

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**XIVe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 223.365 van 2 mei 2013  
in de zaak A. 203.746/XIV-33.997**

In zake : Daisy WALSMANN  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Mathieu Langerock  
kantoor houdend te 8310 Sint-Kruis  
Dampoortstraat 5  
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 21 februari 2012, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de directie van de gevangenis van Brugge van 16 februari 2012, waarbij aan de verzoekster de tuchtsanctie wordt opgelegd van “verbod om deel te nemen aan culturele, sportieve of ontspanningsactiviteiten in gemeenschappelijk verband: individuele wandeling 1 week van 17/02/2012 tot en met 23/02/2012”.

*II. Verloop van de rechtspleging*

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

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 april 2013.

Kamervoorzitter André Beirlaen heeft verslag uitgebracht.

Attaché Wim Van Brussel, die verschijnt voor de verwerende partij, is 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. De verzoekster zit op het moment van de bestreden tuchtprocedure in de strafinrichting van Brugge.

Op 11 februari 2012 wordt er ten laste van de verzoekster een rapport aan de directeur opgesteld waarin onder meer het volgende wordt vermeld:

“(…)

Bij vermoeden van beambte van doorgeven tabak op de wandeling, hebben we Daisy na de wandeling een foullering op het lichaam gegeven. Ze had inderdaad een hele zak tabak bij zich die niet van haar was. Ze had dit gekregen van Pierloot Kelly. Daisy zei ons nog dat eigenlijk was om (nog eens) door te geven en dat ze dit verder zou proberen tot dit lukte.

(…)”.

Later op de dag wordt een tweede rapport aan de directeur ten laste van de verzoekster opgesteld:

“(…)

Daisy WALSMANN kwam mij een omslag met 5 sigaretten afgeven tijdens de PZ. Ze beweerde die van Kelly Pierloot gekregen te hebben. Daisy heeft alleen zelfgerolde sigaretten zonder filter op cel.

(…)”.

Op 11 februari 2012 wordt aan de verzoekster meegedeeld dat tegen haar een tuchtprocedure wordt opgestart. De verzoekster wil een beroep doen op een raadsman.

Op 16 februari 2012 wordt de verzoekster in het bijzijn van haar raadsman gehoord. In het verslag van de hoorzitting staat, onder meer, het volgende:

“(…)

De advocaat stelt dat de tuchtproblematiek zich afspeelt na een fouille. Hij stelt dat een tuchtsanctie na een naaktfouille niet wettig is en dus dient geannuleerd te worden. De advocaat stelt dat zijn cliënte voorafgaandelijk de beslissing voor een naaktfouille niet heeft gezien.

De betrokkene stelt ook dat ze dat blad voor die fouille niet heeft gezien.

De advocaat stelt dat ze inderdaad geen tabak mag doorgeven.

(…)”.

Aan de verzoekster wordt op 11 februari 2012 als tuchtsanctie opgelegd “verbod om deel te nemen aan culturele, sportieve of ontspanningsactiviteiten in gemeenschappelijk verband: individuele wandeling 1 week van 17/02/2012 tot en met 23/02/2012”. Dit is de bestreden beslissing die, onder meer, gesteund is op de volgende overwegingen:

“(…)

Betrokkene kreeg tabak via een medegedetineerde.

Gelet de betrokkene de feiten erkent.

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)

Zijn verboden : verkopen, ruilingen, leningen, schenkingen en andere gelijkaardige handelingen tussen gedetineerden, behoudens toelating van de directeur. (p. 11 huishoudelijk reglement)

De Directeur heeft de dwingende plicht om de orde en de veiligheid o.a. ten aanzien van het personeel, gedetineerden en goederen te handhaven. (cfr. art. 105 § 2 van de Basiswet 12.1.2005)

We zijn van oordeel dat de orde en de veiligheid op geen enkele andere manier kan gevrijwaard worden dan door het opleggen van een tuchtsanctie.

De opgelegde tuchtsanctie is o.i. evenredig aan de bedreiging die uitging van de tuchtrechterlijke inbreuk en is voldoende om te verhelpen hieraan.

Gelet de collectieve brief nr. 86 van 19/02/2007 stelt dat betrokkene een copie kan krijgen van het formulier "fouille op het lichaam", en dit op zijn vraag.

(…)”.

#### *IV. Ontvankelijkheid van het beroep*

4.1. In haar memorie van antwoord stelt de verwerende partij dat de verzoekster niet aantoonbaar welk rechtstreeks en persoonlijk voordeel zij nog kan hebben bij de vernietiging van de bestreden beslissing.

4.2. De verzoekster antwoordt dat het belang niet verloren gaat doordat de bestreden tuchtsanctie volledig is ondergaan. Deze beslissing heeft gevolgen voor de reclassering en de toekenning van strafuitvoeringsmodaliteiten. De bestreden beslissing kan in aanmerking worden genomen bij een eventuele later op te lopen tuchtstraf. In elk geval heeft zij nog een moreel belang.

4.3. De verzoekster die een tuchtsanctie heeft ondergaan, behoudt een moreel belang om de tuchtstraf aan te vechten. Bovendien loopt zij het risico dat de bestreden tuchtstraf in aanmerking wordt genomen bij een later op te lopen tuchtstraf.

De exceptie dient verworpen.

#### *V. Onderzoek van het enig middel*

##### *5. Standpunt van de partijen*

5.1. De verzoekster roept de schending in van artikel 108, § 2, van de wet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerden (hierna: de Basiswet). Dit wetsartikel garandeert dat een gedwongen fouillering op het lichaam slechts kan plaatsvinden na een bevel daartoe van de gevangenisdirecteur. Dit houdt in dat de gedetineerde in kennis moet worden gesteld van die beslissing alvorens hij gedwongen kan worden het onderzoek op het lichaam te ondergaan. Er werd aan de verzoekster voorafgaand aan de fouillering op het lichaam geen wettelijk voorgeschreven toelating van de gevangenisdirecteur voorgelegd. Zij heeft in ieder geval het stuk niet voor ontvangst ondertekend en er is ook niet genoteerd dat de verzoekster

weigerde te tekenen. Bovendien moet de directie van de gevangenis van Brugge zelf in staat zijn in alle duidelijkheid het noodzakelijk bewijs te leveren dat de beslissing van de directeur de fouillering op het lichaam van 11 februari 2012 voorafging. De verzoekster verwijst naar de arresten 206.818 en 216.723 van de Raad van State waarbij een gelijkaardig middel gegrond werd geacht. Gezien de fouillering op het lichaam niet werd voorafgegaan door een afzonderlijke beslissing van de gevangenisdirecteur, moet worden geconcludeerd dat artikel 108, § 2 van de Basiswet werd geschonden en dat de bestreden beslissing nietig is.

5.2. De verwerende partij antwoordt dat de beslissing tot fouillering op het lichaam een loutere ordemaatregel is. Er werd vanuit de bezorgdheid van de orde en veiligheid binnen de strafinrichting gevreesd. De Raad van State heeft zich in het verleden onbevoegd verklaard om kennis te nemen van beroepen gericht tegen ordemaatregelen. Bovendien maakt de beslissing tot het uitvoeren van een fouillering op het lichaam en het tijdens de fouillering aantreffen van verboden substanties onderdeel uit van de feitenvinding in het kader van de tuchtprocedure. Het komt niet aan de Raad van State toe om zelf een onderzoek te voeren naar het bewijs van de aan de betrokkene ten laste gelegde feiten. Bij het nemen van de tuchtbeslissing stelde de directeur impliciet maar duidelijk vast dat er geen reden was om te twijfelen aan het correcte verloop van de fouillering op het lichaam en aan de waarheidsgetrouwheid van het rapport aan de directeur. Bovendien is het zo dat op basis van de Antigoonrechtspraak van het Hof van Cassatie het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal enkel tot bewijsuitsluiting leidt in 3 gevallen, met name wanneer de naleving van bepaalde vormvoorwaarden voorgeschreven is op straffe van nietigheid, wanneer de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, wanneer het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces. Buiten deze 3 gevallen wordt de sanctie van bewijsuitsluiting niet toegepast. In de veronderstelling dat de wet zou vereisen dat de beslissing tot fouillering aan de gedetineerde voorafgaandelijk moet worden meegedeeld, hetgeen niet het geval is, dient benadrukt dat de wet geen (nietigheids)sanctie voorziet wegens het niet of laattijdig ter kennis brengen van de beslissing tot fouillering. De betrouwbaarheid van het bewijs wordt niet

aangetast en het gebruik van het bewijs is niet strijdig met het recht op een eerlijk proces. Dit bewijs mag niet worden uitgesloten. In artikel 108, § 2, van de Basiswet wordt enkel gewag gemaakt van een “afzonderlijke beslissing”, maar wordt niet gestipuleerd dat deze afzonderlijke beslissing tot fouillering op het lichaam schriftelijk moet ter kennis worden gebracht. Een beslissing van de gevangenisdirecteur moet wel schriftelijk worden genomen indien de Basiswet hier uitdrukkelijk in voorziet, zoals dit wel het geval is in diverse artikels in de wet. Uit artikel 149 Basiswet blijkt dat de wetgever het nemen van mondelinge beslissingen heeft aanvaard. In de penitentiaire context moet kort op de bal worden gespeeld wanneer de orde en de veiligheid in het gedrang komen en is het niet altijd mogelijk om een beslissing onmiddellijk op schrift te stellen. Indien voorafgaand aan elke fouillering op het lichaam waartoe beslist werd door de gevangenisdirecteur deze beslissing op schrift zou moeten worden gesteld en ter kennis zou moeten worden gebracht van de gedetineerde alvorens de fouillering te kunnen uitvoeren, zou er zeer veel kostbare tijd verloren gaan met het oog op het ontdekken van verboden voorwerpen of substanties. In de gevangenis dient prompt, efficiënt en daadkrachtig te worden opgetreden zodra de orde en de veiligheid in het gedrang komen. Het is nooit de bedoeling geweest om zoveel kostbare tijd verloren te laten gaan door de directeur te verplichten elke fouillering op het lichaam die hij neemt voorafgaand aan de fouillering op schrift te stellen en ter kennis te brengen van de gedetineerde. Een afzonderlijke beslissing van de directeur voorafgaand aan elk onderzoek aan de kledij wordt aldus niet voorgeschreven door artikel 108, § 1, Basiswet. Bij de fouillering op het lichaam stelt de wet de bijkomende voorwaarde van een afzonderlijke beslissing. Deze waarborg werd in de wet ingeschreven teneinde te vermijden dat deze fouilleringen op het lichaam routinematig zouden worden uitgevoerd. De laattijdigheid van de kennisgeving kan de rechtmatigheid van de tuchtsanctie niet aantasten. Deze zienswijze wordt door de Raad van State aangenomen in het arrest 200.609 van 8 februari 2010. Gelijkaardig hieraan is het vaste rechtspraak van de Raad van State dat het overschrijden van de termijnen uit de tuchtprocedure de regelmatigheid van die procedure niet aantast. Er wordt namelijk in geen enkele tekst met verordenend karakter voorzien in een sanctie in geval van een

overschrijding van die termijn. Er kan een link worden gelegd met de fouillering door de politie zoals bepaald in artikel 28 van de wet op het politieambt van 5 augustus 1992. Artikel 28, § 2, heeft het over de gerechtelijke fouillering. Dit bestaat uit de betasting van het lichaam en de kledij en de controle van de bagage door een politieambtenaar, waarbij de burger verplicht kan worden zich volledig uit te kleden. Overeenkomstig dit artikel gebeurt de gerechtelijke fouillering overeenkomstig de richtlijnen en onder verantwoordelijkheid van een officier van gerechtelijke politie. Er is hierbij niet voorzien dat de fouillering pas kan worden uitgevoerd nadat aan de burger een schriftelijke beslissing tot gerechtelijke fouillering van de officier van gerechtelijke politie overhandigd werd.

5.3. De verzoekster repliceert dat het beroep gericht is tegen de tuchtmaatregel, een beslissing die wel voor vernietiging door de Raad van State vatbaar is. De onregelmatigheid omtrent de fouillering kan wel tot de vernietiging van de bestreden tuchtsanctie leiden. Er kan ter zake worden verwezen naar de arresten 209.853 en 216.723 van de Raad van State. Wat de verwijzing naar de Anigoon-rechtspraak van het Hof van Cassatie betreft, dient te worden opgemerkt dat de Raad van State niet bevoegd is om zich over de opportuniteit van een beslissing tot fouillering op het lichaam uit te spreken en evenmin kan overgaan tot het vaststellen van de tuchtrechtelijke feiten. Er wordt aan de Raad van State niet verzocht om als een rechter in hoger beroep, zelf een tuchtrechtelijk onderzoek te voeren. De bestreden beslissing is gesteund op een fouillering op het lichaam die strijdig is met artikel 108, § 2, van de Basiswet. Het weze benadrukt dat de voorafgaandelijke schriftelijke toestemming een substantiële rechtsvorm is, omdat het artikel strekt tot waarborg van een grondrecht, met name het recht op fysieke integriteit. De verwerende partij interpreteert artikel 108, § 2, verkeerd. De wetgever beschouwt immers het onderzoek op het lichaam als een ingrijpende maatregel die uitzonderlijk dient te worden toegepast. De wetgever heeft door het invoeren van artikel 108, § 2, een bijkomende waarborg willen invoeren voor gedetineerden. De effectiviteit van deze waarborg alsook de rechtszekerheid vereisen dat de beslissing tot fouillering voorafgaandelijk en schriftelijk aan de gedetineerden moet worden voorgelegd. De verwerende partij slaagt er niet in te

bewijzen dat de gevangenisdirecteur voorafgaandelijk een beslissing tot fouillering heeft genomen zodat moet worden aangenomen dat de gevangenisdirecteur na de fouillering op het lichaam overging tot bevestiging van de beslissing. Het bestaan van een individueel en voorafgaand bevel wordt niet vermoed, maar moet worden bewezen. De gedetineerde moet in kennis worden gesteld alvorens hij gedwongen kan worden het onderzoek op het lichaam te ondergaan. Hoe kan anders worden bewezen dat artikel 108, § 2 wordt gerespecteerd. De penitentiaire beampten kunnen daarover niet zelf een voorlopig standpunt innemen en deze na de fouillering op het lichaam laten legaliseren door een beslissing van de gevangenisdirecteur. Wat de noodzaak van snel en efficiënt optreden betreft, kan worden verwezen naar de overwegingen in 's Raads arrest nr. 217.652. De link met de fouillering door de politie zoals bepaald in artikel 28 van de wet op het politieambt van 5 augustus 1992 is niet ter zake. Laatstgenoemde wet streeft een andere doelstelling na. Het valt hierbij onmiddellijk op dat de bewoordingen van artikel 28 van de wet op het politieambt van 5 augustus 1992 veel minder verregaand en strikt zijn dan artikel 108, § 2. De Basiswet van 12 januari 2005 is nooit bedoeld om de orde en veiligheid van de penitentiaire inrichtingen te laten primeren ten koste van de rechten van de gedetineerden. De directie van de gevangenis van Brugge dient de wettelijke bepalingen van de Basiswet na te leven. Tot slot kan worden verwezen naar een belangrijk en recent arrest van de Raad van State, DEWITTE, nr. 216.723 van 7 december 2011. De wetgever heeft met de regeling een evenwicht willen nastreven tussen veiligheid en orde, enerzijds, en de bezorgdheid voor de rechten van de gedetineerden, anderzijds.

## *6. Beoordeling*

6.1. De verzoekster roept de schending in van artikel 108, § 2, van de Basiswet.

6.2.1. Het voorliggend beroep heeft niet de beslissing tot fouillering op het lichaam van de verzoekster tot voorwerp, maar de tuchtsanctie waartegen op ontvankelijke wijze een beroep bij de Raad van State werd ingesteld. De bestreden

tuchtsanctie is gesteund op bevindingen die het gevolg zijn van de foullering op het lichaam. Indien blijkt dat deze bevindingen op een onwettige wijze tot stand zijn gekomen, dringt zich de vaststelling op dat de bestreden tuchtsanctie op een onwettige grondslag berust, hetgeen, ongeacht de door de verwerende partij aangevoerde rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot bewijsuitsluiting en niettegenstaande de vaststelling van de gevangenisdirecteur dat er geen reden was om te twijfelen aan het correcte verloop van de foullering, tot de nietigverklaring van deze beslissing dient te leiden.

6.2.2. Artikel 108, §§ 1 en 2, van de Basiswet luidt 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 foullering op het lichaam bevelen, zo nodig met ontkleding en het uitwendig schouwen van de openingen en de holten van het lichaam.

De foullering 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.”.

6.2.3. Artikel 108, § 2, van de Basiswet maakt de foullering op het lichaam afhankelijk van een individueel bevel van de gevangenisdirecteur. Het bestaan van een individueel en voorafgaand bevel, als bedoeld in voormeld artikel, wordt niet vermoed. De penitentiaire beampten zelf kunnen daarover geen standpunt innemen, ook geen voorlopig. Het tegendeel aannemen miskent het opzet van de wetgever, die het onderzoek op het lichaam, wegens de aantasting van het eergevoel, als een veel ingrijpender maatregel dan het onderzoek aan de kledij aanmerkt en dit om 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”, en die daarvoor “een beperkende regeling” ingevoerd heeft, door inzonderheid het onderzoek

afhankelijk te maken van een beslissing, geval per geval, van de gevangenis-directeur.

Artikel 108, § 2, van de Basiswet garandeert aan de gevangene dat een gedwongen foullering op het lichaam slechts kan plaatsvinden na een bevel daartoe van de gevangenisdirecteur. Dat houdt in dat de gevangene in kennis wordt gesteld van die beslissing alvorens hij gedwongen kan worden het onderzoek op het lichaam te ondergaan. Waarmee het bestuur dan ook in alle duidelijkheid het noodzakelijk bewijs levert dat de beslissing van de directeur aan de fouille op het lichaam voorafgaat.

Teneinde de Raad van State toe te laten om na te gaan of de aan een tuchtsanctie voorafgaande beslissing van de directeur tot fouille op het lichaam van een gedetineerde met inachtneming van de wettelijke waarborgen voor deze laatste is geschied, moet uit het administratief dossier blijken dat het bevel tot foullering op het lichaam voorafgaandelijk aan de gedetineerde ter kennis is gebracht.

6.2.4.           Noch de door de verwerende partij aangevoerde omstandigheid dat in andere bepalingen van de Basiswet uitdrukkelijk wordt vermeld dat een beslissing schriftelijk aan de gedetineerde ter kennis wordt gebracht, noch het betoog van deze partij dat artikel 149 van de Basiswet aantoonde dat de wetgever het nemen van mondelinge beslissingen heeft aanvaard en artikel 105, § 2 van de Basiswet de verantwoordelijkheid voor de handhaving van de orde en de veiligheid bij het inrichtingshoofd en het onder zijn leiding en gezag staand personeel legt, noch haar verwijzing naar het principe van het “*privilège du préalable*”, doen aan het voormelde enige afbreuk.

6.2.5.           De door de verwerende partij aangevoerde vereiste dat snel en efficiënt moet kunnen opgetreden worden, teneinde te vermijden dat verboden voorwerpen en substanties niet tijdig door foullering op het lichaam zouden ontdekt kunnen worden en de gevangenis zouden worden binnengesmokkeld, is niet van aard om een uitholling van de door artikel 108, § 2, van de Basiswet aan de gedetineerde geboden garantie, zoals vastgesteld onder randnummer 6.2.3., te

verantwoorden, temeer nu de verwerende partij niet aantoont, noch aannemelijk maakt, dat een schriftelijk bevel, anders dan een mondeling of telefonisch bevel, dermate vertragend zou werken dat de orde en de veiligheid in de gevangenis in het gedrang zouden komen. Dit geldt nog meer, gelet op de huidige telecommunicatiemiddelen en de mogelijkheid tot het gebruik van voorgedrukte formulieren.

6.2.6. De verwerende partij legt geen bewijs voor dat het bevel tot fouillering op het lichaam voorafgaandelijk aan de verzoekster ter kennis werd gebracht. Overeenkomstig het gestelde onder randnummer 6.2.1., vitieert de onrechtmatigheid van deze fouillering de bestreden beslissing.

### **BESLISSING**

**1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de directie van de gevangenis van Brugge van 16 februari 2012, waarbij aan de verzoekster als tuchtsanctie wordt opgelegd “verbod om deel te nemen aan culturele, sportieve of ontspanningsactiviteiten in gemeenschappelijk verband: individuele wandeling 1 week van 17/02/2012 tot en met 23/02/2012”.**

**2. 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 2 mei 2013,  
door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

|                      |                  |
|----------------------|------------------|
| André Beirlaen,      | kamervoorzitter, |
| Carlo Adams,         | staatsraad,      |
| Bert Thys,           | staatsraad,      |
| bijgestaan door      |                  |
| Christophe Verhaert, | griffier.        |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Christophe Verhaert**

**André Beirlaen**