

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIV^e KAMER

A R R E S T

**nr. 228.062 van 14 juli 2014
in de zaak A. 206.304/XIV-34.521**

In zake : Mike CONSTANT
 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 11 september 2012, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de directie van de gevangenis van Brugge van 29 augustus 2012, waarbij aan verzoeker de tuchtsanctie wordt opgelegd van “bezoek van familieleden (...) in een lokaal voorzien van een transparante wand – 3 weken van 29/08/2012 tot en met 18/09/2012”.

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.

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

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

Staatsraad Carlo Adams heeft verslag uitgebracht.

Attaché Eva De Cock, 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. Verzoeker is opgesloten in de strafinrichting van Brugge wanneer op 24 augustus 2012 ten laste van hem een rapport aan de directeur wordt opgesteld waarin onder meer het volgende staat:

“(…)
Na het bezoek werd gedetineerde Constant Mike aan een speciale naaktfouille onderworpen. Daar hebben wij (...) 2 briefjes van 50 € gevonden in zijn handpalm.
(...)”

Op dezelfde dag wordt aan verzoeker meegedeeld dat een tuchtprocedure tegen hem wordt opgestart. Verzoeker geeft aan beroep te willen doen op een raadsman.

Op 29 augustus 2012 wordt verzoeker in het bijzijn van zijn raadsman gehoord. De raadsman van verzoeker geeft aan dat de betrokkene geen beslissing heeft gekregen van de naaktfouille zodat de fouille niet correct is gebeurd en er geen sanctie kan volgen.

Op 29 augustus 2012 wordt aan verzoeker als tuchtsanctie opgelegd “bezoek van familieleden (...) in het lokaal met transparante wand – 3 weken van 29/08/2012 tot en met 18/09/2012”. Dit is de bestreden beslissing die als volgt is gemotiveerd:

“(...

Gelet betrokkene na het bezoek in het bezit was van 100 euro.

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

De gedetineerde heeft niet het recht om in de gevangenis contant geld te bezitten. (basiswet art. 46 §1)

Gelet op 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.

Gezien betrokkene geen copie heeft gevraagd.

Gezien betrokkene in het bezit gesteld werd van een copie van het formulier fouille op het lichaam.

Gelet de feiten tijdens het bezoek of tijdens de beweging naar het bezoek plaatsvonden.

Gelet de feiten gelieerd zijn aan de sanctie.

(...).”

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4.1. Verzoeker voert aan dat hij onmiddellijk en rechtstreeks wordt geraakt door de bestreden beslissing. Het betreft immers een administratieve rechtshandeling van een administratieve overheid.

4.2. De verwerende partij stelt in de memorie van antwoord dat de omschrijving in het verzoekschrift van het belang algemeen en vaag is en dat verzoeker niet aantoont welk rechtstreeks en persoonlijk voordeel hij kan hebben bij de vernietiging van de bestreden beslissing. Zij acht het verzoekschrift niet-ontvankelijk.

4.3. Verzoeker laat in de memorie van wederantwoord gelden dat het belang niet verloren gaat doordat de bestreden tuchtsanctie volledig is ondergaan. De bestreden beslissing heeft gevolgen voor de reclassering en de toekenning van

strafuitvoeringsmodaliteiten en zij kan in aanmerking worden genomen bij een eventuele later op te lopen tuchtstraf. Verzoeker heeft in ieder geval nog een moreel belang.

Beoordeling

4.4. 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.

Verzoeker heeft wel degelijk een geoorloofd belang om een tuchtmaatregel aan te vechten indien blijkt dat de bevindingen waarop de bestreden beslissing is gesteund op een onwettige wijze tot stand zijn gekomen en dat de bestreden tuchtsanctie daardoor op een onwettige grondslag berust. De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het middel

Standpunt van de partijen

5.1. Verzoeker werpt in een enig middel de schending op van artikel 108, § 2, van de basiswet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van gedetineerden (Basiswet) en licht dit toe als volgt:

“Artikel 108, §2 van de Basiswet van 12.01.2005 bepaalt uitdrukkelijk dat een foullering op het lichaam door een afzonderlijke beslissing van de gevangenisdirecteur moet worden voorafgegaan.

Artikel 108, §2 van de Basiswet van 12.01.2005 garandeert bijgevolg aan de gedetineerde dat een gedwongen foullering 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.

In casu werd er aan de verzoeker voorafgaandelijk geen wettelijk

voorgeschreven toelating van de gevangenisdirecteur voorgelegd.

Verzoeker heeft in ieder geval het stuk niet voor ontvangst ondertekend en er is ook niet genoteerd dat verzoeker weigerde te tekenen.

Bovendien moet de directie van de gevangenis te Brugge zelf in staat zijn in alle duidelijkheid het noodzakelijk bewijs te leveren dat de beslissing van de directeur de foullering op het lichaam dd. 24.08.2012 voorafging.

Verzoeker verwijst hieromtrent verder naar de arresten van de Raad van State nr. 206.818 van 26.07.2010, nr. 216.727 van 07.12.2011, nr. 217.652 van 01.02.2012 en nr. 218.695 van 28.03.2012.

Gezien de foullering op het lichaam dd. 24.08.2012 niet werd voorafgegaan door een afzonderlijke beslissing van de gevangenisdirecteur, moet worden geconcludeerd dat artikel 108, §2 van de basiswet van 12.01.2005 werd geschonden en dat de tuchtsanctie van de gevangenisdirectie te Brugge dd. 29.08.2012 nietig is.”

5.2. De verwerende partij antwoordt hierop als volgt:

“4.1 In een enig middel voert verzoeker een schending van artikel 108 §2 van de Basiswet aan gezien de foullering op het lichaam, die op 24 augustus 2012 bij hem werd uitgevoerd, niet zou zijn voorafgegaan door een afzonderlijke beslissing van de gevangenisdirecteur.

4.2 Hierna wenst verwerende partij verder duidelijk te maken dat (1) het niet op schrift stellen (ook al gebeurde dit in casu wel) en (2) het niet op voorhand aan de gedetineerde overhandigen van de beslissing van de directeur tot foullering op het lichaam, geenszins een schending van artikel 108, § 2, van de Basiswet uitmaakt.

4.3 Eerst en vooral wil verweerder erop wijzen dat de beslissing tot foullering op het lichaam een loutere ordemaatregel uitmaakt. Deze maatregel werd niet genomen met de bedoeling verzoeker te bestraffen voor onbetamelijk gedrag maar wel uit bezorgdheid voor de orde en de veiligheid binnen de inrichting.

Dat deze ordemaatregelen een andere finaliteit hebben en dus volledig los staan van tuchtsancties kan reeds worden afgeleid uit de structuur van de Basiswet.

Waar de ordemaatregelen opgenomen zijn in titel VII van de wet (orde, veiligheid en gebruik van dwang), worden de tuchtsancties in een andere titel ondergebracht (titel VIII, tuchtregime).

De Raad van State heeft zich tot op heden steeds onbevoegd verklaard om zich uit te spreken over dergelijke ordemaatregelen, die aldus tot doel hebben om de orde en veiligheid binnen de inrichting te vrijwaren (...). Hieruit vloeit voort dat de Raad van State zich niet kan uitspreken over de wettelijkheid van deze ordemaatregel (foullering op het lichaam) zonder in te gaan tegen haar vaste rechtspraak. Bijgevolg kan de Raad van State de vernietiging van een tuchtsanctie niet bevelen op grond van een (vermeende) onregelmatigheid van een ordemaatregel die in de tijd aan de tuchtsanctie voorafging, maar die zelf niet de bestreden beslissing uitmaakt.

Zo heeft de Raad van State ook reeds in verband met voorlopige maatregelen (...) gesteld dat dit ordemaatregelen zijn omdat ze niet worden opgelegd met de bedoeling om de gedetineerde te straffen maar wel uit bezorgdheid voor de orde en de veiligheid (...).

In het geval enkel de tuchtsanctie en niet de voorlopige maatregel

(ordemaatregel dus) voor de Raad van State aangevochten wordt, oordeelde de Raad dat het middel onontvankelijk moet worden verklaard in zoverre het gericht is tegen deze voorlopige maatregel (ordemaatregel) (...).

Naar analogie met deze rechtspraak kan worden gesteld dat in casu het middel onontvankelijk moet worden verklaard in zoverre het gericht is tegen de ordemaatregel, met name tegen de fouillering op het lichaam

4.4 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.

Overeenkomstig vaste rechtspraak van de Raad van State komt het enkel aan de gevangenisdirectie toe om de feiten vast te stellen. De Raad van State is enkel bevoegd om na te gaan of de feitenvinding zorgvuldig gebeurde, of er werd uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens en of de appreciatiebevoegdheid om die feiten als tuchtfeiten aan te merken op zorgvuldige wijze werd uitgeoefend. (...)

Het komt niet aan de Raad van State toe, wanneer zij moet oordelen over een beroep tot nietigverklaring of een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van een tuchtmaatregel, om zelf een onderzoek te voeren naar het bewijs van de aan de betrokkene ten laste gelegde feiten en uit te maken wat naar zijn oordeel als de juiste toedracht van die feiten moet worden beschouwd.

De Raad van State treedt niet op als rechter in hoger beroep die op verzoek van betrokkene de feiten onderzoekt of het onderzoek overdoet (...). Wel kan zij nagaan of de tuchtoverheid op basis van de haar voorliggende gegevens naar recht en redelijkheid tot haar voorstelling van de feiten is kunnen komen en tot het bewezen zijn van de feiten heeft kunnen besluiten.

In casu werd het tuchtfeit (bezit van verboden voorwerpen binnen de gevangenis muren, nl. cash geld) vastgesteld door de beambten die verzoeker onderworpen aan een fouillering op het lichaam na hiertoe van de gevangenisdirecteur (overeenkomstig artikel 108 § 2) het bevel te hebben gekregen. Deze feiten werden genoteerd in het rapport aan de directeur van 24 augustus 2012.

Het komt vervolgens enkel en alleen aan de directeur toe om uit te maken in hoeverre hij de tuchtfeiten bewezen acht en of hij de bewijzen als rechtmatig beschouwt. 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 (want door hemzelf bevolen overeenkomstig artikel 108 § 2 Basiswet) en aan de waarheidsgetrouwheid van het rapport aan de directeur.

En zelfs al zou worden aangenomen dat het bewijsmateriaal op onregelmatige wijze verkregen zou zijn - quod certe non - dan is het bovendien zo dat op basis van de 'Antigoonrechtspraak' van het Hof van Cassatie (...) onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal enkel tot bewijsuitsluiting leidt in drie gevallen:

- wanneer de naleving van bepaalde vormvoorwaarden voorgeschreven is op straffe van nietigheid;
- wanneer de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast. Betrouwbaarheid betekent dat er niet kan getwijfeld worden aan de geloofwaardigheid van het bewijs (men kan er bijvoorbeeld niet aan twijfelen dat een bepaald voorwerp werd gevonden bij een onrechtmatige huiszoeking (...));

- wanneer het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces. Voor de beoordeling hiervan dient te worden gekeken naar de procedure in zijn geheel. Zo kan een onrechtmatig bewijsmiddel nog worden gecompenseerd door bijvoorbeeld correcte tegenspraak, wat betekent dat de verdediging voldoende en adequate mogelijkheden moet hebben gekregen om bewijs á charge en de verkrijging hiervan aan te vechten.

Buiten deze drie gevallen wordt de sanctie van bewijssuitsluiting niet toegepast. (...)

Deze Antigoonrechtspraak van het Hof van Cassatie werd overigens bevestigd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. (...)

In de veronderstelling dat de wet zou vereisen dat de beslissing aan de gedetineerde moet worden meegedeeld, wat niet het geval is, dient te worden benadrukt dat de wet geen (nietigheids)sanctie voorziet wegens het niet of laattijdig ter kennis brengen van de beslissing tot fouillering.

Bovendien wordt de betrouwbaarheid van het bewijs niet aangetast (er kan niet aan getwijfeld worden dat de verboden voorwerpen in het bezit van verzoeker werden aangetroffen) en is het gebruik van het bewijs niet strijdig met het recht op een eerlijk proces (verzoeker kreeg tijdens de tuchtprocedure nog de gelegenheid om met bijstand van een advocaat zijn verdediging te voeren).

Zelfs indien het bewijs dus onrechtmatig zou geweest zijn - wat ten eerste wordt betwist - valt het niet binnen één van de drie voornoemde categorieën en mag het bewijs dus geenszins uitgesloten worden.

- 4.5 Door te beweren dat de gedetineerde in kennis moet worden gesteld van de beslissing tot fouillering op het lichaam alvorens hij gedwongen kan worden de fouillering op het lichaam te ondergaan, miskent verzoeker de bewoordingen van artikel 108 § 2 van de Basiswet.

De interpretatie van een wettekst moet in eerste instantie intra legem zijn, wat wil zeggen dat de wil van de wetgever dient achterhaald te worden aan de hand van de formulering die aan deze wil uitdrukking geeft, i.e. de wettekst zelf. Het uitgangspunt daarbij is de letterlijke interpretatie, dit wil zeggen dat aan elk woord van de wettekst zijn eigen grammaticale betekenis wordt gegeven. Deze betekenis wordt dan vervolgens vastgeknoopt aan de contextuele betekenis (het te interpreteren woord, de te interpreteren zin wordt gelezen in de context van de paragraaf, het artikel, het hoofdstuk, de wet, het rechtssysteem). Wanneer deze letterlijke interpretatie (zo nodig aangevuld met de contextuele) toelaat om vast te stellen dat de tekst volledig helder is, dan stopt de interpretatie, en dan moet ze ook stoppen. Een duidelijke wettekst mag immers volgens vaststaande cassatierechtspraak niet worden geïnterpreteerd. (...)

Welnu, het bewuste artikel 108, § 2, van de Basiswet is een duidelijke wettekst. Het artikel stelt enkel als vereiste dat de beslissing tot fouillering op het lichaam wordt genomen bij "afzonderlijke beslissing" van de gevangenisdirecteur. Het stipuleert op geen enkele wijze dat deze afzonderlijke beslissing schriftelijk moet worden genomen, noch dat deze voorafgaandelijk aan de uitvoering van de fouillering ter kennis van de gedetineerde zou moeten worden gebracht.

Het ligt voor de hand het voorschrift van artikel 108, § 2 te lezen ten opzichte van het voorschrift van artikel 108, § 1. In het vereiste van een "afzonderlijke beslissing" van de directeur, die elke fouillering op het lichaam vooraf dient te gaan, ligt immers net het onderscheid met een onderzoek aan de kledij (artikel 108, § 1).

Bij een onderzoek aan de kledij wordt de gedetineerde aan zijn kledij onderzocht door daartoe door de directeur gemandateerde leden van het bewakingspersoneel, overeenkomstig de door hem gegeven richtlijnen (artikel 108, § 1 Basiswet).

De wet staat de directeur dus toe om aan het bewakingspersoneel vooraf richtlijnen mee te geven die in acht genomen moeten worden met betrekking tot de onderzoeken aan de kledij die in de gevangenis worden uitgevoerd. Een afzonderlijke beslissing van de directeur voorafgaand aan elk onderzoek aan de kledij wordt dus niet vereist door artikel 108, § 1 van de Basiswet.

Bij de fouillering op het lichaam (artikel 108, § 2) daarentegen wordt door de wet de bijkomende voorwaarde van een afzonderlijke beslissing van de directeur wel gesteld. Daar bij dergelijke fouillering de lichamelijke integriteit en het schaamtegevoel van de gedetineerde worden aangetast, verplicht de wet aan de directeur om voorafgaand aan elke fouillering op het lichaam een afzonderlijke beslissing te nemen en aldus te beoordelen of er individuele aanwijzingen zijn op basis waarvan een fouillering op het lichaam zich opdringt.

Deze waarborg (van een afzonderlijke beslissing van de gevangenisdirecteur) werd in de wet ingeschreven teneinde te vermijden dat deze fouilleringen op het lichaam routinematig zouden worden uitgevoerd.(...) Mocht de wetgever hebben geoordeeld dat ook de vereiste van het schriftelijk nemen van die beslissing zou hebben bijgedragen tot het bereiken van de finaliteit (zijnde het vermijden van routine bij fouilleringen op het lichaam), dan had hij die vereiste geëxpliciteerd. Quon non.

Dat deze "afzonderlijke beslissing" niet schriftelijk moet worden genomen (er weze aan herinnerd dat dit in casu wel gebeurde) wordt - voor zover als nodig (de interpretatie van een duidelijke wettekst is immers niet nodig en zelfs verboden - zie hoger) - ook bevestigd door lezing van de rest van de Basiswet. Een beslissing van de gevangenisdirecteur moet enkel schriftelijk genomen worden indien de Basiswet daarin uitdrukkelijk voorziet, zoals dit het geval is in diverse artikelen doorheen de wet:

- Artikel 55 § 3 omtrent briefwisseling van gedetineerden: "Indien de directeur beslist brieven of bijgesloten voorwerpen of substanties niet te bezorgen, wordt de gedetineerde hiervan schriftelijk in kennis gesteld, alsmede van de motieven die aan deze beslissing ten grondslag liggen".
- Artikel 56 § 3 omtrent briefwisseling: "Indien de directeur beslist de brief niet te verzenden, wordt de gedetineerde schriftelijk in kennis gesteld van de motieven die aan de basis liggen van deze beslissing".
- Artikel 59 § 3 omtrent bezoek aan gedetineerden: "De voorlopige ontzegging geschiedt schriftelijk en is met redenen omkleed."
- Artikel 64 § 3 lid 2 omtrent het geheel of gedeeltelijk ontzeggen van het recht om te telefoneren: "De beslissing van de directeur is gemotiveerd en wordt schriftelijk meegedeeld aan de gedetineerde".
- Artikel 77 § 3 lid 2 omtrent het ontzeggen van bepaalde publicaties : "In voorkomend geval wordt de beslissing tot ontzegging met redenen omkleed en schriftelijk ter kennis gebracht van de gedetineerde".
- Artikel 77 § 4 lid 2 omtrent het ontzeggen van bepaalde radio- of televisieprogramma's: "(...). In voorkomend geval wordt de beslissing tot ontzegging met redenen omkleed en schriftelijk ter kennis gebracht

van de gedetineerde".

- Artikel 85 lid 3 omtrent het weigeren van andere dan de in de gevangenis beschikbare arbeid: "De weigering van de toelating wordt met redenen omkleed en schriftelijk ter kennis gebracht van de gedetineerde".
- Artikel 91 § 2 lid 2 omtrent het verzoek tot behandeling door een zelf gekozen arts: "Het diensthoofd brengt de verzoeker binnen zeven dagen na de indiening van het verzoek schriftelijk op de hoogte van zijn met redenen omklede beslissing (...)."
- Artikel 110 § 2 lid 2 omtrent het bevelen van een bijzondere veiligheidsmaatregel: "De gedetineerde wordt schriftelijk in kennis gesteld van deze beslissing, alsmede van de motieven die aan deze beslissing ten grondslag liggen".
- Artikel 144 § 3 omtrent het opstarten van een tuchtprocedure: "Indien de directeur van oordeel is dat de feiten een tuchtrechtelijk gevolg vereisen, wordt de gedetineerde door afgifte van een formulier schriftelijk in kennis gesteld van de tenlastelegging, van het feit dat tegen hem een tuchtprocedure zal worden opgestart, dat hij zijn tuchtdossier kan raadplegen en dat hij gehoord zal worden op een door de directeur bepaalde dag en tijdstip".
- Artikel 144 § 7 omtrent het betekenen van de tuchtsanctie: "De gedetineerde wordt binnen vierentwintig uur mondeling, in een taal die hij kan verstaan, en schriftelijk in kennis gesteld van de beslissing en van de beweegredenen waarop zij steunt, in het bijzonder de motieven die de keuze en de maat van de sanctie hebben bepaald".
- Artikel 164 § 2 omtrent het bezwaar tegen een plaatsing of overplaatsing: "De directeur-generaal brengt de indiener van het bezwaarschrift binnen zeven dagen na de indiening van het bezwaarschrift schriftelijk op de hoogte van zijn met redenen omklede beslissing. (...)."

Uit al deze artikelen blijkt duidelijk dat, indien de wetgever wenste dat een beslissing schriftelijk zou worden genomen en/of ter kennis van de gedetineerde zou worden gebracht, hij dit ook uitdrukkelijk in de wet heeft ingeschreven.

Daar de wetgever in artikel 108 § 2 geen melding heeft gemaakt van een schriftelijke beslissing noch van het overmaken van de beslissing aan de gedetineerde, kan hier a contrario uit worden afgeleid dat de wetgever geen schriftelijke beslissing tot fouilleren op het lichaam voor ogen had, noch dat hij wenste dat dergelijke beslissing voorafgaandelijk ter kennis zou worden gebracht van de gedetineerde.

Omgekeerd toont artikel 149 van de wet (waarin bepaald is dat "de gedetineerde die een klacht wenst in te dienen, daartoe onverwijld in de gelegenheid gesteld wordt en voor zover dit nog niet was geschied, hem binnen de vierentwintig uur nadat hij daartoe het verzoek heeft gedaan, schriftelijk mededeling gedaan wordt van de beslissing waarover hij een klacht wenst in te dienen en van de redenen waarop deze beslissing steunt") onbetwistbaar aan dat de wetgever het nemen van mondelinge beslissingen aanvaard heeft. Het artikel stelt immers dat wanneer een gedetineerde omtrent een mondeling genomen beslissing een klacht wil indienen, hij binnen de 24 uur na zijn verzoek schriftelijk mededeling dient te krijgen van de desbetreffende mondelinge beslissing en van de redenen waarop deze steunt (artikel 149 Basiswet).

Door het tegenovergestelde standpunt in te nemen en te stellen dat de

beslissing tot foullering op het lichaam wel schriftelijk zou moeten worden genomen en daarenboven voorafgaandelijk ter kennis zou moeten worden gebracht van de gedetineerde, gaat verzoeker in tegen de duidelijke bewoordingen van artikel 108, § 2, en geeft hij er een interpretatie aan die nooit door de wetgever voor ogen werd gehouden. Er worden voorwaarden aan de wet toegevoegd die er niet in staan. Verzoeker treedt op als wetgever.

De Basiswetgever wist dat in de penitentiaire context kort op de bal moet kunnen worden gespeeld wanneer de orde en de veiligheid in het gedrang komen (bijvoorbeeld, zoals in casu, indien een gedetineerde verboden voorwerpen in zijn bezit heeft in de gevangenis) en beseft ten volle dat het dan niet altijd mogelijk zal zijn om een beslissing onmiddellijk op schrift te stellen. Zo voorziet bijvoorbeeld artikel 110, § 3, van de Basiswet dat wanneer de situatie van gevaar geen enkel uitstel duldt, ook andere personeelsleden (dan de directeur) voorlopig bijzondere veiligheidsmaatregelen kunnen opleggen.

Wanneer het bewakingspersoneel aanwijzingen heeft dat een gedetineerde verboden voorwerpen of substanties de gevangenis wil binnensmokkelen of heeft binnengesmokkeld, kan onmogelijk gewacht worden om de gedetineerde op het lichaam te foulleren tot de gevangenisdirecteur zijn beslissing tot foullering op het lichaam op schrift heeft gesteld en deze heeft laten betekenen aan de gedetineerde.

Om te vermijden dat een gedetineerde (op zijn cel) een hele tijd in het bezit zou blijven van verboden voorwerpen of substanties en deze op één of andere manier zou laten verdwijnen of zou innemen, wordt in dergelijke gevallen telefonisch contact opgenomen met een directeur, die dan mondeling de opdracht geeft tot het uitvoeren van een foullering op het lichaam. Deze beslissing wordt dan zo snel mogelijk daarna op schrift gesteld.

4.6 Verwerende partij wenst bovendien de nadruk te leggen op het arrest nr. 200.609 van 8 februari 2010 in de zaak DE SCHUTTER.

Hierin wordt benadrukt dat artikel 108 § 2 van de Basiswet niet preciseert wanneer een beslissing tot foullering ter kennis moet worden gebracht aan de gedetineerde.

Aansluitend stelt de Raad van State in dit arrest:

"De laattijdige kennisgeving, in voorliggend geval tijdens de procedure voor de Raad van State, vitieert, op het eerste gezicht, de rechtmatigheid van de bestreden beslissing niet. Voornoemd artikel bevat geen sanctie op een laattijdige kennisgeving".

Daar de wet geen sanctie stelt op een laattijdige kennisgeving (en sterker nog, de wet zelfs geen schriftelijke beslissing noch een kennisgeving vereist), kan deze laattijdige kennisgeving de rechtmatigheid van de tuchtsanctie niet aantasten of er een grond tot vernietiging voor uitmaken. Hiermee verband houdend, is het vaste rechtspraak van de Raad van State dat het overschrijden van de termijnen van 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 de termijnen.(...)

Wanneer het overschrijden van uitdrukkelijk bij wet vastgestelde termijnen (die onderdeel uitmaken van de tuchtprocedure en bedoeld zijn als waarborg voor de gedetineerde) de regelmatigheid van de procedure niet aantast, kan hier a fortiori uit worden afgeleid dat het niet op schrift stellen en/of het niet aan de gedetineerde overhandigen van een beslissing

tot fouillering op het lichaam (waarborgen die niet in het artikel 108, § 2, te lezen staan en waartoe de wet dus geenszins verplicht) al zeker de regelmatigheid van de tuchtprocedure niet kunnen aantasten.

Hier werd in voormeld arrest DE SCHUTTER door de Raad van State nog aan toegevoegd dat indien de Raad op het tijdstip van het te vellen arrest vaststelt dat de beslissing tot fouillering op het lichaam bestaat en dus opgenomen is in het rechtsverkeer en indien er door de verzoeker geen klacht werd ingediend op strafrechtelijk gebied noch een burgerlijke procedure tot inschrijving wegens valsheid werd overwogen, deze beslissing niet alleen bestaat maar ook geldt tot het bewijs van het tegendeel.

- 4.7 Indien de argumentatie van verzoeker gevolgd wordt, zou artikel 108, § 2 Basiswet overigens geen enkele zin meer hebben.

Indien voor elke fouillering op het lichaam waartoe beslist werd door de directeur, deze beslissing eerst op schrift zou moeten worden gesteld en ter kennis zou moeten worden gebracht van de gedetineerde, alvorens de fouillering daadwerkelijk te kunnen uitvoeren, zou er zeer veel kostbare tijd verloren gaan met het oog op het ontdekken en onderscheppen van verboden voorwerpen of substanties. De gedetineerde zou in die hypothese immers over voldoende tijd beschikken om de verboden voorwerpen of substanties door te geven, te verstoppert of te gebruiken.

Om te vermijden dat verboden voorwerpen en substanties niet tijdig door fouillering op het lichaam zouden kunnen ontdekt worden en de gevangenis zouden worden binnengesmokkeld - waardoor de orde en de veiligheid in elke inrichting op de helling zouden komen te staan - dient snel en efficiënt te kunnen worden opgetreden.

Het is dus nooit de bedoeling geweest van de wetgever om zoveel kostbare tijd verloren te laten gaan door de directeur te verplichten elke beslissing tot fouillering op het lichaam die hij neemt voorafgaandelijk aan de fouillering op schrift te stellen en ter kennis te brengen van de gedetineerde.

In die zin oordeelde ook de kortgedingrechter te Brugge in zijn beschikking van 15 juli 2011:

"Terecht laat verweerster opmerken dat de Basiswet nergens bepaalt dat de afzonderlijke beslissing voor het bevelen van een fouillering op het lichaam vooraf zou moeten ter kennis gebracht van de gedetineerde.

Overigens zou dergelijke voorwaarde weinig productief of efficiënt te noemen zijn, vermits dit zou kunnen leiden tot vertraging bij het uitvoeren van de fouillering waardoor de gedetineerde nog alle tijd krijgt om bijvoorbeeld verboden voorwerpen of substanties te verbergen of weg te moffelen.

Niemand kan ontkennen dat in het penitentiair regime alle aandacht vooreerst dient te gaan naar het handhaven van de orde en de veiligheid, zodat alleszins voor de fouillering snel en accuraat moet kunnen gehandeld worden, hetgeen onmogelijk is in de visie van eiser".(...)

Het Hof van Beroep te Gent bevestigde deze beschikking in een arrest van 10 mei 2012 en voegde hier nog aan toe dat bovendien een belangenafweging moet gebeuren tussen de belangen van de individuele gedetineerde en de belangen van ordehandhaving en veiligheid. De snelheid waarmee een fouillering moet kunnen worden uitgevoerd, valt niet te rijmen met de verplichting om een beslissing tot fouillering op voorhand mee te delen (...).

- 4.8 In de Wet op het politieambt van 5 augustus 1992 handelt artikel 28 § 2

over de gerechtelijke foullering, dewelke politieambtenaren bij het vervullen van hun gerechtelijke opdrachten kunnen verrichten bij personen die het voorwerp uitmaken van een gerechtelijke aanhouding, alsook bij personen ten aanzien van wie aanwijzingen bestaan dat zij overtuigingsstukken of bewijsmateriaal in verband met een misdaad of wanbedrijf bij zich dragen.

Deze gerechtelijke foullering wordt uitgevoerd overeenkomstig de richtlijnen en onder verantwoordelijkheid van een officier van gerechtelijke politie (artikel 28 § 2 lid 3 WPA). Hier blijkt de grote overeenstemming tussen de gerechtelijke foullering van artikel 28, § 2, WPA en artikel 108, § 2, Basiswet (foullering op het lichaam).

Naar analogie met de Wet op het politieambt informeren de penitentiair beambten de directeur over de concrete situatie en over de individuele aanwijzingen die een foullering op het lichaam noodzakelijk maken. Na beoordeling van deze individuele aanwijzingen neemt de directeur desgevallend een afzonderlijke beslissing tot foullering op het lichaam. Artikel 108 § 2 schrijft niet voor dat de directeur deze beslissing schriftelijk moet nemen en dus kan ook hier de directeur telefonisch (bijvoorbeeld in het geval er geen directeur meer in de inrichting aanwezig is) zijn beslissing tot foullering op het lichaam kenbaar maken aan de penitentiair beambten.

4.9 Het middel is niet ernstig.”

5.3. Verzoeker repliceert in de memorie van wederantwoord als volgt:

“8.

In een verwoede poging om alsnog gelijk te halen, beweert verwerende partij in haar memorie dd. 22.11.2012 geheel verkeerdelijk dat de Raad van State niet bevoegd zou zijn om kennis te nemen van huidig verzoekschrift tot vernietiging daar de beslissing tot foullering op het lichaam een loutere ordemaatregel is en de Raad van State zich ettelijke malen onbevoegd heeft verklaard om kennis te nemen van ordemaatregelen.

Verwerende partij verliest hierbij echter uit het oog dat verzoeker bij verzoekschrift van 10.09.2012 verzoekt om de vernietiging van de beslissing tot tuchtsanctie dd. 28.08.2012, uitgaande van de directie van de gevangenis te Brugge én niet de beslissing tot foullering op het lichaam.

Huidig verzoekschrift is aldus niet gericht tegen de beslissing tot foullering op het lichaam.

Dat een foullering op het lichaam een loutere ordemaatregel is ter bescherming van de orde en de veiligheid binnen de strafinrichting of dat de ordemaatregelen opgenomen zijn in titel VII van de Basiswet van 12-01-2005 en de tuchtsancties in titel VIII, is derhalve niet dienend.

Onregelmatigheden begaan bij de vaststelling van de feiten - zoals het onwettig uitvoeren van een foullering op het lichaam - beïnvloeden de wettigheid van de tuchtprocedure, die daarop gesteund is. De miskennis van art. 108, § 2 van de Basiswet van 12-01-2005 kan bijgevolg een grondslag vormen om de bestreden tuchtsanctie onwettig te verklaren.

De verzoeker verwijst hieromtrent verder naar de arresten van de Raad van State, SERRANO GARCIA, nr. 206.818 van 26-07-2010 en Michel ANNOT, nr. 209.853

van 17-12-2010, waarbij in gelijkaardige zaken werd besloten dat de Raad van State wél degelijk bevoegd is om kennis te nemen van een verzoekschrift strekkende tot de schorsing van tuchtsanctie wegens schending van artikel 108, §2 van de Basiswet van 12-01-2005.

In het voornoemd arrest van de Raad van State, Michel ANNOT, nr. 209.853 van 17.12.2010 oordeelde de Raad van State dienaangaande het volgende:

"(...) 9. Verzoeker wenst de nietigverklaring te verkrijgen van de tuchtmaatregel die hem werd opgelegd wegens het aantreffen van een verboden voorwerp. Volgens de verzoeker is bij de vaststelling van de feiten een wetsschending begaan doordat hij een fouillering op het lichaam heeft moeten ondergaan zonder dat de gevangenisdirecteur daarvoor de toelating gegeven had.

Onregelmatigheden begaan bij de vaststelling van de feiten beïnvloeden de wettigheid van de tuchtprocedure die daarop gesteund is. De miskenning van artikel 108 van de Basiswet kan aldus een grondslag vormen om de bestreden tuchtstraf onwettig te verklaren. (...) " (...)

Dit standpunt werd overigens nogmaals bevestigd in het arrest van de Raad van State, Michael DEWITTE, nr. 216.723 van 07.12.2011:

"(...) 6.1. Huidig beroep heeft niet de beslissing tot fouillering op het lichaam van de verzoeker 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 fouillering op het lichaam. Indien blijkt dat deze bevindingen op een onwettige wijze tot stand zijn gekomen, dring zich de vaststelling op dat de bestreden tuchtsanctie op een onwettige grondslag berust, wat, 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 fouillering, tot de nietigheid van deze beslissing dient te leiden. (...) " (...)

9.

Verwerende partij haalt verder in haar memorie van antwoord dd. 22.11.2012 aan dat zelfs al zou het bewijs onrechtmatig geweest zijn, het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal op basis van het Antigoonrechtspraak van het Hof van Cassatie geen aanleiding zou kunnen geven tot bewijsuitsluiting.

Verzoeker wenst echter verwerende partij te wijzen op de bevoegdheid van de Raad van State. De Raad van State is niet bevoegd om zich uit te spreken over de opportuniteit van een beslissing tot fouillering op het lichaam, en kan eveneens niet overgaan tot het vaststellen van de tuchtrechtelijke feiten.

De Raad van State is enkel en alleen bevoegd om na te gaan of de feitenbevinding zorgvuldig gebeurde door de gevangenisdirectie en deze niet behept is met onregelmatigheden.

In tegenstelling tot wat verwerende partij alludeert in haar memorie van antwoord dd. 22.11.2012, vraagt verzoeker niet aan de Raad van State om te oordelen over de feiten als een rechter in hoger beroep of om het tuchtrechtelijk onderzoek opnieuw over te doen.

Het verzoekschrift dd. 10.09.2012 is enkel en alleen gesteund op het feit dat de gevangenisdirectie te Brugge een onregelmatigheid heeft begaan bij het vaststellen van de tuchtrechtelijke feiten.

De bestreden tuchtrechtelijke beslissing dd. 28.08.2012 is immers op ontegensprekelijke wijze gesteund op het bezit van verboden goederen, dat aan het licht kwam door het uitvoeren van een onrechtmatige fouillering op het lichaam bij verzoeker. Het uitvoeren van deze fouillering op het lichaam gebeurde in strijd met

artikel 108, §2 van de Basiswet van 12.01.2005.

Inzake is de bestreden tuchtsanctie dd. 28.08.2012 aldus gesteund op bevindingen die het gevolg zijn van een onrechtmatige fouillering op het lichaam.

Dit kan zelfs door verwerende partij niet betwist worden, daar de bestreden tuchtsanctie dd. 28.08.2012 als volgt werd gemotiveerd:

"(...) Gelet betrokkene na het bezoek in het bezit was van 100 euro.

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

De gedetineerde heeft niet het recht om in de gevangenis contant geld te bezitten. (basiswet art. 46 §1). (...)"

Aangezien deze bevindingen op een onwettige wijze tot stand zijn gekomen - door het uitvoeren van een onrechtmatige fouillering op het lichaam -, dringt evidentier de vaststelling zich op dat de bestreden beslissing dd. 28.08.2012 op een onwettige grondslag berust, wat 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 fouillering, tot de nietigverklaring van deze beslissing dient te leiden.

Volledigheidshalve voegt verzoeker daar aan toe dat de voorafgaandelijke schriftelijke toestemming van de gevangenisdirectie tot fouillering op het lichaam zoals voorgeschreven door artikel 108, §2 van de Basiswet van 12.01.2005 een substantiële rechtsvorm is, omdat dit artikel nu eenmaal strekt tot waarborg van een grondrecht, namelijk het recht op fysieke integriteit.

De schending van dergelijk grondrecht is dan ook altijd onverenigbaar met een behoorlijke procesorde.

10.

Verder interpreteert verwerende partij artikel 108, §2 van de Basiswet van 12.01.2005 geheel verkeerd en haalt deze aan dat desbetreffend artikel niet vereist dat een gedetineerde schriftelijk in kennis moet gesteld worden van de beslissing van de directie alvorens hij de fouillering ondergaat.

Het zou volgens verwerende partij nooit de bedoeling geweest zijn van de wetgever om de beslissing van de directeur tot fouillering op het lichaam afhankelijk te maken van het vereiste dat een gedetineerde voorafgaand schriftelijk in kennis zou gesteld moeten worden van deze beslissing.

Verwerende partij verwijst hierbij in haar memorie van antwoord dd. 22.10.2012 naar het arrest van de Raad van State, Carl DE SCHUTTER, nr. 200.609 van 08.02.2010.

Verzoeker acht de verwijzing naar voornoemd arrest dd. 08.02.2010 om tweeërlei redenen niet dienend: ten eerste omdat het achterhaald is door recente rechtspraak van de Raad van State en ten tweede omdat verzoeker niet de laattijdige overhandiging van de schriftelijke bevestiging van de fouillering op het lichaam aanklaagt, maar wel het feit dat de gevangenisdirectie te Brugge er niet in slaagt om te bewijzen dat zij een voorafgaandelijke beslissing tot fouillering op het lichaam heeft genomen.

Het standpunt van verwerende partij miskent in elk geval flagrant de doelstelling van de wetgever bij het invoeren van artikel 108, §2 van de Basiswet van 12.01.2005.

De wetgever beschouwt immers het onderzoek op het lichaam als een zeer ingrijpende maatregel wegens de aantasting van het eergevoel.

Teneinde te vermijden dat de fouillering op het lichaam zou worden uitgevoerd als een praktijk dan wel als een uitzonderlijke maatregel, werd een beperkende regeling ingevoerd. Voortaan werd op grond van artikel 108, §2 van de Basiswet

van 12.01.2005 de foullering op het lichaam afhankelijk gemaakt van een beslissing door de gevangenisdirecteur.

Dienaangaande, moet er verwezen worden naar de parlementaire documenten over artikel 108, §2 van de Basiswet van 12.01.2005, waar er aan de foullering op het lichaam volgend commentaar wordt gewijd:

"(...) De intieme foullering 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.

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.

Art. 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 foullering op het lichaam kan bevelen, zo nodig met ontkleding en het uitwendig schouwen van de openingen en de holten van het lichaam.(...) (...) "

Verzoeker verwijst hieromtrent verder naar het arrest van de Raad van State, Michael DEWITTE, nr. 216.723 van 07.12.2011, waarin uitdrukkelijk het volgende wordt gesteld:

"(...) Art. 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. (...) "

11.

Verwerende partij verwijst in haar memorie van antwoord dd. 22.11.2012 eveneens naar enkele bepalingen van de Basiswet van 12.01.2005 (zo onder meer art. 55, §3, art. 56, §3, art. 59, §3,...), teneinde te besluiten dat de gevangenisdirectie enkel een voorafgaandelijke en schriftelijke beslissing moet nemen indien de Basiswet van 12.01.2005 dit uitdrukkelijk voorziet.

Verzoeker meent echter dat de vergelijking tussen artikel 108, §2 van de Basiswet van 12.01.2005 en de door verwerende partij aangehaalde wetsartikelen absoluut niet opgaat, daar voornoemde wetsartikelen een volledig andere doelstelling beogen dan artikel 108, §2 van de Basiswet van 12.01.2005.

Verzoeker wil onder meer nader ingaan op art. 55, §3, art. 59, §2 en art. 59, §3 van de Basiswet van 12.01.2005. Voornoemde artikelen maken in tegenstelling tot artikel 108, §2 wel uitdrukkelijk melding van een schriftelijke en voorafgaandelijke mededeling van de beslissing van de gevangenisdirectie aan de gedetineerde.

Dit doet echter geen afbreuk aan de vaststelling dat de wetgever door het

invoeren van artikel 108, §2 van de Basiswet van 12.01.2005 een bijkomende waarborg wou invoeren voor gedetineerden en dat de effectiviteit van deze waarborg alsook de rechtszekerheid in hoofde van gedetineerden vereisen dat de beslissing tot foullering op het lichaam eveneens voorafgaandelijk en schriftelijk aan de gedetineerden moeten voorgelegd worden.

De schriftelijke voorafgaande kennisgeving van de beslissing tot de foullering op het lichaam uitgaande van de gevangenisdirectie voorkomt aldus dat de waarborgen zoals vervat in artikel 108, §2 van de Basiswet van 12.01.2005 volledig uitgehold zouden worden.

Zonder voorafgaandelijke kennisgeving is immers het risico meer dan reëel dat in de praktijk de penitentiaire beampten zelf beslissen om over te gaan tot een foullering op het lichaam en de beslissing van de gevangenisdirectie niet afwachten. En dat is nu precies wat de wetgever door het invoeren van artikel 108, §2 van de Basiswet van 12.01.2005 wenste te vermijden.

Hoe anders dan door de overhandiging van de beslissing tot foullering op het lichaam aan de gedetineerde kan worden bewezen dat artikel 108, §2 van de Basiswet van 12.01.2005 en diens gevolg de rechten van de gedetineerden worden gerespecteerd?

Indien de beslissing niet voorafgaandelijk moet worden overgemaakt aan gedetineerde, kunnen penitentiaire beampten daarover zelf een voorlopig standpunt nemen en deze na de foullering op het lichaam laten legaliseren door een beslissing van de gevangenisdirecteur. Het kan geenszins worden toegestaan dat de rechten van gedetineerden zoals bepaald in de Basiswet van 12.01.2005 worden miskend onder het mom van 'prompt, efficiënt en daadkrachtig optreden'.

Gezien de verwerende partij niet bewijst dat het bevel van de directeur aan de verzoeker vooraf ter kennis werd gebracht, moet er worden geconcludeerd dat artikel 108, § 2 van de Basiswet van 12.01.2005 geschonden is.

12.

Verwerende partij maakt in haar memorie van antwoord dd. 22.11.2012 ook melding van artikel 28 van de wet op het politieambt van 05.08.1992.

Het dient te worden opgemerkt dat de door verwerende partij gemaakte link met de foullering door de politie zoals bepaald in artikel 28 van de wet op het politieambt van 05.08.1992 terzake niet dienend is.

Artikel 108, § 2 van de Basiswet van 12.01.2005 kan niet worden vergeleken met artikel 28 van de wet op het politieambt van 05.08.1992.

Art. 28 van de wet op het politieambt van 05.08.1992 voorziet anders dan in artikel 108, § 2 van de Basiswet van 12.01.2005 niet over een officier van de gerechtelijke politie, die bij afzonderlijke beslissing, een foullering op het lichaam kan bevelen.

De gerechtelijke foullering op het lichaam dient enkel en alleen te worden uitgevoerd in overeenstemming met de richtlijnen en onder verantwoordelijkheid van een officier van de gerechtelijke politie.

Het valt trouwens op dat de bewoordingen van artikel 28 van de wet op het politieambt van 05.08.1992 veel minder verregaand en strikt zijn dan artikel 108, § 2 van de Basiswet van 12.01.2005.

De soepelere regeling in artikel 28 van de wet op het politieambt van 05.08.1992 kan dan ook bezwaarlijk worden toegepast op de foullering op het lichaam van een gedetineerde zoals voorzien in artikel 108, § 2 van de Basiswet van 12.01.2005.

13.

De stelling van de verwerende partij dat in de Basiswet orde, veiligheid en de vlotte gang van zaken in de penitentiaire inrichtingen primeren, kan eveneens niet worden gevolgd.

De wetgever beoogde immers bij de Basiswet van 12.01.2005 een evenwicht te

creëren tussen enerzijds de rechten van gedetineerden en anderzijds de orde en veiligheid van de penitentiaire inrichting. Nimmer werd bedoeld de orde en veiligheid van de penitentiaire inrichtingen te laten primeren ten koste van de rechten van de gedetineerden.

Diezelfde evenwicht tussen beide doelstellingen wordt ook in artikel 108, § 2 van de Basiswet van 12.01.2005 nagestreefd.

Teneinde de veiligheid en orde in de strafinrichting te vrijwaren voorziet artikel 108, § 2 van de Basiswet van 12.01.2005 de mogelijkheid een fouillering op het lichaam uit te voeren, doch wordt deze wegens de aantasting van het eergevoel en de bezorgdheid van de wetgever om de rechten van gedetineerde te vrijwaren, beperkt door de wettelijke verplichting van een voorafgaandelijk bevel van de gevangenisdirecteur.

Geheel verkeerdelijk beschouwt verwerende partij de voorafgaandelijke mededeling van de beslissing tot fouillering op het lichaam als het laten primeren van het bewijs op de handhaving van de orde en veiligheid. In werkelijkheid beoogt de voorafgaandelijke mededeling van de beslissing echter een mogelijke uitholling van de wettelijke waarborgen tegen te gaan.

De directie van de gevangenis te Brugge dient dan ook zonder enige twijfel de wettelijke bepalingen van de Basiswet na te leven en de rechten van de gedetineerden te respecteren.

De handhaving van orde en veiligheid kan absoluut niet worden misbruikt als grond om schendingen van artikel 108, § 2 van de Basiswet van 12.01.2005 te rechtvaardigen.

14.

Verzoeker is bovendien van oordeel dat het nemen van een schriftelijke beslissing tot fouillering op het lichaam en de voorafgaandelijke overhandiging van deze beslissing aan de gedetineerde niet dermate vertragend zou werken dat de orde en de veiligheid van de gevangenis in gedrang zou komen.

De gevangenisdirectie kan immers door middel van e-mail, fax,... een schriftelijke beslissing tot fouillering op het lichaam nemen, zonder dat er veel kostbare tijd verloren gaat. Het nemen van een schriftelijke beslissing tot fouillering op het lichaam kan aldus perfect samen gaan met snel, efficiënt en daadkrachtig optreden.

Dit geldt des te meer, daar de penitentiaire beambten steeds overgaan tot afzondering van de gedetineerde, in afwachting van de beslissing tot fouillering op het lichaam. De gedetineerde staat dan onder toezicht van de penitentiaire beambten, die erop toezien dat de gedetineerde geen verboden voorwerpen of substanties doorgeeft, verstopt of gebruikt.

Deze werkwijze, die de orde en veiligheid van de gevangenis beoogt te waarborgen, kan uiteraard ook toegepast worden, indien de beslissing tot fouillering schriftelijk wordt genomen en deze beslissing aan de gedetineerde moet overhandigd worden.

15.

Tenslotte wenst verzoeker de nadruk te leggen op het belangrijk én recent arrest van de Raad van State, Michael DEWITTE, nr. 216.723 van 07.12.2011, waarin uitdrukkelijk het volgende wordt gestipuleerd:

"(...) Artikel 108, §2, van de Basiswet garandeert aan de gevangene dat een gedwongen fouillering 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 fouillering op het lichaam voorafgaandelijk aan de gedetineerde ter kennis is gebracht.

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 partijen dat artikel 149 van de Basiswet aantoonde dat de wetgever het nemen van mondelinge beslissingen heeft aanvaard, noch haar verwijzing naar het principe van het "privilège du préalable", doen aan het voormelde enige afbreuk.

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 fouillering 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 6.3, te verantwoorden, temeer nu de verwerende partij niet aantoonde, 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 zou komen. Dit geldt nog meer, gelet op de huidige telecommunicatiemiddelen en de mogelijkheid tot het gebruik van voorgedrukte formulieren, waarvan de verwerende partij in deze zaak met haar "beslissing fouille op het lichaam bijzondere reden" overigens zelf een exemplaar bijbrengt. (...)("...)

Verzoeker verwijst hierbij tevens naar de arresten van de Raad van State, SERRANO GARCIA, nr. 206.818 van 26.07.2010, Raad van State, Mark GROOTAERT, nr. 216.284 van 16.11.2011, Raad van State, Michel ANNOT, nr. 217.535 van 24.01.2012, Raad van State, Peter MEYERS, nr. 217.652 van 01.02.2012, Raad van State, Jimmy KETSMAN, nr. 218.695 van 28.03.2012, Raad van State, Jordy VANHOVE, nr. 219.801 van 18.06.2012 en Raad van State, Bonito VICEROY, nr. 219.873 van 20.06.2012, waarbij werd beslist dat dit middel gegrond is."

5.4. In hun laatste memorie herhalen de partijen hun standpunt.

Beoordeling

6.1. Het huidige beroep heeft niet de beslissing tot fouillering op het lichaam van verzoeker tot voorwerp, maar wel de tuchtsanctie die is gesteund op bevindingen die het gevolg zijn van de fouillering op het lichaam. Indien blijkt dat deze bevindingen op een onwettige wijze tot stand zijn gekomen, berust de bestreden tuchtsanctie op een onwettige grondslag, 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 fouillering, tot de nietigverklaring van deze beslissing dient te leiden.

6.2. 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.”

Artikel 108, § 2, van de Basiswet maakt de fouillering op het lichaam afhankelijk van een individueel bevel van de gevangenisdirecteur. Het bestaan van een individueel en voorafgaand bevel, als bedoeld in het voormelde artikel, wordt niet vermoed. De penitentiaire beambten kunnen daarover zelf geen standpunt innemen, ook niet 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

gevangenisdirecteur. (Parl. St., Kamer, 2000-2001, DOC 50-1076/001, 179 en 182)

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 het onderzoek op het lichaam dient te ondergaan.

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 de voorafgaandelijke kennisgeving aan de gedetineerde van het bevel tot foullering op het lichaam uit het administratief dossier blijken.

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, doen aan het voorgaande afbreuk.

De door de verwerende partij aangevoerde vereiste van een snel en efficiënt optreden om 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 van een voorafgaandelijke kennisgeving te verantwoorden, temeer nu de verwerende partij niet aantoonde, 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 des te meer, gelet op de huidige telecommunicatiemiddelen en de mogelijkheid tot het gebruik van voorgedrukte formulieren.

De verwijzing door de verwerende partij naar artikel 110, § 3, van de Basiswet mist pertinentie aangezien deze bepaling, anders dan artikel 108, § 2, van deze wet, een bevoegdheid verleent aan andere personeelsleden dan de directeur om (voorlopig) bijzondere veiligheidsmaatregelen te nemen. Hetzelfde geldt voor de verwijzing naar artikel 28, § 2, van de wet op het politieambt van 5 augustus 1992, aangezien de gerechtelijke fouillering blijkens deze bepaling “overeenkomstig de richtlijnen en onder de verantwoordelijkheid van een officier van gerechtelijke politie” wordt uitgevoerd en dit artikel geen melding maakt van een “afzonderlijke beslissing” tot fouillering, zoals vereist door artikel 108, § 2, van de Basiswet.

De verwerende partij erkent dat het bevel tot fouillering op het lichaam niet voorafgaandelijk aan verzoeker ter kennis werd gebracht. Overeenkomstig het hierboven in punt 6.1 gestelde, leidt de onrechtmatigheid van deze fouillering tot de onwettigheid van de bestreden beslissing. Het enig middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de directie van de gevangenis van Brugge van 29 augustus 2012, waarbij aan verzoeker de tuchtsanctie wordt opgelegd van “bezoek van familieleden (...) in een lokaal voorzien van een transparante wand – 3 weken van 29/08/2012 tot en met 18/09/2012”.

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 veertien juli tweeduizend veertien, door de Raad van State, XlVe 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