk voortzetten van de behandeling van een strafzaak, terwijl was aangekondigd dat deze pro forma zou zijn en verzoeker daarom niet was verschenen.

30. Uit deze opvattingen en rechtspraak blijkt het volgende:

- Het beginsel van hoor en wederhoor is een van de kernelementen van een eerlijk proces.
- Aan dit beginsel wordt te kort gedaan indien een daadwerkelijke mogelijkheid tot het mondeling toelichten of nader toelichten van een standpunt niet wordt gegeven.
- Een dergelijke tekortkoming kan voortvloeien uit schending van het aanwezigheidsrecht.
- Indien op deze wijze inbreuk wordt gemaakt op de mogelijkheid tot toelichting van een standpunt, vormt dat – wegens het onthouden aan de betrokkene van

⁷ Vgl. Rechtbank Haarlem 29 januari 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH2158.

een eerlijk proces – een zwaarwegende aanwijzing dat een rechter jegens de betrokkene vooringenomen is, althans dat de bij die partij bestaande vrees daarvoor objectief gerechtvaardigd is.

31. Tegen deze achtergrond dient in cliënts zaak te worden vastgesteld dat zwaarwegende aanwijzingen bestaan dat de leden van de wrakingskamer jegens cliënt vooringenomen waren, althans dat de bij cliënt bestaande vrees daarvoor objectief gerechtvaardigd is.
32. Om die reden reeds verzoek ik Uw Hof de zaak te verwijzen naar een Raad van Discipline.
33. Doch daarnaast – of zo u wil: daarenboven – is het tweede wrakingsverzoek ook nog eens is 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.’
34. Het is evident dat in cliënts zaak inbreuk is gemaakt op deze procesrechtelijke kernbepaling.
35. De strafkamer van de Hoge Raad oordeelde onder vergelijkbare omstandigheden het geval het onderzoek ter terechtzitting nietig, hetgeen leidde tot terugwijzing.⁸

⁸ HR 29 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0147.

36. Bij het verzoek tot verwijzing in cliënts zaak dient als zwaarwegend te worden aangemerkt dat voor cliënt veel op het spel staat. Hem is in eerste aanleg immers schrapping van het tableau opgelegd.
37. Voorts zou zonder verwijzing cliënts recht op een behandeling in twee instanties worden geschonden. Cliënt daar temeer belang bij, omdat de Raad van Discipline zijn standpunt niet heeft gevolgd.

Verhouding van de vrijheid van meningsuiting zoals bedoeld in artikel 7 Grondwet tot artikel 46 Advocatenwet

38. Dit komt erop neer dat artikel 46 Advocatenwet de vrijheid van meningsuiting niet beperkt. Deze bepaling betreft een open norm die niet specifiek enige begrenzing aan precies de meningsuiting geeft.
39. Om die reden kan, aldus cliënt, een meningsuiting niet volgens het tuchtrecht voor advocaten worden bestraft, omdat dat inmenging met de door artikel 7 Grondwet beschermde uitingsvrijheid oplevert. Enkel de strafwet of het civiele recht staan hier ten dienste van de overheid.
40. Benadrukt moet worden dat het in deze zaak gaat om de verticale verhouding tussen overheid en burger, waarin de grondrechten direct en onverkort van toepassing zijn. Het gaat dus om de bescherming van de burger, in dit geval: de advocaat, tegen de overheid. Een belangenafweging, zoals die onder bepaalde omstandigheden wordt gemaakt in het kader van horizontale werking van grondrechten – bij botsende grondrechten – is hier niet aan de orde.

41. Cliënts principiële standpunt is – ofschoon door hem omstandig toegelicht in deze en eerdere tuchtrechtelijke procedures – nimmer op juiste merites beoordeeld. Dat kan worden afgeleid uit de motivering die aan de verwerping van dit standpunt ten grondslag is gelegd.
42. Om te voorkomen dat Uw Hof het verzoek tot verwijzing zou afwijzen omdat U cliënts argumentatie *prima facie* onjuist zou oordelen, zal ik het in dit ‘preliminair betoog’ wat nader toelichten.
43. Bij beslissing van 19 januari 2015 meende Uw Hof in andere samenstelling dat reeds in het licht van artikel 120 Grondwet cliënt betoog faalt. Die beslissing van Uw Hof dient echter niet consistent te worden geoordeeld, aangezien Uw Hof in een redenering ten overvloede vervolgens het Grondwettelijk toetsingsverbod negeert en de Advocatenwet aan artikel 7 Grondwet toetst. Zo bezien is uw Hof onconstitutioneel – of: niet institutioneel – te werk gegaan. Ik zal straks betogen op welke gronden ik dit harde oordeel baseer.
44. Die onconstitutionele c.q. niet institutionele toetsing is een van de kernbezwaren van cliënt.
45. Een ander kernbezwaar van cliënt is dat de motivering van de verwerping van zijn standpunt steevast ontoereikend is geweest. Onder meer doordat juist zijn kernargumenten daarin worden genegeerd.

46. Tot slot acht cliënt het een kernbezwaar dat de interpretatiemethode waartoe in gevallen als deze wordt *gedwongen* – die van grondwetsconforme interpretatie – niet wordt gehanteerd.
47. De deken schampert in zijn memorie van antwoord dat mijn cliënt ‘hardnekkig en tegen beter weten in tracht alsnog zijn gelijk te krijgen.’⁹
48. Cliënt is echter niet een ongeleid projectiel, maar een kritisch en logisch denkend jurist die een bepaalde redenering niet zonder meer als juist accepteert op grond van het enkele feit dat een rechter deze heeft gehanteerd.
49. Ja, hij bedient zich in deze kwestie van taalgebruik dat *offensive, shocking* of *disturbing* zou kunnen worden geoordeeld en ja, hij heeft daarin volhard, maar cliënts standpunten zijn grondig onderbouwd en reeds daarom niet als een gratuite persoonlijke aanval aan te merken.
50. Waar schamperend over cliënt wordt gedaan, dient vooraleerst te worden vastgesteld dat cliënt een zorgvuldig jurist is die een standpunt verdedigt en daarin niet wordt gehoord. Dat betekent evenwel niet dat cliënt *dus* ongelijk heeft. Ik zal Uw Hof proberen te overtuigen van de juistheid van cliënts standpunt. Althans van het feit dat zijn standpunt minst genomen juist zou kunnen zijn.
51. De wegens het Wildersproces bekend geworden rechter Mr. Elianne van Rens vertelde in juni 2016 in een radioprogramma over haar positie als rechter:

⁹ Memorie van antwoord 27 oktober 2016, kantlijnnummer 8.

‘Het is iets dat we elke keer met elkaar in de raadkamer bespreken: is er een onderbuikgevoel? En zo ja, waar komt het vandaan? Je kunt bepaalde gedachten hebben, je kunt iets vinden van een bepaald feit. Maar je moet elke keer weer afstand nemen, terug naar de vraag: waar hebben we het nou over. Het is een discussie die we steeds met elkaar voeren en waarin we elkaar heel erg scherp houden, omdat het raakt aan het wezen van rechter te zijn: afstand nemen, proberen zo objectief mogelijk te kijken naar een bepaalde zaak, je eigen persoon kennen, je weet wat je vooroordelen zijn en waar je dus op moet letten, je weet wat je valkuilen zijn.’¹⁰

52. De bekende oud-raadsheer van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden Mr. Rinus Otte, inmiddels lid van de College van procureurs-generaal, wijst erop dat in rechterlijke vonnissen het doel telt en de juridische argumentatie er vaak later bij wordt gezocht. Hij spreekt in dit verband van een ‘trukendoos.’¹¹

53. Het is onder meer in dit licht dat cliënt een beroep doet op Uw Hof. Hij verzoekt Uw Hof afstand te nemen. Hij verzoekt U zijn argumenten scherp te beoordelen. Hij verzoekt U zijn argumenten objectief te beoordelen. En dus Ottes trukendoos gesloten te laten.

54. Artikel 120 Grondwet luidt:

‘De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.’

55. Artikel 120 Grondwet betreft een institutioneel voorschrift.¹²

56. In vorige versies van de Grondwet werd gesproken over de onschendbaarheid van de wet. Het Grondwettelijk

¹⁰ De Volkskrant, 14 november 2016.

¹¹ Vgl. R. Otte, De nieuwe kleren van de keizer, achter de schermen van de rechtspraak, 2010.

¹² Vgl. E.A. Alkema, Gedifferentieerde rechtsvinding door de rechter in veranderende staatkundige verhoudingen, NJB 2000, pag. 1053 – 1058.

toetsingsverbod wordt ruim uitgelegd. Artikel 120 Grondwet behelst een verbod tot materiële en formele toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet en omvat tevens een verbod tot toetsing van wetten in formele zin aan ongeschreven rechtsbeginselen.¹³

57. Ten opzichte van andere constitutionele stelsels neemt Nederland met dit toetsingsverbod een bijzondere positie in. Buitenlandse waarnemers die vraagtekens plaatsen bij een *not enforceable* Grondwet, zien echter over het hoofd dat de Grondwet wel degelijk *enforceable* is, zij het niet tegen wetten in formele zin.¹⁴

58. Een principiële verschil tussen verdragsnormen en grondwetsnormen is er niet: het gaat in beide gevallen om normen die voor het doel van de rechterlijke toetsing als de ‘hoogste’ normen binnen de rechtsorde gelden.¹⁵

59. Staatsrechtgeleerde aan de UvA dr. Groenewegen stelt dat als strijd dreigt tussen een hogere regeling en een lagere, er twee mogelijkheden zijn:

‘óf de rechter interpreteert de lagere regel conform de hogere regel, óf hij toetst de lagere regel aan de hogere regel.¹⁶

¹³ 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.

¹⁴ Vgl. R. de Lange, Constitutionele toetsing van wetgeving in Nederland, RegelMaat, Afl. 2006, 4-5, pag. 143.

¹⁵ Zie J.W.A. Fleuren, Een ieder verbindende bepalingen van verdragen (diss.), Den Haag 2004 en J.W.A. Fleuren, Directe en indirecte toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter, preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal recht, Den Haag 2005.

¹⁶ F.T. Groenewegen, Wetsinterpretatie en rechtsvorming, (diss. UvA), Den Haag 2006, pag. 159.

60. Die laatste mogelijkheid bestaat echter gezien artikel 120 Grondwet niet als het een wet in formele zin en de grondwet betreft.¹⁷
61. In cliënts zaak is de kern dat ook een ‘ruim toetsingsverbod’ zijn grenzen heeft. 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.¹⁸ Dit heet grondwetsconforme interpretatie.
62. Ik zal straks uitleggen waarom artikel 46 Advocatenwet een wet is die ruimte laat voor verschillende interpretaties zoals hier bedoeld.
63. Conforme interpretatie – ook in de vorm van grondwetsconforme interpretatie – is aldus de literatuur een techniek die een belangrijke plaats inneemt in het repertoire van de rechterlijke rechtsvinding en rechtsvorming.¹⁹

¹⁷ F.T. Groenewegen, Wetsinterpretatie en rechtsvorming, (diss. UvA), Den Haag 2006, pag. 159.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

64. Volgens prof. De Lange, hoogleraar Staatsrecht aan de Erasmus Universiteit van Rotterdam, is deze vorm van interpretatie zelfs *vanzelfsprekend*:

‘Conforme interpretatie is daarentegen *vanzelfsprekend*.’²⁰

65. Prof. 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).²¹

66. 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.’²²

67. Reeds onder de voorganger van artikel 120 Grondwet, artikel 131, tweede lid, Grondwet 1953 werd aangenomen dat, als verschillende interpretaties van een formeel wettelijk voorschrift mogelijk zijn, de rechter *gehouden is* een formeel wettelijk voorschrift grondwetsconform uit te leggen.²³ In haar proefschrift ‘Meer zicht op wetgeving’

²⁰ R. de Lange, a.w., pag. 145 en 146.

²¹ R. de Lange, a.w., pag. 146 en 147.

²² Vgl. ook R. de Lange, a.w., pag. 147.

²³ In de woorden van Belaerts van Blokland houdt het gebod tot grondwetsconforme interpretatie in: ‘de dubbelzinnige wetsbepaling

noemt Van Houten de arresten HR 19 februari 1858, W. 1936 en BR 28 februari 1868, W. 2995 als voorbeelden.²⁴ 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*.²⁵

68. In zo'n geval wordt én recht gedaan aan de veronderstelde bedoelingen van de wetgever, én wordt bij de uitleg van de wet recht gedaan aan de (grondwettelijke) grondrechten.²⁶

69. 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.²⁷

70. Grondwetsconforme interpretatie is volgens hem van groot belang in een stelsel als het onze, waarin geen constitutionele toetsing van wetten bestaat.²⁸

71. Volgens de staatsrechtgeleerden Boon, Brouwer en Schilder moet de rechter ernaar streven om, binnen het

toetsen aan de algemeene voorschriften der Grondwet, en die wetsinterpretatie verkiezen, welke het best met de Grondwet strookt,' vgl. G.J.Th. Belaerts van Blokland, *De onschendbaarheid der wet*, Leiden 1868, pag. 47.

²⁴ M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving*, diss., Tjeenk Willink, 1997.

²⁵ Vgl. prof. dr. W.J.M. Voermans, *De bestuursrechter en artikel 120 Grondwet*, *Jurisprudentie Bestuursrecht plus*, 2003, pag. 144.

²⁶ Vgl. S. Vogenauer: 'damit der Vorrang der Grundrechte auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt', *BVerfG* 4 juni 1998, *NJW* 1998, 2811, aangehaald door R. de Lange, a.w., pag. 147.

²⁷ R. de Lange, pag. 148.

²⁸ Vgl. R. de Lange, a.w., pag. 148.

kader van art. 120 Grondwet, zoveel mogelijk recht te doen aan de hogere rang die de Grondwet in de normenhiërarchie inneemt. In bepaalde omstandigheden is de rechter daarom – stellen zij – tot grondwetsconforme interpretatie van de wet *gehouden*.²⁹

72. Indien de wet in formele zin, aldus Boon, Brouwer en Schilder bij toepassing in een concreet geval ruimte laat voor uiteenlopende besluiten, dient de wettelijke bepaling grondwetsconform te worden uitgelegd.³⁰
73. Wanneer daarentegen de wet tot een bepaalde toepassing *dwingt*, dan moet de rechter de wet volgen, ook wanneer die toepassing in strijd met de Grondwet zou komen.³¹
74. Een interpretatie van de wet conform de Grondwet, die ingaat tegen de letter of de bedoeling van de wet, betekent immers een ongeoorloofde modificatie van die wet. In zijn Homohuwelijk-arrest hield de Hoge Raad dan ook vast aan de ‘onmiskkenbare strekking van de wet’ dat twee personen van hetzelfde geslacht geen wettelijk huwelijk kunnen aangaan en stelde dat de gedachte dat de wet zoveel mogelijk moet worden uitgelegd in overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel zoals dit sinds 1983 in artikel 1 Grondwet is opgenomen, daarin geen verandering kan brengen.³²

²⁹ P.J. Boon, J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *Regelgeving in Nederland*, vierde druk, Kluwer, 2005, pag. 84 en 85.

³⁰ 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.

³¹ ABRvS 24 juli 2002, AB 2003, 204.

³² Vgl. M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving*, diss., Tjeenk Willink, 1997, pag. 256 e.v.

75. Een voorbeeld van een wet die wel interpretatieruimte biedt is artikel 37 lid 1 Mediawet. Geoordeeld werd, door de ABRvS, dat niet onmogelijk is dat de wetgever bij artikel 37 lid 1 Mediawet niet gedacht heeft aan artikel 7 Grondwet.³³
76. De grondwetsconforme interpretatietechniek is dus slechts toelaatbaar wanneer daarmee niet tegen de letter of de bedoeling van de wet wordt ingegaan.
77. De toetsing van een beslissing zal daarbij steeds gebaseerd moeten zijn op strijd met de desbetreffende wet en niet – los daarvan – op strijd met de Grondwet. Dat laatste zou immers neerkomen op een verkapte toetsing aan de Grondwet, en dat is de rechter nu eenmaal niet toegestaan. Ook Boon c.s. merken op dat grondwetsconforme interpretatie wel interpretatie moet blijven en niet mag ontaarden in interpretatieve vervorming van de wet. Daarvan zou sprake zijn wanneer de rechter de wet zou uitleggen op een wijze die lijnrecht ingaat tegen de bedoeling van de wetgever.³⁴
78. De bevoegdheid van de rechter de wet grondwetsconform te interpreteren leidt ertoe dat de betekenis van de Grondwet wordt vastgesteld. Een grondwetsconforme interpretatie impliceert bovendien dat de rechter de aldus geïnterpreteerde wet niet in strijd acht met de Grondwet.³⁵

³³ Vgl. ABRvS 24 juli 2002, AB 2003, 204.

³⁴ P.J. Boon, J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *Regelgeving in Nederland*, vierde druk, Kluwer 2005, pag. 84-85; zie ook M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving*, diss., Tjeenk Willink, 1997, pag. 256 e.v.

³⁵ M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving*, diss., Tjeenk Willink, 1997, pag. 256 e.v.

79. Tegen deze achtergrond is op zich juist het primaire oordeel van Uw Hof 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.

De totstandkoming van artikel 46 Advocatenwet

80. Want zoals al in het vorengaande naar voren is gebracht, is grondwetsconforme interpretatie alleen mogelijk wanneer de wet in formele zin ruimte laat voor uiteenlopende interpretatie en niet tot een bepaalde toepassing dwingt.

81. 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.³⁶

82. 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:

‘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

³⁶ Vgl. Hof van Discipline, 19 januari 2015, zaaknummer 7229.

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.³⁷

83. 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 dat het hier niet een *specifiek* kenbare beperking betreft van de vrijheid van meningsuiting.
84. 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.
85. 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:

‘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

³⁷ Vgl. Kamerstukken II 1976-1977, 13872, nr. 7, pag. 4.

voor het overheidspersoneel een beeld te kunnen vormen is de eerder vermelde bijlage opgenomen.³⁸

86. Het betrof hier een norm voor een bepaalde groep personen – ‘hen die in overheidsdienst werken’. Met de nieuw in de formele wet verankerde grens, die niet mocht worden overschreden, beoogde de wetgever de uitoefening van hun grondrechten, met één algemene normstelling aan te geven:

‘Op grond van het bovenstaande zijn wij tot de overtuiging gekomen dat het de voorkeur verdient de grens, welke zij die in overheidsdienst werkzaam zijn bij de uitoefening van hun grondrechten niet mogen overschrijden, met één algemene normstelling aan te geven. Dat is de norm, die in het eerste lid van het onderhavige artikel geformuleerd is.’³⁹

Artikel 46 Advocatenwet voldoet niet aan eisen ter beperking van artikel 7 lid 1 en 3 Grondwet

87. Delegatie is volgens ons staatsrecht slechts toegestaan, indien in de Grondwet de formule ‘bij of krachtens de wet’ of enigerlei vorm van het werkwoord ‘regelen’ of de zelfstandige naamwoorden ‘regels’ of ‘regeling’ zijn gebruikt.
88. Artikel 7 Grondwet luidt:

‘1 Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.

2 De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisieuitzending.

3 Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.

4 De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame.’

³⁸ Vgl. Kamerstukken II 1985-1986, 19 495, nr. 3, pag. 3.

³⁹ Vgl. Kamerstukken II 1985-1986, 19 495, nr. 3, pag. 5.

89. De Grondwet eist dus dat regelingen die beperkingen inhouden van artikel 7 lid 1 en 3 Grondwet worden vastgesteld bij formele wet.

90. Als artikel 46 Advocatenwet, zijnde een wet in formele zin, bedoeld zou zijn de meningsuiting van advocaten te beperken, dan zou dat betekenen dat enkel artikel 46 Advocatenwet die beperking stelt, en dat die beperking niet mag worden gesteld door een lagere regelgever.⁴⁰ Echter het is in strijd met de grondwettelijke eis dat de Advocatenwet een beperkende bevoegdheid laat aan het College van Afgevaardigden. Artikel 28 lid 1 Advocatenwet luidt:

‘Het college van afgevaardigden stelt verordeningen vast in het belang van de goede uitoefening van de praktijk, alsmede ter waarborging van de eisen die op grond van artikel 10a daaraan worden gesteld.’

91. Artikel 10a Advocatenwet luidt, voor zover hier van belang:

‘1 In het belang van een goede rechtsbedeling draagt de advocaat zorg voor de rechtsbescherming van zijn cliënt. Daartoe is de advocaat bij de uitoefening van zijn beroep:

(..)

d. integer en onthoudt hij zich van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt.’

92. Kortom: de betamelijkheidsnorm die ook is neergelegd in artikel 46 Advocatenwet, mag door het College van Afgevaardigden nader worden ingevuld.

93. Daarmee staat vast dat de Advocatenwet het stellen van nadere regels overlaat aan een lagere regelgever.

⁴⁰ Een grondwettelijk delegatieverbod laat onverlet dat het stellen van als uitvoering te beschouwen regels over details toch aan een lagere regelgever mag worden overgelaten. Maar dat is niet het geval bij grondwettelijke 'delegatieverboden' inzake klassieke grondrechten, zoals artikel 7 Gw (zie Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, pag. 22 e.v.).

94. Waarmee tevens vaststaat dat de Advocatenwet niet als wet kan worden beschouwd die artikel 7 lid 1 en 3 Grondwet beperkt.
95. Ook daarom kan artikel 46 Advocatenwet niet worden beschouwd als een regel die de vrijheid van meningsuiting van advocaten beperkt.

Artikel 53 EVRM

96. Aan dit alles doet het EVRM niet af. Het EVRM biedt – naar algemeen wordt aangenomen – slechts minimumnormen. Cliënt heeft reeds – mede in verband hiermee – uitvoerig gewezen op de betekenis van artikel 53 EVRM.

Conclusie

97. Gelet op al deze omstandigheden houdt artikel 46 Advocatenwet geen grondrechtsbeperking in. Daarom kunnen de klachten tegen mijn cliënt niet gegrond worden verklaard.

Toetsing van factual basis

98. Doch ook los van de eis van grondwetsconforme interpretatie heeft cliënt belang bij een nieuwe beoordeling door een onbevangen Raad van Discipline. Daartoe wijs ik op het arrest Morice tegen Frankrijk van het Europees hof voor de rechten van de mens, waarin de *Grand Chamber* van dit hof uitvoerige *general principles*

formuleert voor de vrijheid van meningsuiting van advocaten.

99. Een basiseis is dat de uitingen 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 (..).'⁴¹

100. 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 (..).'⁴²

101. De *factual basis* van cliënts opmerkingen is door de Raad van Discipline niet getoetst.

Slotsom

102. Op grond van genoemde omstandigheden verzoek ik Uw Hof de zaak te verwijzen naar een Raad van Discipline.

103. Cliënt handhaaft uitdrukkelijk alle overige preliminaire punten zoals aangevoerd bij beroepsschrift van 20 april 2016 (inleiding, paragraaf 1.1 tot en met 4.8 en repliek van 3 november 2016 alsmede de stukken waarnaar daarin wordt verwezen).

⁴¹ EHRM 23 april 2015, nr. 29369/10 (Morice tegen Frankrijk).

⁴² Idem.

104. Verwijzing zou uiteraard achterwege kunnen blijven – maar uitsluitend dan – indien Uw Hof cliënts standpunt volgt inzake de uitleg van artikel 46 Advocatenwet en de daaruit voortvloeiende consequenties zoals door cliënt aangevoerd in het beroepsschrift, en Uw Hof cliënts standpunt volgt inzake de niet-ontvankelijkheid van het dekenbezwaar inzake het huisrecht, zoals eveneens door cliënt aangevoerd in het beroepsschrift.

Besluit

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