

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 230.198 van 13 februari 2015
in de zaak A. 209.674/XIV-35.153**

In zake : Jethro ROETS
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
kantoor houdend te 1000 Brussel
Waterloolaan 115
alwaar woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 5 augustus 2013, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de directie van de gevangenis van Brugge van 29 juli 2013, waarbij aan Jethro Roets de tuchtsanctie wordt opgelegd van “afzondering in de aan de gedetineerde toegewezen verblijfsruimte : bezoek achter glas - duur: 30 dagen, VM [voorlopige maatregel] inbegrepen tot en met 25/08/2013 om 14u.”

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 januari 2015.

Staatsraad Daniël Moons heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Evelien Callewaert, die *loco* advocaat Mathieu Langerock verschijnt voor verzoeker, en attaché Xaveer Laureyns, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. Verzoeker zit op het tijdstip van de bestreden tuchtprocedure in de strafinrichting van Brugge.

3.2. Tussen 26 en 28 juli 2013 worden er ten laste van verzoeker drie rapporten aan de directeur opgesteld. Twee rapporten, respectievelijk van 27 en 28 juli 2013 hebben betrekking op het vinden van voorwerpen naar aanleiding van een celcontrole. Een rapport van 26 juli 2013 heeft betrekking op het vinden van verboden voorwerpen bij een naaktfouillering en waarin het volgende wordt vermeld:

“Bij de inval in cel 3618 werd bovengenoemde begeleid naar de personeelsruimte voor een naakt fouille maar eens in de gang probeert Roets Jethro iets in te slikken en werd weerspanning en moest met lichte dwang naar de veiligheidscel 38A begeleid worden. In die confrontatie wierp Roets Jethro een ingepakt substantie op de grond, maar ook de ingeslikte substantie kwam weer uit zijn mond.

Tijdens de naakt fouille in de veiligheidscel 38A had bovengenoemde nog een verpakte substantie onder zijn penis en balzak gevonden.”

3.3. Er wordt aan verzoeker, respectievelijk op 27 en 28 juli 2013, meegedeeld dat tegen hem een tuchtprocedure wordt opgestart. Verzoeker geeft aan beroep te willen doen op een raadsman.

3.4. Tijdens de zitting van 29 juli 2013 wordt verzoeker in het bijzijn van zijn raadsman gehoord. Daarbij stelt de raadsman dat verzoeker geen beslissing omtrent de naaktfouillering heeft gekregen.

3.5. Aan verzoeker wordt op 29 juli 2013 als tuchtsanctie opgelegd “afzondering in de aan de gedetineerde toegewezen verblijfsruimte: bezoek achter glas - duur : 30 dagen, VM [voorlopige maatregel] inbegrepen tot en met 25/08/2013 om 14u.” Dit is de bestreden beslissing, die onder meer is gesteund op de volgende overwegingen :

“Betrokkene neemt de volle verantwoordelijkheid omtrent de aanzienlijke hoeveelheid drugs. Wat betreft de gsm's en toebehoren, ontkent betrokkene alle verantwoordelijkheid nochtans werden twee aansluitkabels uit de zak van betrokkene gehaald waardoor zijn uitleg ongeloofwaardig is.

Gelet op het bezit van of de handel in door of krachtens de wet verboden substanties dient een sanctie opgelegd te worden. Het is voor gedetineerden verboden om in het bezit te zijn van wettelijk verboden voorwerpen. (p. 9 huishoudelijk reglement)”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Wat de door de verwerende partij in haar memorie van antwoord opgeworpen exceptie van gebrek aan actueel en geoorloofd belang bij een eventuele vernietiging van de bestreden beslissing betreft, behoudt verzoeker in ieder geval nog een moreel belang bij de vernietiging van de bestreden beslissing.

Dit volstaat tot staving van het belang.

De exceptie van de verwerende partij wordt verworpen.

V. Onderzoek van het enige middel

Standpunt van de partijen

5. Verzoeker voert de schending aan van artikel 108, § 2, van de basiswet van 12 januari 2005 ‘betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerden’ (hierna: de basiswet), luidens welk artikel 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. Verzoeker voert aan dat hem voorafgaand aan de fouillering op het lichaam geen wettelijk voorgeschreven toelating van de gevangenisdirecteur is voorgelegd, dat hij in ieder geval het stuk niet voor ontvangst heeft ondertekend en er ook niet is genoteerd dat verzoeker weigerde te tekenen. Bovendien moet de directie van de gevangenis van Brugge bij machte zijn het bewijs te leveren dat de beslissing van de directeur de fouillering op het lichaam voorafging.

Verzoeker verwijst naar vaste rechtspraak van de Raad van State waarbij een identiek middel gegrond werd bevonden.

6. In haar memorie van antwoord repliceert de verwerende partij dat er inderdaad een fouillering op het lichaam is uitgevoerd bij verzoeker maar de beslissing tot fouillering op het lichaam is een loutere ordemaatregel en er werd vanuit de bezorgdheid van orde en veiligheid binnen de strafinrichting gehandeld, waardoor de Raad van State, zoals reeds in het verleden is gebeurd, zich onbevoegd dient te verklaren om kennis te nemen van beroepen gericht tegen ordemaatregelen.

Bovendien meent de verwerende partij dat de beslissing tot het uitvoeren van een fouillering op het lichaam onderdeel uitmaakt van de feitenvinding in het kader van de tuchtprocedure en het niet aan de Raad van State toekomt 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 twifelen aan het correcte verloop van de fouillering op het lichaam en aan de waarheidsgetrouwheid van het rapport aan de directeur. Bovendien is het volgens de verwerende partij zo dat op basis van de rechtspraak van het Hof van Cassatie het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal enkel tot bewijsuitsluiting leidt in drie 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 en wanneer het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces. Buiten deze drie 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, 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. 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 volgens de verwerende partij enkel gewag gemaakt van een “afzonderlijke beslissing”, maar wordt niet gestipuleerd dat deze afzonderlijke beslissing tot fouillering op het lichaam schriftelijk ter kennis moet worden gebracht. Een beslissing van de gevangenisdirecteur moet wel schriftelijk worden genomen indien de basiswet dit uitdrukkelijk bepaalt, zoals dit wel het geval is in diverse artikelen van 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 indien 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 foullering op het lichaam die hij neemt voorafgaand aan de foullering 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 foullering 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 foulleringen op het lichaam routinematig zouden worden uitgevoerd. De laattijdigheid van de kennisgeving kan de rechtmatigheid van de tuchtsanctie niet aantasten.

Er kan een link worden gelegd met de foullering 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 foullering. Die 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 foullering overeenkomstig de richtlijnen en onder verantwoordelijkheid van een officier van gerechtelijke politie. Er is hierbij niet voorzien dat de foullering pas kan worden uitgevoerd nadat aan de burger een schriftelijke beslissing tot gerechtelijke foullering van de officier van gerechtelijke politie overhandigd werd.

7. In haar laatste memorie herhaalt de verwerende partij haar eerdere argumenten als zou de foullering op het lichaam een ordemaatregel zijn, waardoor de Raad van State onbevoegd is, alsook het argument dat de beslissing tot foullering op het lichaam deel zou uitmaken van de feitenvinding die aan de

basis ligt van de bestreden beslissing, waardoor de Raad van State in het kader van een vernietigingsberoep slechts kan nagaan of de op basis van de feiten genomen bestreden beslissing niet kennelijk onredelijk is. De verwerende partij refereert naar artikel 110, § 3, van de basiswet dat bepaalt dat ook andere personeelsleden (dan de directeur) voorlopig bijzondere veiligheidsmaatregelen kunnen opleggen, mits onmiddellijke kennisgeving ervan aan de directeur. De verwerende partij voert nog aan, zich baserend op het beginsel van het “*privilège du préalable*”, dat er van moet worden uitgegaan dat bij de toepassing van een fouillering op het lichaam, de wet op de fouillering wordt nageleefd en dat het tegendeel moet worden bewezen.

Beoordeling

8. Verzoeker voert de schending aan van artikel 108, § 2, van de basiswet.

Artikel 108, §§ 1 en 2, van de basiswet, zoals van toepassing op het ogenblik van de bestreden beslissing, luidt:

“§ 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 afzonderlijke beslissing van de gevangenisdirecteur. Het bestaan van een individuele en afzonderlijke beslissing, als bedoeld in

voormeld artikel, wordt niet vermoed. De penitentiaire beambten zelf kunnen daarover geen standpunt innemen, ook geen voorlopig standpunt. 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 (*Parl. St. Kamer*, 2000-01, 1076/001, 179) 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 (*Ibid.* 182), door inzonderheid het onderzoek afhankelijk te maken van een beslissing, geval per geval, van de gevangenisdirecteur.

Artikel 108, § 2, van de basiswet garandeert met andere woorden aan de gedetineerde dat een gedwongen foullering op het lichaam slechts kan plaatsvinden na een beslissing daartoe van de gevangenisdirecteur. Dat houdt in dat de gedetineerde in kennis wordt gesteld van die beslissing alvorens hij gedwongen kan worden het onderzoek op het lichaam te ondergaan, gelet op de finaliteit van de wettelijke bepaling die de bescherming van de fysieke integriteit en privacy beoogt.

Het komt aan de verwerende partij toe om te bewijzen dat de uitgevoerde foullering op het lichaam van verzoeker gebaseerd is op een afzonderlijke beslissing van de gevangenisdirecteur. Dit bewijs ligt niet voor, zodat artikel 108, § 2, van de basiswet werd geschonden. Het ontbreken van enig bewijs van de gevangenisdirecteur kan niet worden goedge maakt door te refereren aan een ordemaatregel die zich volgens de verwerende partij opdrong door de feitelijke omstandigheden die aan de basis lagen van de bestreden tuchtstraf, noch door het argument van de verwerende partij dat de Raad van State niet aan feitenvinding doet, zoals een justicieel rechter.

De verwijzing naar de ‘Antigoonrechtspraak’ van het Hof van Cassatie door de verwerende partij staat er niet aan in de weg dat de

gevangenisdirecteur moet bewijzen dat een afzonderlijke beslissing werd genomen om een fouillering op het lichaam te bevelen, bewijs dat niet wordt geleverd, zodat de fouillering onwettig is en de daarop gesteunde tuchtsanctie dat eveneens is, omdat de fouillering precies de “verdachte substantie” aan het licht bracht.

De stelling van de verwerende partij dat de fouillering op het lichaam geen afzonderlijke beslissing vereist en dat een mondelinge beslissing zou volstaan, belet niet dat ook in die hypothese de bewijslast ligt bij de verwerende partij. Zij toont het bestaan van een mondelinge beslissing niet aan. Vermits uit het administratief dossier geenszins blijkt dat de gevangenisdirecteur mondeling de opdracht heeft gegeven tot het uitvoeren van een fouillering op het lichaam. Evenmin blijkt dat een dergelijke opdracht op schrift werd gesteld. Het beginsel van het “*privilège du préalable*” is niet van toepassing vermits de verwerende partij niet aantoont dat een afzonderlijke beslissing werd genomen door de gevangenisdirecteur om een fouillering op het lichaam te bevelen.

9. De verwijzing door de verwerende partij naar artikel 110, § 3, van de basiswet is niet pertinent, 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. De verwijzing naar artikel 149 van de basiswet is evenmin pertinent vermits dit artikel handelt over een gedetineerde die een klacht wenst in te dienen. Hetzelfde geldt voor de verwijzing door deze partij naar artikel 28, § 2, van de wet van 5 augustus 1992 ‘op het politieambt’, 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.

10. Het enige middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de directie van de gevangenis van Brugge van 29 juli 2013, waarbij aan Jethro Roets de tuchtsanctie wordt opgelegd van “afzondering in de aan de gedetineerde toegewezen verblijfsruimte: bezoek achter glas - duur: 30 dagen, VM [voorlopige maatregel] inbegrepen tot en met 25/08/2013 om 14u”.

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 dertien februari tweeduizend vijftien, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Daniël Moons,	staatsraad,
Carlo Adams,	staatsraad,
bijgestaan door	
Joris Casneuf	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Geert Debersaques