

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIV^e KAMER

A R R E S T

**nr. 228.063 van 14 juli 2014
in de zaak A. 208.449/XIV-34.867**

In zake : Mark GROOTAERT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jürgen Millen
kantoor houdend te 3730 Hoeselt
Tongersesteenweg 4, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Justitie

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 6 april 2013, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de gevangenisdirecteur van Hasselt van 5 februari 2013 waarbij aan verzoeker de tuchtsanctie wordt opgelegd van “1 week individueel regime van 02.02.2013 tem 09.02.2013 om 16u30 (wandelen op de grote individuele wandelkoer)”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 mei 2014.

Staatsraad Carlo Adams heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Valerie Kruijen, die loco advocaat Jürgen Millen verschijnt voor verzoeker, en attaché Eva De Cock, 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. Verzoeker is opgesloten in de gevangenis van Hasselt wanneer op 2 februari 2013 ten laste van hem een rapport aan de directeur wordt opgesteld. Hierin staat de volgende observatie:

“(…)
Gedetineerde Grootaert Mark weigerde zich te onderwerpen aan een grondige kledijfouille. Zodoende hebben we alleen een celcontrole gedaan.
(...)”

Op dezelfde dag wordt aan verzoeker een voorlopige maatregel opgelegd bestaande uit een verplicht verblijf in de toegewezen verblijfsruimte.

Op 5 februari 2013 wordt verzoeker gehoord in aanwezigheid van zijn raadsman. In het verslag van de hoorzitting staat het volgende :

“(…)

Betrokkene: Het verbaast me dat ik de veiligheid zou overtreden hebben?! Wat heb ik met de interne veiligheid te maken?? Kan iemand me dit eens uitleggen? Ik heb een Arrest van Raad van State dewelke handelt over een incident van 26.07.2011. Dit is juist hetzelfde. De Raad van State heeft me toen gelijk gegeven! Ik heb geweigerd om naakt te gaan.

Dir.: Hier gaat het om een kledijfouille en niet om een naaktfouille!

Betrokkene: Jawel, ze wilden me uitkleden. Jullie hebben geen respect voor niets! Mijn dochter is op bezoek geweest en ik heb ze zelfs niet willen aanraken, ik heb ze geen kus, geen hand, niets gegeven zodat jullie me niets kunnen verwijten! Dan zeggen ze nog dat ik drugs zou kunnen doorgeven hebben, ik gebruik niet!!
(…).”

Op 5 februari 2013 wordt als tuchtsanctie opgelegd “1 week individueel regime van 02.02.2013 tem 09.02.2013 om 16u30 (wandelen op de grote individuele wandelkoer)”. Dit is de bestreden beslissing die als volgt is gemotiveerd:

“(…)

- Dat betrokkene zich schuldig heeft gemaakt aan weigering om zich te onderwerpen aan de opgelegde kledijcontrole. Een grondige kledijfouille is geen naaktfouille er dient dus geen individuele beslissing genomen te worden naar de persoon toe.

- Dat betrokkene hierdoor de veiligheid van de inrichting in gevaar heeft gebracht
(....).”

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

A. Belang

Standpunt van de partijen

4.1.1. Verzoeker voert aan dat hij ten onrechte een tuchtsanctie opliep. Hij vraagt nochtans enkel het eerbiedigen van de wet. De opgelegde tuchtsanctie kan een rol spelen bij toekomstige tuchtprocedures. Zij heeft eveneens een invloed bij het eventueel toekennen van uitgaansfaciliteiten of strafuitvoeringsmodaliteiten door respectievelijk de dienst detentiebeheer van het ministerie van Justitie en de strafuitvoeringsrechtbanken. Verzoeker heeft minstens nog een moreel belang

temeer daar hij omtrent de aangehaalde problematiek voorheen reeds gelijk kreeg van de Raad van State.

4.1.2. De verwerende partij stelt in de memorie van antwoord dat verzoeker een hypothetisch belang aanvoert waar hij verwijst naar eventuele beslissingen omtrent de uitgaansfaciliteiten of strafuitvoeringsmodaliteiten die in de toekomst nog zouden kunnen worden genomen. Sedert de inwerkingtreding van de wetten van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelden tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten, en deze houdende oprichting van de strafuitvoeringsrechtbanken, vormen het gedrag van de gedetineerde binnen de gevangenis en dus ook eventuele tuchtbeslissingen te zijnen aanzien geen tegenaanwijzingen meer voor de toekenning van een strafuitvoeringsmodaliteit.

4.1.3. Verzoeker laat in de memorie van wederantwoord gelden dat hij een moreel belang heeft, minstens omdat met een tuchtsanctie rekening kan worden gehouden wanneer verzoeker in de toekomst het voorwerp van een nieuwe tuchtprocedure zou uitmaken.

Beoordeling

4.1.4. Verzoeker, die een tuchtsanctie heeft ondergaan, behoudt in ieder geval een moreel belang om de tuchtstraf aan te vechten. Hij loopt verder het risico dat de bestreden tuchtstraf in aanmerking wordt genomen bij een later op te lopen tuchtstraf. De exceptie wordt verworpen.

B. Exceptie van niet-ontvankelijkheid van het beroep in zoverre dit tegen de collectieve omzendbrief nr. 86 is gericht

Standpunt van de partijen

4.2.1. Verzoeker voert bij de uiteenzetting van het tweede middel aan dat de collectieve brief nr. 86 van 19 februari 2007 betreffende het onderzoek aan de kledij-fouillering op het lichaam-onderzoek van de verblijfsruimte vernietigd dient te worden aangezien deze in strijd is met een hogere rechtsnorm, met name artikel 108 van de basiswet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van gedetineerden (Basiswet).

4.2.2. De verwerende partij stelt in de memorie van antwoord dat het verzoek tot vernietiging van de collectieve brief nr. 86 van 19 februari 2007 is ingesteld na de beroepstermijn van 60 dagen en bijgevolg laattijdig is.

Beoordeling

4.2.4. Daargelaten de vraag of tegen de collectieve brief nr. 86 van 19 februari 2007 *ratione materiae* een ontvankelijk beroep kan worden ingesteld, is verzoeker niet binnen de beroepstermijn van 60 dagen tegen deze brief opgekomen. De exceptie wordt aangenomen.

V. Onderzoek van de middelen

Tweede middel

Standpunt van de partijen

5.1. Verzoeker werpt de schending op van artikel 108 van de Basiswet. Met die bepaling heeft de wetgever een onderscheid gemaakt tussen het onderzoek aan de kledij en de fouillering aan het lichaam van een gedetineerde, met het oogmerk te voorkomen dat een onderzoek aan de kledij zou uitlopen op een fouillering aan het lichaam. Zowel tijdens de parlementaire voorbereiding als in artikel 108 van de Basiswet heeft de wetgever het karakter van de fouillering op

het lichaam onderstreept. De wetgever heeft niet de bedoeling om de gedetineerden systematisch te laten uitkleden bij een eenvoudig onderzoek aan de kledij. Artikel 108, § 2, van de Basiswet voorziet dat de voorwaarden cumulatief vervuld moeten worden opdat een fouillering op het lichaam mag gebeuren door penitentiaire beambten. Een fouille op het lichaam kan alleen dan worden bevolen indien er individuele aanwijzingen zijn dat een onderzoek aan de kledij niet volstaat. Daarnaast is het vereist dat de gevangenisdirecteur, en enkel de gevangenisdirecteur, een onderzoek op het lichaam beveelt. Verzoeker is van oordeel dat hij het voorwerp heeft uitgemaakt van een fouillering op het lichaam die omschreven wordt als een volledige kledijfouille (volledig onderzoek aan de kledij) zoals omschreven door de collectieve brief nr. 86. Verzoeker, die het bevel kreeg om zich volledig te ontkleden (naakt) voor een penitentiair beampte, werd dan ook onderworpen aan een onderzoek aan het lichaam zonder dat dit evenwel voorafgegaan werd door het ter kennis brengen van de afzonderlijke beslissing van de gevangenisdirecteur waarin de individuele aanwijzingen worden vermeld dat een onderzoek aan de kledij niet volstaat. Hierbij verwijst verzoeker naar de arresten van de Raad van State nrs. 216.723, 216.284, 217.535, 220.927 en 224.132.

5.2. De verwerende partij stelt in de memorie van antwoord dat geen fouillering op het lichaam werd uitgevoerd, maar een volledig onderzoek aan de kledij overeenkomstig artikel 108, § 1, van de Basiswet. Een gedetineerde mag aan zijn kledij worden onderzocht door de daartoe door de directeur gemandateerde leden van het bewakingspersoneel wanneer dit in het belang van de handhaving van de orde of de veiligheid noodzakelijk is. Indien de gedetineerde aldus een bevel van gemandateerde leden van het bewakingspersoneel om in het belang van de handhaving van de orde en de veiligheid een onderzoek aan de kledij te ondergaan naast zich neerlegt, maakt hij zich hiermee schuldig aan de in artikel 130, 3°, van de Basiswet omschreven tuchtinbreuk ("het geen gevolg geven aan de aanmaningen en de bevelen van het personeel van de gevangenis") en kan hij hiervoor dus rechtmatig tuchtrechtelijk gesanctioneerd worden. De wetgever had het zelfrespect van de gedetineerde voor ogen en heeft dus de aantasting van

het eerbaarheidsgevoel als criterium vooropgesteld. Dit betekent volgens de verwerende partij dat in de praktijk moet worden nagegaan of het volledige onderzoek aan de kledij, zoals het in de praktijk gebeurt, 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.

De verwerende partij vervolgt dat het middel bovendien juridische grondslag mist. De Basiswet streeft twee doelstellingen na. Enerzijds heeft de gedetineerde recht op een menswaardige behandeling en respect voor zijn persoon, anderzijds dient de maatschappij haar veiligheid te garanderen. De wetgever heeft de doelstelling van handhaving van de orde en veiligheid uitdrukkelijk in de wet ingeschreven (artikelen 2 en 105 van de Basiswet). De wetgever wenste een grens te stellen voor intieme fouillering, wat voorheen een ingeburgerde praktijk was in de gevangenis, terwijl dit in het kader van het gerechtelijk onderzoek streng is geregeld (artikel 90bis van het Wetboek van Strafvordering). De wetgever wil de “aantasting van het eergevoel” in de mate van het mogelijke beperken en de “ingrijpende maatregelen” aan strengere voorwaarden koppelen. De wet zelf bevat weliswaar geen definitie van de begrippen “fouillering op het lichaam” of “onderzoek aan de kledij”, doch de voorbereidende werken geven aan wat dient te worden verstaan onder “fouillering op het lichaam”. De wetgever stelt in de voorbereidende werken dat hij de praktijk van de “intieme fouillering” strenger wil regelen. De wettelijke regeling van de “fouillering op het lichaam” slaat dus op de “intieme fouillering”. Het enkele feit dat fouillering op het lichaam volgens de wet niet noodzakelijk met ontkleding gepaard gaat, betekent precies dat voor de wetgever de ontkleding niet het onderscheidend element is. Een fouillering op het lichaam veronderstelt dus niet dat men naakt is (bv. 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. Hieruit leidt de verwerende partij af dat de fouillering op het lichaam ook zonder ontkleding kan en de ontkleding op zich, niet gelijk staat met fouillering op het lichaam. Het enkele feit dat alleen in § 2 sprake is van ontkleding is op zich

onvoldoende om te besluiten dat de wetgever in elk geval ontkleding heeft uitgesloten bij onderzoek aan de kledij. Uit de wet zelf blijkt zeer duidelijk dat het onderscheid bestaat in het voorwerp van het onderzoek. In het ene geval is dat het onderzoek van de kledij en in het andere geval het onderzoek van het lichaam. Het enkele feit dat men naakt is, is niet het onderscheidend criterium dat in de wet is opgenomen. Het schaamtegevoel wordt niet aangetast wanneer men niet aangeraakt wordt en het nazicht van de afgifte van alle kledij zeer discreet gebeurt.

De verwerende partij vermeldt dat het EHRM enkel bijzonder ingrijpende en potentieel vernederende acties als een schending van artikel 3 EVRM beschouwt. Het hof van beroep te Brussel heeft op 11 december 2007 in kort geding reeds besloten dat het onderscheidend element tussen onderzoek aan de kledij en fouillering op het lichaam niet de ontkleding is, maar het voorwerp van het onderzoek. Indien het onderzoek met voldoende respect en proportioneel gebeurt, is er geen bezwaar tegen ontkleding bij onderzoek aan de kledij. 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 gaan staan, met de armen naast het lichaam, men meldt de gevangene dat de cabinedeur zal worden geopend, de cabine wordt enkel geopend om te zien of alle kledij is afgegeven, de kledij wordt nagezien en daarna teruggeven. 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. De verwerende partij benadrukt dat het volledige onderzoek aan de kledij essentieel verschilt van de fouillering op het lichaam: enkel de kledij wordt onderzocht, niet het lichaam. Het lichaam wordt niet onderzocht op

aanwezigheid van voorwerpen, de gedetineerde dient niet zijn haar los te maken, de gedetineerde wordt niet uitgenodigd om zijn voetzolen te tonen, noch de mondholte noch de andere zichtbare lichaamsholten worden onderzocht, de gedetineerde dient niet voorover te buigen, rond te draaien en enkele malen door de knieën te gaan, de gedetineerde dient zijn geslachtsdelen niet te tonen, de gedetineerde mag zelfs eenvoudig met de rug naar de beambte staan, de gedetineerde moet zich niet geheel naakt tonen aan de 2 personeelsleden. De doelstelling van de Basiswet wordt gerespecteerd. Het volledige onderzoek aan de kledij wordt enkel doorgevoerd indien het door de vereisten van orde en veiligheid vereist wordt. Waar in het rapport aan de directeur staat dat verzoeker “de fouille” weigerde te ondergaan, wordt met deze fouille niet een fouillering op het lichaam in de zin van artikel 108, § 2, van de Basiswet bedoeld. Het gevangenispersoneel gebruikte hier verkeerdelijk de terminologie die vroeger binnen het gevangeniswezen werd gehanteerd.

In ondergeschikte orde wil de verwerende partij erop wijzen dat de beslissing tot onderzoek aan de kledij een loutere ordemaatregel uitmaakt, ingegeven door bezorgdheid voor de orde en de veiligheid binnen de inrichting. De Raad van State acht zich zonder rechtsmacht voor ordemaatregelen en kan zich dus uitspreken over de wettelijkheid van een ordemaatregel zonder in te gaan tegen zijn vaste rechtspraak. Bovendien maakt de beslissing tot uitvoering van een volledig onderzoek aan de kledij en het vaststellen van de weigering tot medewerking van de gedetineerde op dit punt, onderdeel uit van de feitenvinding in het kader van de tuchtprocedure. Het komt aan de gevangenisdirectie en niet aan de Raad van State toe om de feiten vast te stellen.

5.3. Verzoeker herneemt in de memorie van wederantwoord in essentie de uiteenzetting van het middel.

5.4. In haar laatste memorie zet de verwerende partij uiteen dat het middel feitelijke grondslag mist waar verzoeker ervan uitgaat dat hij op 2 februari 2013 aan een fouillering op het lichaam werd onderworpen. Zij schetst nogmaals

het onderscheid tussen een volledig onderzoek aan de kledij en een fouillering op het lichaam.

Beoordeling

5.5. Het huidige beroep heeft niet de beslissing tot fouillering op het lichaam van verzoeker tot voorwerp, maar wel de tuchtsanctie die is gesteund op de weigering van de gedetineerde om zich te onderwerpen aan een fouillering op het lichaam. Indien blijkt dat de gedetineerde vermocht zijn medewerking te weigeren aan een dergelijke fouillering, berust de bestreden tuchtsanctie op een onwettige grondslag, hetgeen tot de nietigverklaring van deze beslissing dient te leiden. De weigering om zich aan een onwettige fouille te onderwerpen, kan dan niet als een tuchtfeit worden aangemerkt.

De betwisting in de huidige zaak betreft de ware toedracht van de feiten en de draagwijdte van artikel 108 van de Basiswet. Het komt de Raad van State toe zich in het kader van zijn wettigheidsonderzoek over de juiste interpretatie van een wettelijke bepaling uit te spreken.

5.6. Artikel 108, §§1 en 2, van de Basiswet luidde op het ogenblik van de bestreden beslissing als volgt:

“§ 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.”

Uit de memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat tot de Basiswet heeft geleid, 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, dat artikel 108 van de Basiswet is geworden, 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. (Par. St., Kamer, 2000-2001, DOC 50-1076/001, 250) 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.

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 heeft aangemerkt, doet niets af aan de vaststelling dat de Belgische 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.

De weigering van 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 wettige wijze als tuchtfeit worden aangerekend, nu de door artikel 108, § 2, van de Basiswet vereiste geïndividualiseerde beslissing van de directeur niet voorlag.

Het tweede middel is gegrond en die vaststelling volstaat voor de vernietiging van de bestreden beslissing.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de gevangenisdirecteur van Hasselt van 5 februari 2013 waarbij aan verzoeker de tuchtsanctie wordt opgelegd van “1 week individueel regime van 02.02.2013 tem 09.02.2013 om 16u30 (wandelen op de grote individuele wandelkoer)”.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van veertien juli tweeduizend veertien, door de Raad van State, XIVe kamer, samengesteld uit:

Carlo Adams,	wnd. kamervoorzitter, staatsraad
Stefaan De Taeye,	staatsraad
Pierre Barra,	staatsraad
bijgestaan door	
Nick Hollevoet,	toegevoegd griffier.

De griffier

De voorzitter

Nick Hollevoet

Carlo Adams