

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 224.280 van 5 juli 2013
in de zaak A. 206.023/XIV-34.476**

In zake : Tom HUGELIER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Mathieu Langerock
kantoor houdend te 8310 Sint-Kruis-Brugge
Dampoortstraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Justitie
met kantoren te 1000 Brussel
Waterside-Willebroekkaai 33
alwaar woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 16 augustus 2012, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de directie van de gevangenis van Brugge van 10 augustus 2012, waarbij aan de verzoeker de tuchtsanctie wordt opgelegd van “afzondering in de aan de gedetineerde toegewezen verblijfsruimte : bezoek achter glas – duur : 1 maand, voorlopige maatregel inbegrepen tot en met 7/9/2012 om 20u.”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 juni 2013.

Kamervoorzitter André Beirlaen heeft verslag uitgebracht.

Attaché Xaveer Laureyns, 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 verzoeker zit op het ogenblik van de bestreden tuchtprocedure in de strafinrichting van Brugge.

Op 8 augustus 2012 wordt er ten laste van de verzoeker een rapport aan de directeur opgesteld waarin, onder meer, wordt vermeld:

“(…)

Gedeïnteerde (gedetineerde) werd voor een fouille na het ongestoord bezoek begeleid naar de fouillehokjes in het bad. Bij het binnentreden van het lokaal begon hij constant aan zijn achterwerk te prutsen met de intentie iets dieper in zijn aars te duwen. Hij werd gevraagd geen verdachte bewegingen te doen. Bij de fouille was vast te stellen dat hij iets had opgestoken. Hij werd gevraagd dit te verwijderen en

hij smijt een langvormig voorwerp op de grond. Dit was ingepakt in wit plastic. Hij werd gevraagd wat dit was en hij antwoordde dat het een 'shoteuze' was. Het voorwerp werd in een plastic zak gestopt
Gedetineerde vertoonde onder invloed te zijn en zeer zenuwachtig.
(...)”.

Op dezelfde dag wordt aan de verzoeker een voorlopige maatregel opgelegd bestaande uit de plaatsing op veiligheidscel.

Op 9 augustus 2012 wordt aan de verzoeker meegedeeld dat tegen hem een tuchtprocedure wordt opgestart. De verzoeker geeft aan beroep te willen doen op een raadsman.

Op 10 augustus 2012 wordt de verzoeker in het bijzijn van zijn raadsman gehoord. In het verslag van de hoorzitting wordt, onder meer, het volgende vermeld:

“(…)

Betrokkene blijft bij zijn verklaring. De spuit zat in een blik achter de verwarming. Hij was zenuwachtig omdat hij bang was dat hij gepakt ging worden, hij was niet onder invloed. Betrokkene weet niet wat er in de spuit zat.

Advocaat stelt dat betrokkene's vriendin heel kwaad is door deze feiten. Zijn vriendin zou betrokkene hier nooit in steunen. Deze drugs is niet binnengekomen via betrokkene's partner.

Betrokkene zag een spuit in een blikje.

Advocaat stelt dat betrokkene een naaktfoullering heeft ondergaan en de beslissing werd daarvoor niet aan betrokkene overhandigd.

Directeur stelt dat de beslissing voorafgaandelijk via mail werd gegeven om een foullering te doen.

Directeur stelt dat er zwaar getilt aan de feiten.

(...)”.

Aan de verzoeker wordt op 10 augustus 2012 als tuchtsanctie opgelegd “1 maand afzondering in de aan de gedetineerde toegewezen verblijfsruimte met bezoek achter glas, voorlopige maatregel inbegrepen tot en met 07/09/2012 om 20u”. Dit is de bestreden beslissing die, onder meer, gesteund is op de volgende overwegingen:

“(…)

Betrokkene heeft na het ongestoord bezoek een fouille gekregen waarbij er is vastgesteld dat hij een spuit met injectienaald en een pakje met substantie had opgestoken. Het binnenbrengen van dergelijke goederen is een ernstige bedreiging voor de orde en de veiligheid van onze gedetineerden en de inrichting zelf.

Gelet op de collectieve brief nr. 86 van 19/02/2007 stelt dat betrokkene een

kopie kan krijgen van het formulier “fouille op het lichaam”, en dit op zijn vraag.

Gezien de hoogdringendheid diende de fouillering op het lichaam onmiddellijk worden uitgevoerd. De basiswet schrijft enkel een afzonderlijke beslissing voor. Nergens wordt bepaald dat de afzonderlijke gemotiveerde beslissing voorafgaandelijk ter kennis moet worden gebracht aan de gedetineerde. Daar komt bij dat zulke voorwaarde tot inefficiëntie leidt bij het uitvoeren van de fouillering. In een penitentiair regime is het handhaven van de orde en de veiligheid bijzonder belangrijk. Deze stelling werd onderschreven door een arrest van het Hof van Beroep te Gent 10 mei 2012 (2011/RK/251).

De motivatie om in de geval een fouille uit te voeren bij Hugelier Tom werd voorafgaandelijk gegeven via mail door directeur Van Den Langhenbergh. (...). ”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4.1. De verzoeker voert aan dat hij onmiddellijk en rechtstreeks wordt geraakt door de bestreden beslissing. Het betreft immers een individuele administratieve handeling van een administratieve overheid. De verzoeker zal zijn middelen hieromtrent ontwikkelen.

4.2. De verwerende partij antwoordt dat de verzoeker aanvoert rechtstreeks en persoonlijk te zijn geraakt door de bestreden beslissing. Impliciet wordt aangevoerd dat het voorhanden zijn van een “ernstig middel” volstaat om te besluiten tot de ontvankelijkheid van het verzoek tot vernietiging. De verzoeker situeert zijn belang enkel in het feit dat hij “persoonlijk en rechtstreeks wordt geraakt” door de beslissing. Dit belang, als zodanig opgevat, moet echter geacht worden teloor te zijn gegaan op het moment dat de bestreden beslissing afliep. Het kan niet langer worden beschouwd als de omschrijving van een actueel belang. Men kan zich bovendien de vraag stellen of de verzoeker over een geoorloofd belang beschikt om een beslissing te zien vernietigen die onmiskenbaar terecht is opgelegd.

4.3. De verzoeker repliceert 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. Op de

zitting van de strafuitvoeringsrechtbank te Gent werd zelfs uitdrukkelijk verwezen naar de door hem opgelopen tuchtsanctie van 10 augustus 2012 en stelde de voorzitter dat dit een invloed zou hebben op zijn sociale reclassering. Het volgen van een ambulante drugsbegeleiding werd niet meer voldoende geacht. Hij dient thans een residentiële begeleiding te volgen. De bestreden beslissing kan in aanmerking worden genomen bij een eventuele later op te lopen tuchtstraf. In elk geval heeft de verzoeker nog een moreel belang.

Beoordeling

4.4. De verzoeker die een tuchtsanctie heeft ondergaan, behoudt in ieder geval een moreel belang om de tuchtstraf aan te vechten. Daarbij komt dat de verzoeker het risico loopt dat de bestreden tuchtstraf in aanmerking wordt genomen bij een later op te lopen tuchtstraf.

De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste en enig middel

Standpunt van de partijen

5.1. De verzoeker roept de schending in van artikel 108, § 2, van de wet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van gedetineerden (hierna: “de basiswet”). Dit wetsartikel garandeert 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. Er werd aan de verzoeker voorafgaand aan de foullering op het lichaam geen wettelijk voorgeschreven toelating van de gevangenisdirecteur voorgelegd. Hij heeft in ieder geval het stuk niet voor ontvangst ondertekend en er is ook niet genoteerd dat de verzoeker 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 foullering op het lichaam voorafging. De verzoeker verwijst naar vaste rechtspraak van de Raad van State waarbij een gelijkaardig middel gegrond werd geacht. Gezien de foullering 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 er inderdaad een foullering op het lichaam is uitgevoerd bij de verzoeker. De directeur heeft daartoe een beslissing genomen. Dit gebeurde vooraf, zelfs nog vooraleer het ongestoord bezoek plaats vond, in een email gericht aan het personeel. Deze beslissing van de directeur bestond bijgevolg voordat de foullering werd uitgevoerd. De verzoeker heeft in concreto door zijn verdachte gedrag na afloop van het ongestoord bezoek de noodzaak van foullering enkel verder in de verf gezet. De verzoeker kan moeilijk beweren dat hij, op het moment dat de foullering werd uitgevoerd, in het ongewisse was over het waarom van de foullering. Om dezelfde reden kan hij ook niet geloofwaardig aanvoeren bij het ondergaan van de foullering het gevoel te hebben gehad het voorwerp uit te maken van een niet door de directeur bevestigde, willekeurige beslissing van het bewakend personeel. Er kan geen twijfel over bestaan dat de beslissing werd genomen door de directeur en dat deze bestond voordat de foullering op het lichaam werd uitgevoerd, waarmee meteen voldaan is aan de enige twee voorwaarden die artikel 108, § 2, van de basiswet ter zake stelt. De beslissing tot foullering op het lichaam is een loutere ordemaatregel. 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 foullering op het lichaam en het tijdens de foullering 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 foullering 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 foullering aan de gedetineerde voorafgaandelijk 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 foullering. 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 foullering 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 van de 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 foullering 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 foullering 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 verzoeker repliceert dat de verwerende partij faalt om aan te tonen dat voorafgaandelijk een toestemming tot fouillering op het lichaam werd gegeven. Dit kan niet worden afgeleid uit het e-mailbericht van de gevangenisdirectie van 8 augustus 2012. Er wordt in dit bericht enkel gesproken over celfouille en fouille, zonder dat nader wordt stilgestaan bij deze begrippen. Uit de concrete omstandigheden dient te worden afgeleid dat de fouille waarvan sprake een fouillering aan de kledij was en de fouillering diende te gebeuren bij de

echtgenote van de verzoeker en niet bij de verzoeker zelf. De reden van de fouille was om een horloge met ingebouwde gsm en fototoestel binnen te smokkelen. Het onderscheppen van zo'n horloge gebeurt uiteraard door een fouillering aan de kledij. Dit verklaart waarom de gevangenisdirectie aan de portier en post 11 (zijnde de wachtzaal voor de bezoekers) de opdracht gaf om bij de fouillering bijzondere aandacht te geven aan het bezit van een horloge en of het type/merk overeenstemt met deze op de toelatingsfiche. Er is absoluut geen sprake van een uitdrukkelijke, voorafgaandelijke toestemming van de gevangenisdirectie tot het uitvoeren van een fouillering op het lichaam bij de verzoeker. De penitentiaire beambten hebben op eigen houtje gehandeld. Zelfs indien de gevangenisdirectie voorafgaandelijk een beslissing tot fouillering op het lichaam heeft genomen, quod non, dan nog is deze beslissing niet voorafgaandelijk aan de gedetineerde overhandigd geworden. De gedetineerde dient in kennis te worden gesteld van de beslissing tot fouillering op het lichaam alvorens hij gedwongen kan worden om het onderzoek op het lichaam te ondergaan. Het beroep is gericht 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 terzake worden verwezen naar de arresten 209.853 en 216.723. 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 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 zich 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. De verwijzing naar het arrest inzake DE SCHUTTER van 8 februari 2010 is om tweeërlei redenen niet dienend. Ten eerste is het achterhaald door de recente rechtspraak van de Raad van State. Ten tweede klaagt de verzoeker niet de laattijdige overhandiging van de schriftelijke bevestiging van de fouillering op het lichaam aan, maar wel het feit dat de gevangenisdirectie te Brugge er niet in slaagt om te bewijzen dat zij een voorafgaandelijke beslissing tot fouillering heeft genomen. 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 foullering 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 foullering heeft genomen. 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 foullering op het lichaam laten legaliseren door een beslissing van de gevangenisdirecteur. De link met de foullering 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. Geheel verkeerdelijk beschouwt de verwerende partij de voorafgaandelijke mededeling van de beslissing tot foullering of 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 waarborg tegen te gaan. De verzoeker is van oordeel dat het nemen van een schriftelijke beslissing tot foullering op het lichaam en de voorafgaandelijke overhandiging van deze beslissing aan de gedetineerde niet dermate vertragend

zou werken dat de orde en veiligheid van de gevangenis in het gedrang zou komen. De verwerende partij bewijst in deze zaak dat de directie met een e-mailbericht de toestemming tot foullering kan geven, wat het tijdsverlies tot een minimum beperkt. De penitentiaire beampten isoleren in de praktijk de gedetineerde, in afwachting van de beslissing tot foullering. Dit verhindert dat de gedetineerde verdachte substanties doorgeeft, verstoort of gebruikt. 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.

Beoordeling

5.4.1. De verzoeker roept de schending in van artikel 108, § 2, van de basiswet.

5.4.2. Voorliggend beroep heeft niet de beslissing tot foullering 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 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 tot de nietigverklaring van deze beslissing dient te leiden.

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 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 voormeld artikel, wordt niet vermoed. De penitentiare 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.

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 partij dat artikel 149 van de basiswet aantoonde dat de wetgever het

nemen van mondelinge beslissingen heeft aanvaard 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, te verantwoorden, temeer nu de verwerende partij niet aantoont, noch aannemelijk maakt, dat een schriftelijk bevel, anders dan een mondeling of telefonisch bevel, dermate verdragend zou werken dat de orde en de veiligheid in de gevangenis in het gedrang zouden komen.

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 door deze partij 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 legt geen bewijs voor dat het bevel tot fouillering op het lichaam voorafgaandelijk aan de verzoeker ter kennis werd gebracht. Overeenkomstig het hoger gestelde, vitieert de onrechtmatigheid van deze fouillering de bestreden beslissing.

5.4.3. De verwerende partij voert aan dat voorafgaand aan de fouillering op het lichaam door de directeur aan de penitentiaire beambte een bevel daartoe werd gegeven. Dit blijkt volgens de verwerende partij uit een email van 8 augustus 2012 om 16:55. Deze email luidt als volgt :

“ (...)

We krijgen de melding dat de partner van Hugelier Tom een soort horloge zal binnenbrengen met ingebouwde gsm en fototoestel.

@PA: Kan er een grondige celfouille uitgevoerd worden.

@ portier en post 11; klassement: Kan het klassement M1 op de hoogte gebracht worden op het moment dat de partner van de betrokkene op bezoek komt. Er dient bij de fouille speciale aandacht gegeven worden aan het bezit van een horloge en of het type/merk overeenkomt met deze op de toelatingsfiche.

(...)”

Zoals de verzoeker terecht opmerkt blijkt hier niet het bevel uit om de verzoeker te onderwerpen aan een fouillering op het lichaam. Ten eerste wordt in de e-mail niet gesproken over een fouillering op het lichaam, maar louter over een fouille. Ten tweede lijkt de fouille waarvan sprake, te moeten worden uitgevoerd op de partner van de verzoeker.

Hieruit blijkt niet alleen dat het bevel tot fouillering op het lichaam niet voorafgaandelijk aan de verzoeker ter kennis werd gebracht, maar ook dat de directeur geen voorafgaandelijke beslissing heeft genomen om een fouillering op het lichaam op de verzoeker uit te voeren.

Het eerste en enig middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de directie van de gevangenis van Brugge van 10 augustus 2012, waarbij aan Tom Hugelier de tuchtsanctie wordt opgelegd van “afzondering in de aan de gedetineerde toegewezen verblijfsruimte : bezoek achter glas – duur : 1 maand, voorlopige maatregel inbegrepen tot en met 7/9/2012 om 20u.”.

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 5 juli 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