

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 216.284 van 16 november 2011
in de zaak A. 196.207/XIV-33.320**

In zake : Mark GROOTAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Saveyn
kantoor houdend te 9700 Oudenaarde
Stationsstraat 55
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Justitie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carl Raymaekers
kantoor houdende te 2600 Berchem
Deken De Winterstraat 26
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 8 april 2011, strekt tot de
nietigverklaring van de beslissing van 9 februari 2010 van de gevangenisdirecteur
van Brugge waarbij aan Mark Grootaert de tuchtsanctie wordt opgelegd van één
week strikt, van 6 februari 2010 tot en met 12 februari 2010.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord
ingediend en de verzoeker heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De verzoeker heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 oktober 2011.

Staatsraad Stephan De Taeye heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tom De Brabandere, die loco advocaat Christophe Saveyn verschijnt voor de verzoeker, en advocaat Carl Raymaekers, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. 1. De verzoeker is sedert 20 augustus 2002 gedetineerd en verblijft op het moment van de bestreden tuchtprocedure in de strafinrichting van Brugge.

3.2. Op 6 februari 2010 wordt ten laste van de verzoeker een rapport aan de directeur opgesteld. Blijkens dit rapport weigerde de verzoeker om zich bij zijn terugkomst van de bezoekszaal aan een fouillering te onderwerpen waarbij hij al zijn kledij diende af te geven om te worden onderzocht.

3.3. Eveneens op 6 februari 2010 wordt de verzoeker als voorlopige maatregel het verplicht verblijf op cel opgelegd.

3.4. Op 7 februari 2010 wordt aan de verzoeker meegedeeld dat tegen hem een tuchtprocedure wordt opgestart, waarbij hem een kopie van dit document, van het rapport aan de directeur, van het overzicht van vroegere sancties en van elk stuk dat deel uitmaakt van het tuchtdossier, wordt overhandigd.

3.5. Op 8 februari wordt de verzoeker in de aanwezigheid van zijn raadsman gehoord.

3.6. Op 9 februari 2010 wordt de verzoeker als tuchtsanctie “1 week strikt, van 6 februari 2010 tot en met 12 februari 2010” opgelegd.

Dit is de bestreden beslissing, waarin onder meer het volgende wordt gesteld:

“(…)

Betrokkene kreeg een ‘Rapport aan Directeur’ voor weigeren kledijfouillering na bezoek.

Gelet op de inhoud van het rapport;

Gelet op het feit dat na het bezoek aan tafel een volledig onderzoek aan de kledij gebeurt (col.brief nr. 86);

Gelet op het feit dat hiervoor geen geïndividualiseerde motivering dient opgemaakt te worden door de directie (col.brief nr.86);

Gelet op het feit dat voor dergelijke fouille aan kledij dient te worden afgegeven (col.brief nr.86);

Gelet op het feit dat dergelijke fouille tot doel heeft de orde en de veiligheid in de inrichting te handhaven (Art. 108 basiswet);

De gedetineerden moeten gehoorzamen aan de personeelsleden en alles volbrengen wat deze hun opleggen om de orde te handhaven en de reglementen uit te voeren (Art. 77, Algemeen Reglement Strafinrichtingen)

De gedetineerde heeft tot plicht er zorg voor te dragen dat hij door zijn gedrag ten opzichte van het personeel, medegedetineerden en andere personen de orde en de veiligheid niet in gevaar brengt of verstoort (Art. 106 § 1 van de Basiswet 12.1.2005)

Gelet op het feit dat betrokkene door zijn gedrag de goede orde en veiligheid in het gedrang heeft gebracht en dit niet getolereerd kan worden.

(…)”.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

4.1. In een eerste middel voert de verzoeker de schending aan van artikel 108 van de basiswet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerden.

De verzoeker zet uiteen dat in de motivering van de bestreden beslissing door de directeur meermaals wordt verwezen naar de “col. brief nr. 86”. Het gaat hierbij om de “Collectieve Brief nr. 86 van 19 februari 2007 betreffende het onderzoek aan de kledij - foullering op het lichaam - onderzoek van de verblijfsruimte”. Hierin wordt onder meer in de mogelijkheid voorzien om na het bezoek zonder geïndividualiseerde motivering over te gaan tot een “volledig onderzoek aan de kledij”, bestaande uit het zich ontkleden door de gedetineerde in een kleedruimte of achter een kamerscherm waarbij de beambte nagaat of alle kledij is afgegeven. De verzoeker betoogt dat artikel 108 van de basiswet wordt geschonden, aangezien hij zich van al zijn kledij diende te ontdoen en aldus naakt voor de bewuste beampten diende te verschijnen. Overeenkomstig artikel 108 van de basiswet kan een foullering op het lichaam slechts plaatsvinden bij individuele en gemotiveerde beslissing van de directeur van de strafinrichting. Bij gebrek aan zulke beslissing is enkel een onderzoek aan de kledij mogelijk. In de ministeriële omzendbrief nr. 1749 van 17 september 2002 wordt een onderscheid gemaakt tussen drie vormen van foullering: een summiere, een grondige en een volledige foullering. Bij het opstellen van artikel 108 van de basiswet heeft de wetgever deze drieledige indeling meer dan waarschijnlijk voor ogen gehad. Artikel 108, § 1 van de basiswet voorziet in een onderzoek aan de kledij (summiere foullering), waarvoor geen individuele beslissing van de directeur van de strafinrichting vereist is. Artikel 108, § 2 van de basiswet voorziet in een foullering op het lichaam (grondige foullering), “zo nodig met ontkleding en het uitwendig schouwen van de openingen en holten van het lichaam” (volledige foullering), waarvoor, gelet op de aanzienlijke aantasting van de fysieke integriteit die beide vormen van

fouillering inhouden, wel een individuele en gemotiveerde beslissing van de directeur van de strafinrichting is vereist. Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat een gedetineerde enkel naakt voor een penitentiair beambte dient te verschijnen ingeval van een “volledige fouillering” (zie omzendbrief nr. 1749) of ingeval van een “fouillering op het lichaam”. De “kledijfouille” zoals vermeld in het “rapport aan de directeur”, betreft aldus in werkelijkheid een “fouillering op het lichaam” en niet, zoals door de directeur gesuggereerd, een “onderzoek aan de kledij”.

4.2. De verwerende partij repliceert in haar memorie van antwoord dat de verzoeker vanuit twee foute premissen vertrekt, met name dat men bij een volledig kledijonderzoek naakt voor de penitentiaire ambtenaar dient te verschijnen en dat artikel 108 van de basiswet verbiedt dat de gedetineerde al zijn kledij moet uitdoen en aan de penitentiaire ambtenaar moet afgeven ter controle. Het middel mist feitelijke grondslag. Aan de verzoeker is nooit gevraagd om naakt voor de penitentiaire ambtenaren te verschijnen. Hij diende enkel al zijn kledij uit te doen en die af te geven ter controle. Hij mag zich daarbij omkleden in een cabine of achter een kamerscherm en wordt enkel gecontroleerd of hij alle kledij heeft afgegeven.

Het middel mist bovendien juridische grondslag. Zo geeft het Hof van Cassatie in een arrest van 27 oktober 1987 aan: “In die optiek is het onderzoek aan het lichaam te onderscheiden met het onderzoek aan de kledij, waarbij elke exploratie van de intieme delen of zelfs elke betasting van het lichaam uitgesloten is. Het feit dat de gedetineerde veelal verzocht wordt zich ook van zijn ondergoed te ontdoen, doet aan de bovenstaande redenering geen afbreuk”. De wetgever heeft in de basiswet geen nieuwe definities opgenomen over het begrip “fouillering op het lichaam”. De ratio legis is dat de aantasting van de lichamelijke integriteit en het schaamtegevoel in de mate van het mogelijke moet beperkt worden. Er is een grondig verschil tussen een loutere ontkleding en een werkelijke exploratie van het lichaam. Hierop wordt de nadruk gelegd in de voorbereidende werken. De basiswet dient een rem te stellen op de “intieme fouillering”. De ontkleding komt daarbij enkel zijdelings ter sprake. Voor de wetgever is

ontkleding niet het onderscheidend criterium. Naakt zijn is op zich geen criterium. Men is ook naakt onder de douches alwaar er ook toezicht is, zonder dat dit als een inbreuk op de privacy wordt beschouwd. Men kan bezwaarlijk stellen dat het schaamtegevoel wordt aangetast wanneer men niet aangeraakt wordt en het nazicht van de afgifte van alle kledij zeer discreet gebeurt. Bij een onderzoek aan de kledij wordt het lichaam nooit onderzocht. Het volledige onderzoek aan de kledij geschiedt met respect voor de integriteit van de gevangene. De gedetineerde neemt plaats in een douchecabine of achter een kamerscherm, hij geeft zijn kledij af over de deur van de cabine of over het kamerscherm en er is visuele controle of wel alle kledij is nagezien. Bij de opleiding worden hierover de volgende instructies gegeven: aan de gedetineerde wordt gemeld dat er visuele controle op afgifte van alle kledij zal gebeuren, de gedetineerde gaat dan met de rug naar de cabinedeur staan, met de armen naast het lichaam en men meldt de gevangene dat de cabinedeur zal worden geopend. De cabine wordt enkel geopend om te zien of alle kledij is afgegeven, waarna de kledij wordt nagezien en vervolgens teruggegeven. Enkel de beambte die van hetzelfde geslacht is als de gedetineerde vergewist zich ervan dat alle kledij is afgegeven. De getuige doet geen onderzoek en kijkt niet na of alle kledij is afgegeven en ziet de gedetineerde dus niet naakt. Hij is enkel aanwezig als waarborg dat het onderzoek correct verloopt. Het Europees Hof van de Rechten van de Mens heeft zich duidelijk uitgesproken in de zin dat enkel bijzondere ingrijpende en potentieel vernederende acties een schending van artikel 3 van het EVRM uitmaken. Het volledig onderzoek aan de kledij is dan ook verschillend van de fouillering van het lichaam. Enkel de kledij wordt onderzocht. De gedetineerde dient zijn haar niet los te maken, hij wordt niet uitgenodigd om zijn voetzolen te tonen, noch worden de mondholte of de andere zichtbare lichaamsholten onderzocht. De gedetineerde dient niet voorover te buigen, rond te draaien en enkele malen door de knieën te gaan, hij dient zijn geslachtsdelen niet te tonen en mag zelfs eenvoudig met de rug naar de beambte staan, hij moet zich niet geheel naakt aan de twee personeelsleden tonen. De doelstelling van de basiswet wordt gerespecteerd. De gedetineerde heeft recht op een menswaardige behandeling en respect voor zijn persoon, anderzijds dient de maatschappij haar veiligheid te garanderen.

4.3. In zijn memorie van wederantwoord verwijst de verzoeker naar het eindverslag van de Commissie basiswet gevangeniswezen en rechtspositie van de gedetineerden, waarin wordt gesteld: “Het onderzoek aan de kledij houdt in dat de kledij betast en doorzocht wordt met het doel na te gaan of de gedetineerde daarin of daaronder voorwerpen of substanties verborgen heeft die verboden of gevaarlijk zijn. In dat verband kan men een persoon wel van zijn overkleding laten ontdoen, zonder hem evenwel te verplichten zich te ontkleden tot op het lichaam”. De interpretatie die de verzoeker voorhoudt, is onderbouwd met de memorie van toelichting bij de artikelsgewijze bespreking van de basiswet. De onwettige controles vinden hun grondslag in de Collectieve Brief nr. 86 van 19 februari 2007. In deze collectieve brief staat dat de directeur het onderzoek voorschrijft voor het geval de gedetineerde zonder toezicht in contact is geweest met personen van buiten de inrichting. Dit dus ongeacht of er nu sprake is van individuele aanwijzingen in hoofde van de verzoeker, wat door artikel 108, § 2, van de basiswet wordt vereist. In het eindverslag van de Commissie basiswet gevangeniswezen en rechtspositie van gedetineerden wordt gesteld dat het onderzoek op het lichaam niet routinematig mag worden uitgevoerd en slechts gerechtvaardigd is wanneer ingevolge specifieke omstandigheden of vermoedens het onderzoek aan de kledij niet volstaat. In de collectieve brief wordt in vier categorieën voorzien, met name summier onderzoek aan de kledij, een grondig onderzoek aan de kledij, een volledig onderzoek aan de kledij en de fouillering op het lichaam. Enkel voor dit laatste wordt in de Collectieve Brief aangegeven dat een individuele motivering is vereist. Ten onrechte wordt de fouillering op het lichaam in twee categorieën opgedeeld. De verzoeker wordt door de toepassing van de collectieve brief door de penitentiaire beambten aan een fouillering op het lichaam onderworpen, nu hij zijn voetzolen en zijn handpalen dient te tonen. Dit is geen onderzoek aan de kledij. Het onderzoek aan de kledij en de fouillering op het lichaam onderscheiden zich duidelijk van elkaar door het opgewekt schaamtegevoel en de aantasting van de integriteit van een persoon. Artikel 5, § 1 van de basiswet stelt dat de vrijheidstraf of de vrijheidsbenemende maatregel in omstandigheden die de waardigheid van de mens eerbiedigen, worden uitgevoerd. Het routinematig en zonder enige motivering verplichten van een gedetineerde om

zich tot volledige naaktheid te ontkleden en te vertonen aan het gevangenispersoneel op hun louter (willekeurig) verzoek, kan niet als omstandigheden worden aanzien die de waardigheid van de mens eerbiedigen. Zich ontkleden tot volledige naaktheid en het voorwerp zijn van visuele controle in zijn naaktheid, op een afstand van een halve meter, maakt een schending uit van de menselijke waardigheid of integriteit als gedetineerde. Het eerste verschil tussen de beide onderzoeken vermeld in artikel 108 van de basiswet is het aspect ontkleding. Dit wordt door de wetgever niet ter sprake gebracht bij het onderzoek aan de kledij. Dit is dan ook niet voorzien in deze fase van het onderzoek. De wetgever spreekt over een onderzoek “aan” de kledij en niet van een onderzoek “van of aan” de kledij. Dit houdt in dat het onderzoek aan de kledij dient te gebeuren bij het dragen van de kledij. Dit blijkt ook uit de voorbereidende werken. De door de verwerende partij aangehaalde rechtspraak omschrijft fouillering als betasten. Betasten betekent volgens Van Daele “met de vingertoppen bevoelen”. Om de kledij met de vingertoppen te laten bevoelen, is niet vereist om alle kledij uit te doen. Bovendien zegt artikel 28, § 4, 2^{de} lid, van de wet op het politieambt van 5 augustus 1992 dat de veiligheidsfouillering gebeurt door het betasten van het lichaam en de kleding. In het nog niet in werking getreden artikel 61, § 1 van de basiswet wordt ook gesproken van een onderzoek aan de kledij. Een tweede verschil tussen de beide onderzoeksmogelijkheden is dat er voor een onderzoek aan de kledij geen bijkomende wettelijke waarborg voor de gedetineerde is voorzien. Het bewakend personeel dient namelijk niet te beschikken over een afzonderlijke beslissing van de directeur alvorens een onderzoek aan de kledij te kunnen verrichten. Een dergelijke afzonderlijke beslissing is logisch, nu deze maatregel door de naaktheid een schaamtegevoel van een totaal andere orde opwekt. Het staat buiten discussie dat het zich totaal ontkleden tot volledige naaktheid, ook al is het achter een scherm, en daarbij bekeken te worden, een schaamtegevoel opwekt. Zo niet, komt men tot de vaststelling dat voor een fouillering op het lichaam zonder ontkleding wel een bijkomende wettelijke waarborg is voorzien, maar niet voor het onderzoek aan de kledij waarbij men zich volledig moet ontkleden. Het onderscheidingscriterium van de beide onderzoeksmaatregelen ligt, naast hun voorwerp, dus voornamelijk op het niveau

van het opgewekte schaamtegevoel en de aantasting van de integriteit van de gedetineerde. Ten einde willekeur dienaangaande te vermijden, werd het onderscheid tussen beide onderzoeken wettelijk bepaald en werd een wettelijke waarborg voorzien. Het naakt zijn is dus een bepalende factor voor de hoegrootheid van het opgewekte schaamtegevoel en de aantasting van de integriteit, waardoor de nodige waarborg voorhanden dient te zijn. Het onderscheid tussen kledij en lichaam als voorwerp van het onderzoek is eveneens een verschil tussen beide onderzoeksmaatregelen, doch niet het enige. De collectieve brief nr. 86 bevat onwettige instructies.

4.4. In zijn laatste memorie betoogt de verwerende partij nog dat er in het arrest ANNOT nr. 209.853 van 17 december 2010 van de Raad van State en in de noot “Onderzoek van gevangenskledij of fouillering op het lichaam” de nadruk wordt op gelegd dat de wetgever het zelfrespect van de gedetineerde voor ogen had en dus de aantasting van het eerbaarheidsgevoel als criterium vooropstelde. Dit betekent dat in de praktijk moet worden nagegaan of het volledige onderzoek van de kledij moet beschouwd worden als een onderzoek aan de kledij, dan wel als een fouillering op het lichaam. Bij het volledige onderzoek aan de kledij is er geen dusdanige aantasting van het eerbaarheidsgevoel, zoals het door de wetgever werd beoogd om de strikte regels van de fouillering op het lichaam toepasbaar te maken. De wetgever heeft de “intieme fouillering” of de “fouillering op het lichaam” gezien als een exploratie van het lichaam (zonder aanraking). Daarbij moet worden opgemerkt dat “fouillering op het lichaam” van de basiswet nog veel minder ver gaat dan wat in het kader van een onderzoek aan het lichaam in de zin van artikel 90bis Sv. mogelijk is. Bij een “fouillering op het lichaam” is er immers in de praktijk geen sprake van aanraking of andere dan visuele inwendige beschouwingen. Het feit dat fouillering op het lichaam volgens de wet niet noodzakelijk met ontkleding gepaard gaat, betekent precies dat de ontkleding niet het onderscheidend element is. Een fouillering op het lichaam veronderstelt dus niet dat men naakt is (bvb. Het openen van de mond en het onderzoek ervan). Omgekeerd is het niet omdat men naakt is, dat men te maken heeft met een fouillering op het lichaam. In artikel 108 § 2 van de basiswet komt de ontkleding enkel zijdelings ter sprake. Het is niet de ontkleding zelf die men wil beperkt zien,

het is het intieme onderzoek, de intieme fouillering, die de wetgever aan banden wil leggen. In die zin moet ook de overweging in de memorie van toelichting (p. 250) verstaan worden. De wetgever wenste uit te sluiten dat men het ontklede lichaam zou onderzoeken en aldus een intiem onderzoek zou uitvoeren. De wetgever heeft daarmee niet uitgesloten wat bij een volledig onderzoek aan de kledij gebeurt. Wat de verzoeker doet, is de ontkleding als criterium naar voor schuiven, terwijl dat voor de wetgever niet het onderscheidend criterium uitmaakt. Het criterium is wat onderzocht wordt en niet of men al dan niet naakt is. Men kan bezwaarlijk beweren dat het schaamtegevoel in ernstige mate wordt aangetast wanneer men niet aangeraakt wordt en wanneer het nazicht of alle kledij werd afgegeven zeer discreet gebeurt.

4.5. In zijn laatste memorie voegt de verzoeker nog toe dat de door hem gehanteerde redenering in het arrest van 17 maart 2010 van het hof van beroep te Antwerpen wordt gevolgd.

Beoordeling

5.1. Artikel 108, §§ 1 tot 3, van de basiswet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerden (hierna: de basiswet) bepaalt:

“§ 1. De gedetineerde mag wanneer dit in het belang van de handhaving van de orde of de veiligheid noodzakelijk is, aan zijn kledij onderzocht worden door daartoe door de directeur gemandateerde leden van het bewakingspersoneel, overeenkomstig de door hem gegeven richtlijnen.

Dit onderzoek heeft tot doel na te gaan of de gedetineerde in het bezit is van voorwerpen of substanties die verboden of gevaarlijk kunnen zijn.

§ 2. Indien er individuele aanwijzingen zijn dat het onderzoek aan de kledij van de gedetineerde niet volstaat om het doel, zoals omschreven in § 1, tweede lid te bereiken, kan de directeur, bij afzonderlijke beslissing, een fouillering op het lichaam bevelen, zo nodig met ontkleding en het uitwendig schouwen van de openingen en de holten van het lichaam. De fouillering op het lichaam mag enkel plaatsvinden in een gesloten ruimte bij afwezigheid van andere gedetineerden en moet uitgevoerd worden door minimum twee daartoe door de directeur gemandateerde personeelsleden van hetzelfde geslacht als de gedetineerde.

§ 3. Het onderzoek aan de kledij en de fouillering op het lichaam mogen geen tergend karakter hebben en dienen te geschieden met eerbiediging van de waardigheid van de gedetineerde.”.

5.2. In de parlementaire documenten over die bepalingen (inzonderheid Parl. Doc., Kamer van Volksvertegenwoordigers, 2000-2001, stuk 50 - 1076/001) wordt aan het onderscheid tussen het onderzoek aan de kledij en de fouillering op het lichaam volgende commentaar gewijd:

a) in de toelichting bij artikel 105 dat artikel 108 van de basiswet geworden is (pag. 250):

“Tussen onderzoek aan de kledij en fouillering op het lichaam bestaat een belangrijk gradueel verschil.

Het onderzoek aan de kledij houdt in dat de kledij betast en doorzocht wordt met het doel na te gaan of de gedetineerde daarin of daaronder voorwerpen of substanties verborgen heeft die verboden of gevaarlijk zijn. In dat verband kan men een persoon wel van zijn overkleding laten ontdoen, zonder hem evenwel te kunnen verplichten zich te ontkleden tot op het lichaam.

De fouillering op het lichaam is een maatregel die verder gaat. Deze maatregel laat niet alleen toe om de gedetineerde te verplichten zich tot op het lichaam te ontkleden, maar zelfs om de openingen en de holten van het lichaam uitwendig te schouwen. De gedetineerde kan op grond hiervan uitgenodigd worden om zijn mond te openen en te tonen dat hij hierin niets verbergt, of om zich voorover te buigen opdat de fouilleerders door uitwendige schouwing zouden kunnen nagaan of hij tussen de dijen geen voorwerpen of stoffen verbergt die verboden of gevaarlijk zijn.”.

b) in het algemeen deel van de memorie van toelichting bij hetzelfde artikel 105 wordt erop gewezen dat de fouillering op het lichaam, omdat zij “op zich reeds een aantasting van het eergevoel inhoudt”, “een veel ingrijpender maatregel” is dan het onderzoek aan de kledij bij bepaalde activiteiten, en derhalve niet routinematig uitgevoerd mag worden (pag. 179), en er wordt voorts gesteld (pag. 182):

“De intieme fouillering van gedetineerden is, sinds het drugprobleem zijn intrede heeft gedaan in de gevangenissen, een ingeburgerde praktijk geworden, alhoewel daarvoor bezwaarlijk een wettelijke grondslag voor gevonden kan worden, wat uiteraard in contrast staat tot de strenge wetgeving die in het Wetboek van Strafvordering het onderzoek aan het lichaam regelt (art. 90bis Sv.).

Teneinde te vermijden dat een praktijk, die in de realiteit van de penitentiaire praxis in sommige gevallen als een noodzaak wordt beschouwd, zich in feite toch zou doorzetten, zonder enige wettelijke grondslag, leek het verkieslijker desbetreffende een beperkende regeling voor te stellen.

Artikel 105, § 2, eerste lid, bepaalt thans dat indien er individuele aanwijzingen zijn dat het onderzoek aan de kledij van de gedetineerde niet volstaat om het doel, zoals omschreven in § 1, tweede lid, te bereiken, de directeur bij afzonderlijke beslissing een fouillering op het lichaam kan bevelen, zo nodig met ontkleding en het uitwendig schouwen (d.i. zonder aanraking van het lichaam, in welk geval gesproken zou moeten worden van het onderzoek aan het lichaam, dat door artikel 90bis Sv. wordt geregeld) van de openingen en de holten van het lichaam.”.

5.3. Uit die stukken blijkt duidelijk de bedoeling van de wetgever om de aan een gedetineerde opgelegde verplichting om zich tot op het lichaam -dit wil zeggen geheel- te ontkleden (in de Franstalige toelichting bij artikel 105 wordt gesteld: “obliger le detenu à se deshabiller complètement”), hetgeen impliceert dat zulks ook effectief gecontroleerd wordt, als een fouillering op het lichaam te beschouwen, ook wanneer er geen inspectie gebeurt van de intieme delen. Die uitlegging van de wet wordt versterkt door de vaststelling dat de wetgever ook het bevel om de mond te openen als een fouillering op het lichaam heeft aangemerkt, hetgeen evident een minder ingrijpende aantasting van het eergevoel inhoudt dan een verplichting om zich geheel naakt te laten bekijken.

5.4. Het argument van de verwerende partij dat het Europees Hof van de Rechten van de Mens enkel bijzonder ingrijpende en potentieel vernederende acties als een schending van artikel 3 van het EVRM aangemerkt heeft, doet niets af aan de vaststelling dat de wetgever duidelijk blijk gegeven heeft van de bedoeling om een ontkleding tot op het naakte lichaam als een ernstige aantasting van de persoonlijke waardigheid te beschouwen en dergelijke fouillering afhankelijk te stellen van een voorafgaande toelating van de gevangenisdirecteur.

5.5. De weigering van de verzoeker om de instructies met betrekking tot het volledig onderzoek aan zijn kledij, waarbij hij zich volledig diende uit te kleden, op te volgen, kon hem niet op rechtmatige wijze als tuchtfeit

worden aangerekend, nu de door artikel 108, § 2, van de basiswet vereiste geïndividualiseerde beslissing van de directeur niet voorlag.

Het middel is gegrond.

B. Bijkomend middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. In zijn memorie van wederantwoord voert de verzoeker als bijkomend middel de schending van artikel 6.1 van het EVRM aan.

Hij zet uiteen dat zijn recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter in deze niet werd gerespecteerd. Het tuchtcollege wordt voorgezeten en de straffen worden uitgesproken door de directeur van de gevangenis, het tuchtrapport wordt opgesteld door een personeelslid waarvan de directeur zijn overste is. De directeur kan zowel reglementen opstellen als tuchtgeschillen beslechten. Een rechtsprekend orgaan moet een minimum aan garanties inzake onpartijdigheid waarborgen. Dit algemeen rechtsbeginsel vindt op alle rechtscolleges toepassing, dus ook op de directeur van de strafinrichting wanneer hij het tuchtcollege voorzit. Uit de memorie van toelichting van de basiswet betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerden van 12 januari 2005, staat dat de regeling inzake het tuchtregime van gedetineerden zoals opgenomen in het koninklijk besluit van 21 mei 1965 houdende algemeen reglement van de strafinrichtingen niet beantwoordt aan de eisen van artikel 6 van het EVRM en evenmin aan de aanbevelingen van de Europese Gevangenisregels. De artikelen in de basiswet betreffende de tuchtprocedure willen hieraan tegemoet komen, maar zijn tot op heden nog niet in werking getreden. Er dient, op grond van artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, aan “het Hof van Justitie van de Europese Unie” een prejudiciële vraag te worden gesteld naar de verenigbaarheid van het huidige

geldende tuchtregime waarbij het tuchtcollege wordt voorgezeten door de directeur van de strafinrichting met artikel 6.1 van het EVRM.

Beoordeling

6.2. Teneinde de rechten van verdediging van de verwerende partij te vrijwaren, diende het middel, waarvan niet blijkt dat de grondslag ervan pas na het indienen van het verzoekschrift aan het licht is kunnen komen, in het verzoekschrift te worden ontwikkeld.

Het middel is onontvankelijk.

De vraag die de verzoeker aan “het Hof van Justitie van de Europese Unie” wenst te stellen, heeft betrekking op een onontvankelijk middel en dient alleen al om die reden niet te worden gesteld.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 9 februari 2010 van de gevangenisdirecteur van Brugge waarbij aan Mark Grootaert de tuchtsanctie wordt opgelegd van één week strikt, van 6 februari 2010 tot en met 12 februari 2010.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 november 2011, door de Raad van State, XlVe kamer, samengesteld uit:

André Beirlaen,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Stephan De Taeye,	staatsraad,
bijgestaan door	
Christophe Verhaert,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Christophe Verhaert

André Beirlaen