

Vergaderjaar 2017–2018

34 893

Wijziging van de Wet foetaal weefsel in verband met het mogelijk maken van het bewaren en gebruiken van foetaal weefsel ten behoeve van de opsporing en vervolging van ernstige zedenmisdrijven

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING**Algemeen****1. Inleiding en achtergrond van het wetsvoorstel***1.1 Aanleiding en doel van het wetsvoorstel*

Zedenmisdrijven als verkrachting, aanranding of ontucht roepen in de samenleving veel gevoelens van woede en afschuw op. Ieder slachtoffer van een zedenmisdrijf verdient steun en bescherming. Deze steun en bescherming bestaan deels uit de vervolging van de vermoedelijke dader. Indien het slachtoffer zwanger is geraakt als gevolg van een zedenmisdrijf en de zwangerschap vervolgens wordt afgebroken, kan het ter beschikking gekomen foetaal weefsel behulpzaam zijn bij het opsporen en vervolgen van de verdachte. Dat is mogelijk door het uit de foetus verkregen DNA-profiel door middel van DNA-verwantschapsonderzoek als bedoeld in artikel 151da of 195g van het Wetboek van Strafvordering (Sv) te vergelijken met het DNA-profiel van degene die wordt verdacht van het zedenmisdrijf, bijvoorbeeld de (stief- of pleeg)vader van het slachtoffer. Indien het resultaat van die vergelijking positief is, kan dat dienen om richting te geven aan het opsporingsonderzoek en ter ondersteuning van het bewijs van het zedenmisdrijf. Dit is in het belang van de waarheidsvinding, het slachtoffer en mogelijke andere slachtoffers.

De Wet foetaal weefsel (Wfw) bevat echter niet de mogelijkheid om foetaal weefsel voor het opsporen en vervolgen van zedenmisdrijven te bewaren en gebruiken. Dat komt omdat deze wet in artikel 2 een gesloten systeem van doeleinden kent waardoor het bewaren en gebruiken van foetaal weefsel alleen is toegestaan voor de doelen die limitatief in dat artikel zijn opgenomen. Als gevolg daarvan is het op dit moment alleen toegestaan om dat weefsel te bewaren en gebruiken ten behoeve van geneeskundige doeleinden, medisch- en biologisch-wetenschappelijk onderzoek en medisch- en biologisch-wetenschappelijk onderwijs. Dit heeft als resultaat dat zelfs wanneer een vrouw het weefsel wenst te laten bewaren omdat zij overweegt aangifte te doen van een zedenmisdrijf, dit volgens de wet niet is toegestaan. Om die reden wordt in dit wetsvoorstel

aan de opsomming van doeleinden in artikel 2 een grond toegevoegd. Die grond betreft de opsporing en vervolging van ernstige zedenmisdrijven waarvan de vrouw het slachtoffer is.

Het wetsvoorstel heeft uitdrukkelijk niet tot doel artsen te verplichten om het foetaal weefsel dat van de vrouw afkomstig is voor deze strafvorderlijke doeleinden te verstrekken. De arts bepaalt of een doorbreking van het beroepsgeheim daarvoor te rechtvaardigen is.

In het bestaande juridische kader voor het bewaren en gebruiken van foetaal weefsel, vormt het toestemmingsvereiste een belangrijk uitgangspunt: het foetaal weefsel mag uitsluitend worden gebruikt indien de betrokken vrouw of de personen die namens haar optreden, daarvoor toestemming hebben gegeven. Tegelijk kan dit vereiste de opsporing van zedenmisdrijven als verkrachting belemmeren, bijvoorbeeld wanneer het meisje of de vrouw zich in een afhankelijkheidssituatie als gevolg van psychische druk of dreiging van geweld niet vrij voelt om haar toestemming te geven of wanneer zij reeds overleden is. Tegen die achtergrond is er in dit wetsvoorstel voor gekozen om de regel dat de vrouw haar toestemming moet verlenen voor het bewaren en gebruiken van het foetaal weefsel, niet te laten gelden in het geval waarin zij jonger dan zestien jaar, wilsonbekwaam of overleden is. Dat betekent dat alleen in de gevallen waarin de vrouw zestien jaar of ouder, wilsbekwaam en uit de aard der zaak nog leeft, de arts alleen met haar toestemming kan besluiten het foetaal weefsel dat van haar afkomstig is, te bewaren en laten gebruiken voor strafvorderlijke doeleinden. Met het hanteren van een leeftijdsgrens van zestien jaar wordt aangesloten bij de huidige leeftijdsgrens die in de Wfw geldt voor het zelfstandig geven van toestemming voor het bewaren en gebruiken van foetaal weefsel; een wilsbekwame vrouw die de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt kan daarvoor zelf toestemming geven of onthouden. Hiermee wordt ook aangesloten bij andere toestemmingsregimes in de zorgwetgeving. Voorbeelden zijn de deelname als proefpersoon aan wetenschappelijk onderzoek en het als patiënt aangaan van een geneeskundige behandelingsovereenkomst, waarover de betrokkene vanaf zestien jaar zelfstandig mag beslissen. Deze leeftijdsgrens geldt ook voor het ondergaan van een abortusbehandeling.

In paragraaf 2 zullen de hiervoor beschreven wijzigingen die in dit wetsvoorstel zijn opgenomen, nader worden toegelicht. Deze memorie van toelichting is uitgebracht mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid.

1.2 Voorgeschiedenis

In juni 2008 publiceerde ZonMw de evaluatie van de Wfw, de wet waarin regels zijn gesteld over de terbeschikkingstelling, het gebruik en de bewaring van foetaal weefsel.¹ In de evaluatie constateerden de onderzoekers onder meer dat in de praktijk foetaal weefsel wordt bewaard en vervolgens gebruikt ten behoeve van de opsporing en vervolging van ernstige misdrijven. Naar aanleiding van die constatering hebben de toenmalige Ministers van Veiligheid en Justitie en van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, het voornemen kenbaar gemaakt om de Wfw op een zodanige manier te wijzigen dat de juridische belemmeringen voor het

¹ ZonMw, *Evaluatie Wet foetaal weefsel*, Den Haag ZonMw (juni 2008) 71. Tevens Kamerstukken II 2007/08, 31 200 XVI, nr. 177. Foetaal weefsel wordt in artikel 1, eerste lid, onderdeel c, van de Wfw, gedefinieerd als «bestanddelen die deel uitmaken van een na een zwangerschapsduur van minder dan vierentwintig weken levenloos ter wereld gekomen dan wel binnen vierentwintig uur na de geboorte overleden menselijke vrucht of van delen daarvan».

gebruik van foetaal weefsel voor strafvorderlijke doeleinden worden weggenomen.² Tijdens een Algemeen Overleg op 30 mei 2013 is dat voornemen ter sprake gekomen, waarvan het nu voorliggende wetsvoorstel het resultaat is.³

2. Uitwerking van het doel van het wetsvoorstel

2.1 Overzicht

Om het in paragraaf 1 beschreven doel van het wetsvoorstel te verwezenlijken, moet de Wfw op twee onderdelen worden aangepast. Ten eerste moet er een aanvullend doeleinde worden opgenomen waarvoor foetaal weefsel mag worden gebruikt. Hiertoe wordt artikel 2, eerste lid, gewijzigd dat in paragraaf 2.2 verder wordt besproken. Ten tweede wordt erin voorzien dat ten behoeve van de in artikel 2, eerste lid, limitatief omschreven zedenmisdrijven als gevolg waarvan foetaal weefsel ter beschikking komt, het gebruiken en bewaren van het foetaal weefsel ook zonder toestemming van de vrouw die jonger is dan zestien, of van de wilsonbekwame of overleden vrouw op herleidbare wijze mag plaatsvinden. Een arts kan immers, zoals in paragraaf 1 is opgemerkt, besluiten om zijn beroepsgeheim te doorbreken en het materiaal zonder haar toestemming te verstrekken. Vanwege het bestaande gesloten systeem van de wet wordt de mogelijkheid van het bewaren en verstrekken zonder haar toestemming expliciet opgenomen in dit wetsvoorstel. Dit wordt bewerkstelligd in het nieuwe artikel 7a. Dit onderdeel van het wetsvoorstel wordt in paragraaf 2.3 verder uitgewerkt.

2.2 Opsporing en vervolging als doeleinde waarvoor foetaal weefsel mag worden gebruikt

Het huidige artikel 2, eerste lid, Wfw, bevat een opsomming van doeleinden waarvoor foetaal weefsel mag worden gebruikt. Het gaat om geneeskundige doeleinden, medisch- en biologisch-wetenschappelijk onderzoek en onderwijs. Er wordt voorgesteld om daar een doeleinde aan toe te voegen. Dit nieuwe doeleinde is de opsporing en vervolging van een afgebakende groep van strafbare feiten, een groep die kan worden aangeduid als «ernstige zedenmisdrijven». De verwijzingen in het voorgestelde artikel 2, eerste lid, onderdeel b, naar het Wetboek van Strafrecht (Sr), betreffen de delicten waarbij foetaal weefsel behulpzaam kan zijn bij de opsporing en vervolging van de dader. Het gaat daarbij onder meer om misdrijven die kunnen leiden tot een zwangerschap en daarmee tot het beschikbaar komen van foetaal weefsel zoals verkrachting (artikel 242 Sr), seksueel binnendringen bij een wilsonbekwame (artikel 243 Sr), seksueel binnendringen bij een kind van jonger dan twaalf jaar (artikel 244 Sr) en seksueel binnendringen bij een kind van tussen de twaalf en zestien jaar (artikel 245 Sr). Voor een volledige opsomming van de delicten waarvoor in het kader van de opsporing en vervolging foetaal weefsel mag worden gebruikt, wordt verwezen naar het artikelsgewijze deel van deze memorie van toelichting.

Bij het opstellen van het wetsvoorstel is tevens aan de orde geweest in hoeverre foetaal weefsel kan worden gebruikt ten behoeve van de opsporing en vervolging van de strafbare feiten doodslag (artikel 287 Sr) en moord (artikel 289 Sr). De casus is denkbaar dat een vrouw als gevolg van een misdrijf overlijdt en een menselijke vrucht in zich draagt. De vrucht kan aanwijzingen bevatten over de achtergrond van het misdrijf en daarom kan het wenselijk zijn om een DNA-profiel vast te stellen van de

² Kamerstukken II 2010/11, 32 500 XVI, nr. 163, blz. 3.

³ Kamerstukken II 2012/13, 29 963, nr. 8, blz. 3 en 8.

niet meer in leven zijnde vrucht. Omdat hier geen sprake is van foetaal weefsel in de zin van de wet (de vrucht is immers niet «ter wereld gekomen», zodat deze niet valt onder de definitie van artikel 1, eerste lid, onderdeel c, Wfw) staat de Wfw niet in de weg om in die casus de overledene op grond van artikel 94, eerste lid, Sv, in beslag te nemen en met behulp van de vrucht die zij in zich draagt, een DNA-onderzoek te laten uitvoeren.

2.3 Aanpassing regime voor toestemming en herleidbaarheid

Toestemming neemt, zoals gezegd, in de Wfw een centrale plaats in en vormt de belangrijkste voorwaarde voor het bewaren en gebruiken van foetaal weefsel. Het algemene toestemmingsregime is neergelegd in artikel 3 Wfw, waarin onder meer is bepaald dat «voor het bewaren en gebruiken van foetaal weefsel de toestemming [is] vereist van de vrouw» (eerste lid). Indien sprake is van een vrouw die jonger is dan zestien jaar maar ouder is dan twaalf jaar, geldt dat naast de toestemming van de vrouw ook de toestemming is vereist van de personen die het gezag over de vrouw uitoefenen (tweede lid). Indien de vrouw ouder dan twaalf jaar is en niet in staat tot een redelijke waardering van haar belangen ter zake (wilsonbekwaam), dan is geen toestemming van de vrouw vereist, maar wel toestemming van de personen die het gezag over haar uitoefenen. Zodra de wilsonbekwame vrouw zestien jaar wordt, is de toestemming van haar wettelijk vertegenwoordiger, of indien deze ontbreekt, van haar echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel een noodzakelijke voorwaarde voor het bewaren en gebruiken van het foetaal weefsel (derde lid). Naast het algemene toestemmingsregime van artikel 3 wordt ook op andere plaatsen in de wet gerefereerd aan toestemming. Zo bevat artikel 4, eerste lid, een inlichtingenplicht (die voorafgaat aan het geven van toestemming) voor de behandelend arts en bepaalt artikel 5, tweede en derde lid, dat de vrouw te allen tijde haar toestemming kan intrekken en wat de gevolgen zijn van die intrekking.

In het geval van een ernstig zedenmisdrijf kan het echter voorkomen dat de benodigde toestemming, ofwel van de vrouw, ofwel van de persoon die naast of namens de vrouw toestemming moet geven, niet wordt gegeven terwijl dat wel zeer wenselijk is. Dit kan aan de orde zijn als de vrouw na de bevalling overleden is en haar partner of een andere nabestaande geen toestemming wil geven omdat die partner zelf de dader is of de nabestaande vermoedt dat de vermoedelijke dader zich in de familie bevindt en dat liever geheim houdt. Toestemming voor het bewaren of gebruiken van het foetaal weefsel kan ook worden geweigerd door de vrouw omdat er vanuit haar omgeving druk op haar wordt uitgeoefend om géén toestemming te geven. Daarnaast is het ook mogelijk dat de persoon die naast of namens de vrouw toestemming moet geven, geen belang heeft om toestemming te verlenen omdat hij zelf voorwerp is van het strafrechtelijk onderzoek, of de vrees heeft dat hij dat in de toekomst zal zijn. Om in die gevallen niet afhankelijk te zijn van de toestemming van betrokkene, zijn in het bij dit wetsvoorstel in de Wfw nieuw ingevoegde artikel 7a het tweede tot en met vierde lid van artikel 3 buiten werking gesteld voor zover het gaat om vrouwen die jonger dan zestien jaar of wilsonbekwaam zijn. Als gevolg daarvan is het bewaren en gebruiken van foetaal weefsel voor de opsporing en vervolging van zedenmisdrijven alleen maar afhankelijk van de toestemming van de vrouw als zij zestien jaar of ouder is, wilsbekwaam en uit der aard der zaak nog in leven is. In de andere gevallen kan de arts besluiten om zijn beroepsgeheim te doorbreken en het weefsel te bewaren en te laten gebruiken zonder toestemming van de vrouw. Met deze afwijking van het uitgangspunt dat foetaal weefsel alleen maar met toestemming van de vrouw mag worden bewaard en benut, wordt de betrokken vrouw die

wilsonbekwaam is of jonger dan zestien jaar beschermd tegen mogelijke repercussies van de persoon die ervan wordt verdacht haar te hebben misbruikt. Bijvoorbeeld de vader die incest bij de vrouw van jonger dan zestien jaar heeft gepleegd of de hulpverlener die een verstandelijke gehandicapte vrouw van zestien jaar of ouder heeft misbruikt. Indien zij seksueel is of wordt misbruikt, is zij erbij gebaat dat het misbruik ophoudt en de identiteit van de dader wordt onthuld. Door het bewaren en gebruiken van het foetaal weefsel in die gevallen niet te laten afhangen van de toestemming van de vrouw, ervaart zij bovendien minder druk van de positie waarin zij als vrouw jonger dan zestien jaar of wilsonbekwame verkeert. Die persoon kan haar naderhand niet verwijten dat zij heeft meegewerkt aan het bevestigen van de verdenking die op hem rust. De hiervoor geschetste systematiek sluit ook aan bij de systematiek van artikel 94, eerste lid, Sv, op grond waarvan inbeslagname zonder toestemming van betrokkene met waarheidsvinding als doel mogelijk is. Onderzoek van het foetaal weefsel ingeval van een vermoeden van een zedenmisdrijf draagt bij aan de waarheidsvinding en daarmee aan het doel van artikel 94, eerste lid, Sv. Dat onderzoek strekt er immers toe om te bewijzen of uit te sluiten dat degene op wie het vermoeden rust van een bepaald zedenmisdrijf, de verwekker is van de menselijke vrucht waarvan dat foetaal weefsel afkomstig is, hetgeen kan dienen ter ondersteuning of ontkrachting van het bewijs van ouderschap van dat misdrijf.

Een nauw verwant vraagstuk betreft de herleidbaarheid van het bewaarde foetaal weefsel. Artikel 7, eerste lid, bevat regels over de herleidbaarheid van het bewaarde foetaal weefsel. Foetaal weefsel wordt, tenzij dat in verband met de aard van het voorgenomen gebruik noodzakelijk is, op een zodanige wijze bewaard dat het niet herleid kan worden tot de vrouw of haar echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel. Daarnaast voorziet dit artikellid in een uitsluiting van de herleidbaarheid van het foetaal weefsel tot een andere persoon dan de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel van de vrouw, van wie de zaadcellen afkomstig blijken te zijn. In het geval van ernstige zedenmisdrijven is de herleidbaarheid van het materiaal van cruciaal belang voor het opsporingsonderzoek. Immers, als het bewaarde foetaal weefsel niet kan worden herleid naar een persoon, kan de eventuele betrokkenheid van die persoon bij een ernstig zedenmisdrijf niet langs die weg worden aangetoond. Daarom moet worden verzekerd dat het foetaal weefsel door de arts kan worden bewaard op een manier dat het materiaal bij het vermoeden dat de vrouw slachtoffer is geweest van een ernstig zedenmisdrijf, wel kan worden herleid tot de vrouw. Dit wordt gerealiseerd door in het nieuwe artikel 7a artikel 7, eerste lid, Wfw, buiten werking te stellen.

In de gevallen genoemd in artikel 2, eerste lid, onderdeel b, zal het foetaal weefsel op enig moment voorhanden komen bij het DNA-laboratorium van het Nederlands Forensisch Instituut (NFI) of een ander laboratorium dat geaccrediteerd is om een DNA-verwantschapsonderzoek uit te voeren. Gelet op de formulering van artikel 6, eerste lid, eerste volzin, Wfw, kunnen deze laboratoria niet worden aangemerkt als een «instelling» in de zin van dat artikellid, omdat bij hen geen foetaal weefsel «ter beschikking komt». «Ter beschikking komen» moet in dit verband namelijk worden begrepen als «voor het eerst ter beschikking komen». De term «instelling» verwijst daarmee naar een abortuskliniek of ziekenhuis. Een DNA-laboratorium is daarom niet gebonden aan de eisen die de Wfw aan instellingen stelt, zoals het vaststellen van een reglement op grond van artikel 6, eerste lid. Gelet daarop is het niet nodig om in het nieuwe artikel 7a erin te voorzien dat artikel 7 niet van toepassing is op DNA-laboratoria.

3. Rol van de arts

3.1 Belangenafweging

Het opsporings- en vervolgingsdoeleinde waarvoor foetaal weefsel mag worden bewaard en gebruikt, laat de belangenafweging die door de arts moet worden gemaakt, intact. Deze belangenafweging betreft enerzijds het belang van de vrouw waarvan de arts het vermoeden heeft dat zij slachtoffer van een zedenmisdrijf is, en anderzijds het belang van de professionele vertrouwelijkheid die van een arts kan en moet worden verwacht. Bij die belangenafweging gaat het om de vraag onder welke omstandigheden de arts zijn medisch beroepsgeheim kan doorbreken. Dit wetsvoorstel beoogt geen wijziging aan te brengen in de wettelijke regeling van het medisch beroepsgeheim, inclusief de daarbij horende jurisprudentie. Het wetsvoorstel neemt slechts de wettelijke beperking voor artsen weg om het weefsel voor de opsporing en vervolging van ernstige zedenmisdrijven te mogen bewaren en verstrekken indien hij een vermoeden van een dergelijk misdrijf heeft. Dat betekent dat er uitdrukkelijk géén verplichting, maar wel een mogelijkheid voor de arts ontstaat om foetaal weefsel ter beschikking te stellen ten behoeve van de opsporing van een verdachte. Een dergelijke mogelijkheid is aan de orde indien de arts wordt geconfronteerd met een «conflict van plichten», waarbij een doorbreking van het medisch beroepsgeheim toelaatbaar zou kunnen zijn om (verdere) ernstige schade voor de betrokken vrouw of anderen (zoals familieleden) af te wenden.

Zoals gezegd voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid dat foetaal weefsel gebruikt wordt voor opsporings- en vervolgingsdoeleinden in het geval van ernstige zedenmisdrijven. De arts kan ermee worden geconfronteerd dat een officier van justitie een naaste van de vrouw verdenkt van het plegen van een dergelijk misdrijf en daarom de arts vraagt om het foetaal weefsel. De arts kan ook zelf de opvatting hebben dat de vrouw mogelijk slachtoffer is van een zedenmisdrijf. Die opvatting kan hij bijvoorbeeld krijgen doordat de vrouw die een abortus wenst te ondergaan, nog heel jong is en de ouders zich vreemd gedragen of doordat de vrouw nog méér van slag is. Indien zij seksueel is of wordt misbruikt, is zij erbij gebaat dat het misbruik ophoudt en de identiteit van de dader wordt onthuld. Indien het slachtoffer geen aangifte heeft gedaan en een arts vangt bij haar signalen van seksueel misbruik op, zal hij aan de hand van de van toepassing zijnde Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling in beginsel de vijf verplichte stappen doorlopen die in die meldcode zijn beschreven⁴ en kan hij bij een Veilig Thuis-organisatie melding van zijn vermoeden van het seksueel misbruik of het zedenmisdrijf doen.⁵ Deze organisatie stelt vervolgens de politie en, als een beschermingsmaatregel nodig is ten behoeve van de veiligheid van het kind, de Raad voor de kindbescherming in kennis van dat vermoeden.

Het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling is 23 juni 2017 zodanig aangepast dat vanaf 1 januari 2019 de eis geldt dat er een afwegingskader in de laatste stap van de Meldcode moet zijn. Als uit het afwegingskader blijkt dat sprake is van (een vermoeden van) ernstig huiselijk geweld of ernstige kindermishandeling, wordt van de professional verwacht dit te melden bij Veilig Thuis. Het doel hiervan is dat (vermoedens van) ernstig huiselijk geweld en ernstige kindermishandeling bij Veilig Thuis bekend zijn en dat Veilig Thuis een veiligheidstoets kan uitvoeren.

⁴ Zie bijlage bij Kamerstukken II 2016/17, 28 345, nr. 111.

⁵ Zie bijlage bij Kamerstukken II 2016/17, 28 345, nr. 170, blz. 5.

De mogelijkheid voor artsen om zonder toestemming foetaal weefsel te bewaren en verstrekken kan de vraag oproepen of dit voor slachtoffers van een zedenmisdrijf aanleiding kan zijn de reguliere zorg te mijden uit vrees voor repercussies uit haar omgeving. Het gaat hier om slachtoffers onder de 16 jaar waarbij de arts het vermoeden heeft dat de zwangerschap ontstaan is door seksueel misbruik of om slachtoffers die wilsonbekwaam zijn. Het risico op het mijden van zorg door deze minderjarigen zal gering zijn aangezien zij gelet op de aard van de behandeling geen langdurige behandel- of vertrouwensrelatie zullen hebben met de betreffende arts. Daar komt bij dat zij veelal niet op de hoogte zullen zijn van het feit dat hun foetaal weefsel voor de opsporing en vervolging van een ernstig zedenmisdrijf wordt bewaard en verstrekt omdat de wetswijziging juist de mogelijkheid biedt om dat zonder hun toestemming en dus ook zonder hun medeweten te doen. De verwachte kleine kans op zorgmijding weegt naar onze mening niet op tegen het belang van bescherming van het slachtoffer van een zedenmisdrijf onder de 16 jaar.

Wilsbekwame vrouwen die de leeftijd van zestien jaar hebben bereikt, zullen doorgaans in staat zijn om voor zichzelf op te komen als zij druk of dreiging met geweld ervaren, bijvoorbeeld door hulp te zoeken. Daarom moeten voor die vrouwen de persoonlijke levenssfeer en het daarmee samenhangende recht om toestemming te geven voor het bewaren en gebruiken van materiaal, prevaleren. In die gevallen ligt het overigens op de weg van de arts om in een vertrouwelijk gesprek met de vrouw te benadrukken dat zij zelf, en niemand anders, bepaalt of het foetaal weefsel zal worden bewaard en gebruikt voor de opsporing en vervolging van een ernstig zedenmisdrijf waarvan zij het slachtoffer is. Daarbij is het van belang dat de arts benadrukt dat de vrouw niet verplicht is om andere mensen te vertellen dat zij toestemming voor het bewaren en gebruiken van foetaal weefsel heeft gegeven en dat de arts zelf gebonden is aan zijn medisch beroepsgeheim en dus verplicht is om de toestemming van de vrouw geheim te houden. Indien de arts desondanks de indruk houdt dat de vrouw afziet van het geven van toestemming als gevolg van druk van buitenaf en het misbruik heeft plaatsgevonden in de huiselijke kring, kan de arts melding doen van een vermoeden van huiselijk geweld. Indien de vrouw de leeftijd van achttien jaar nog niet bereikt heeft, kan de arts melding doen van een vermoeden van kindermishandeling.⁶ Dan kan hulp worden geboden en indien de veiligheid van de minderjarige vrouw ernstig in het geding is, kan een rechter beslissen om het gezag over de minderjarige vrouw toe te wijzen aan een derde. Hiermee kan aanvullende bescherming worden geboden aan wilsbekwame vrouwen die weliswaar tussen de zestien en achttien jaar oud zijn, maar van wie de arts vermoedt dat de vrouw druk van derden ervaart om geen toestemming te geven voor het bewaren en gebruiken van foetaal weefsel.

3.2 Bewaren en verstrekken foetaal weefsel

Het is van belang dat de arts, indien hij een vermoeden van een ernstig zedenmisdrijf heeft en op basis van dat vermoeden overweegt zijn beroepsgeheim te doorbreken, het foetaal weefsel (herleidbaar) bewaart en contact opneemt met het openbaar ministerie, waarna een opsporingsonderzoek kan worden gestart. Het moment van bewaren zal aanvangen op het moment dat de arts het vermoeden krijgt dat de betrokken vrouw slachtoffer is van een ernstig zedenmisdrijf. Dat vermoeden zal logischerwijs moeten rijzen vóórdat het foetaal weefsel beschikbaar komt. Immers, indien bij de arts geen aanwijzingen van een zedenmisdrijf

⁶ Zie bijvoorbeeld de Basismodel Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling (beschikbaar op www.rijksoverheid.nl) en de KNMG-meldcode kindermishandeling en huiselijk geweld (beschikbaar op www.knmg.nl).

bestaan of wanneer de arts geen toestemming heeft van de wilsbekwame vrouw van 16 jaar of ouder, staat het de arts uiteraard niet vrij om foetaal weefsel zonder toestemming van de betrokkene(n) te bewaren of te gebruiken. De termijn waarbinnen de arts het foetaal weefsel van de betrokken vrouw mag bewaren, zal per geval verschillen; het is dan ook ondoenlijk om hiervoor één uniforme, vaststaande termijn voor te schrijven. De bewaartermijn zal aflopen op het moment dat duidelijk wordt dat het foetaal weefsel niet zal worden gebruikt bij de opsporing en vervolging van het betreffende zedenmisdrijf, om welke reden dan ook. Zo kan er bijvoorbeeld onvoldoende aanleiding blijken te zijn om een strafrechtelijk onderzoek te starten of voort te zetten, of de arts beslist dat zijn aanvankelijke vermoeden niet leidt tot een conflict van plichten en er van een doorbreking van zijn medisch beroepsgeheim dus geen sprake zal kunnen zijn.

Het verstrekken van foetaal weefsel door de arts aan het NFI hangt af van de aard van de casus – is het slachtoffer bijvoorbeeld minder- of meerderjarig – en van het feit of het slachtoffer van het zedenmisdrijf, wel of niet bij de politie aangifte van het misdrijf heeft gedaan. Indien het slachtoffer geen aangifte heeft gedaan en een arts vangt bij haar signalen van seksueel misbruik op, zal hij, zoals in paragraaf 3.1 is toegelicht, aan de hand van de van toepassing zijnde Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling in beginsel de vijf verplichte stappen doorlopen die in die meldcode zijn beschreven en zal hij bij een Veilig Thuis-organisatie melding van zijn vermoeden van het zedenmisdrijf doen. Deze organisatie stelt vervolgens de politie en, als een beschermingsmaatregel nodig is ten behoeve van de veiligheid van het kind, de Raad voor de kindbescherming in kennis van dat vermoeden. Vervolgens zal de politie de melding met inachtneming van de Aanwijzing zeden van het College van procureurs-generaal⁷ en de politie-instructie Zeden afhandelen. Dat doet de politie evenzeer in gevallen waarin het slachtoffer van een zedenmisdrijf bij haar aangifte heeft gedaan. In alle zedenzaken is zo goed mogelijk feitenonderzoek nodig om vast te stellen wat er is gebeurd en wie de vermoedelijke dader is. Daarbij kan forensisch onderzoek een belangrijk hulpmiddel zijn, bijvoorbeeld als onbekend is wie de vermoedelijke dader is of als de vermoedelijke dader ontkent dat hij het slachtoffer seksueel heeft misbruikt. In dat laatste geval is, indien het slachtoffer als gevolg van het zedenmisdrijf zwanger is geworden en haar zwangerschap heeft laten afbreken, forensisch onderzoek aan het foetaal weefsel aangewezen zodat zo snel mogelijk tot aanhouding van de vermoedelijke dader kan worden overgegaan. Het bewaren van dat weefsel is ook van belang indien het slachtoffer bij de politie aangifte heeft gedaan. Indien de politie al bij de kliniek aanwezig is waar de abortus wordt uitgevoerd, zal zij het foetaal weefsel, voor zover het verschoningsrecht van de arts zich daarover niet uitstrekt, direct na de uitvoering van de abortus in beslag nemen en naar het NFI brengen. Ingeval de politie niet ter plekke is, zal zij dat op een later moment doen. Daarna zal de officier van justitie aan het NFI de opdracht geven om aan de hand van een deel van het celmateriaal uit het inbeslaggenomen weefsel een DNA-verwantschapsonderzoek uit te voeren met als doel om te bevestigen of uit te sluiten of degene die van het zedenmisdrijf wordt verdacht, de verwekker van de foetus is. Het foetaal weefsel dat niet voor dat onderzoek is gebruikt, bewaart het NFI tot het moment waarop de officier van justitie opdracht heeft gegeven om het te vernietigen. Dat kan hij doen zodra strafvorderlijke belangen zich daar niet (meer) tegen verzetten. Het is de bedoeling dat het NFI zal inventariseren in hoeveel zaken nog foetaal weefsel bij dit instituut ligt opgeslagen. Zodra die inventarisatie is afgerond, zal het NFI die inventarisatie naar het

⁷ Zie *Stcrt.* 2016, 19414.

openbaar ministerie sturen dat vervolgens zal beoordelen of het weefsel inmiddels kan worden vernietigd, of dat het nog bewaard dient te blijven.

4. Grondrechtentoets

4.1 Toepasselijk recht

De wijzigingen die in het wetsvoorstel zijn opgenomen, vormen een beperking van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de vrouw van wie het foetaal weefsel afkomstig is, en van de persoon die naast of namens de vrouw toestemming moet geven, of tot wie het foetaal weefsel herleidbaar is.⁸ De reden hiervoor is dat dit wetsvoorstel een mogelijkheid creëert om, buiten de toestemming van de betrokkenen om, foetaal weefsel voor opsporings- en vervolgingsdoeleinden te gebruiken. Waar het gebruik van het foetaal weefsel tot dusver een vrije keuze is van de vrouw of de persoon die naast of namens de vrouw toestemming moet geven, wordt deze keuzevrijheid in het geval van een vermoeden van ernstige zedenmisdrijven buiten toepassing verklaard voor zover het gaat om vrouwen die jonger zijn dan zestien jaar of wilsonbekwaam zijn. Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is neergelegd in artikel 10 van de Grondwet, artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Deze artikelen laten op dit grondrecht beperkingen toe, mits die bij of krachtens de wet zijn voorzien. Deze wetswijziging bevat die voorziening, waarbij als gevolg van de publicatie in het Staatsblad voldaan wordt aan het vereiste van kenbaarheid. Daarnaast wordt aan het vereiste van voorzienbaarheid voldaan door de voldoende nauwkeurige omschrijving van de grondrechtenbeperking en de norm en de consequenties van een overtreding voldoende duidelijk zijn.

4.2 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)

Artikel 8 van het EVRM stelt aan het beperken van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer verder de eis dat daar een legitiem doel mee wordt nagestreefd. Als legitieme doelen worden in het tweede lid van dit artikel onder andere erkend: het voorkomen van strafbare feiten en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Met het onderhavige wetsvoorstel worden deze twee doelen nagestreefd. Door het DNA-profiel van de foetus en het DNA-profiel van de verdachte te vergelijken wordt immers beoogd te kunnen vaststellen of de verdachte wel of niet de verwekker van de foetus is. Dat komt de effectiviteit en legitimiteit van de opsporing en vervolging van het zedenmisdrijf in het kader waarvan betrokkene wordt verdacht, zoals eerder is toegelicht, ten goede. In de jurisprudentie van het EHRM is aanvaard dat dit doel kan worden begrepen onder het in artikel 8 van het EVRM genoemde voorkomen van strafbare feiten.⁹ Bovendien heeft het gebruik van het foetaal weefsel de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen tot doel, waaronder in het bijzonder de vrouwen die slachtoffer zijn van de in het artikel 2, eerste lid, onderdeel b, Wfw, opgesomde zedenmisdrijven. Personen die seksueel worden misbruikt, zijn erbij gebaat dat het misbruik ophoudt en de identiteit van de dader wordt onthuld.

⁸ Vgl. *Parillo t. Italië*, EHRM 27 augustus 2015, appl.nr. 46470/11, r.o. 159.

⁹ Vgl. *S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 4 december 2008, appl.nrs. 30576/04 en 30566/04, r.o. 100.

Tot slot eist artikel 8 van het EVRM dat het beperken van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer noodzakelijk dient te zijn in een democratische samenleving. Het gebruik van het foetaal weefsel, zoals voorzien in het wetsvoorstel, voldoet aan deze voorwaarde. De overheid dient ervoor te zorgen dat de daders van zedenmisdrijven zoveel mogelijk worden opgespoord, vervolgd en berecht.¹⁰

DNA-verwantschapsonderzoek met behulp van de foetus kan daar, zoals eerder is aangegeven, aan bijdragen. Indien het resultaat van dat onderzoek positief is, dient dat ter ondersteuning van het bewijs van het desbetreffende zedenmisdrijf. Hoewel foetaal weefsel niet de enige aanwijzing kan zijn waarop een verdenking is gebaseerd, zal het wel een zeer belangrijke aanwijzing zijn: met behulp van het DNA-profiel van de foetus kan, zoals eerder in deze memorie van toelichting is beschreven, worden vastgesteld of de verdachte van het zedenmisdrijf de verwekker van de foetus is. Er bestaat geen ander middel dan DNA-onderzoek waarmee die aanwijzing kan worden verkregen. Tevens is hier van belang dat bij het bewaren van het weefsel het toestemmingsvereiste van de vrouw die zestien jaar of ouder en wilsbekwaam is, en de anonimiteit van de betrokkenen gehandhaafd blijft voor de overige doelen waarvoor foetaal weefsel bewaard en gebruikt mag worden: geneeskundige doeleinden, medisch- en biologisch-wetenschappelijk onderzoek en medisch- en biologisch-wetenschappelijk onderwijs. Hierdoor wordt de inperking van de persoonlijke levenssfeer geminimaliseerd tot alleen dat doel waar dit in bepaalde gevallen, na afweging van de arts om zijn beroepsgeheim te doorbreken, noodzakelijk is. De beperking van het recht op het eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer vindt op deze wijze op de minst ingrijpende wijze plaats.

4.3 Richtlijn 95/46/EG en de Wet bescherming persoonsgegevens

Verder is van belang de richtlijn nr. 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PbEG van 24 oktober 1995, L81). Deze richtlijn bouwt voort op het in de volgende paragraaf genoemde verdrag van de Raad van Europa en kent soortgelijke algemene beginselen van gegevensbescherming als die het verdrag noemt. De EU-privacyrichtlijn is geïmplementeerd in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Op het gebruiken en bewaren van het foetaal weefsel door de arts is de Wbp van toepassing, omdat foetaal weefsel kan worden aangemerkt als een drager van persoonsgegevens in de zin van artikel 1, onderdeel a, van die wet. Met andere woorden, uit foetaal weefsel kunnen persoonsgegevens worden afgeleid.

Eén van de kernbepalingen van de Wbp is artikel 7. Dat artikel vereist dat persoonsgegevens voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden worden verzameld. Dit wetsvoorstel voldoet daaraan doordat het opsporingsdoeleinde waarvoor foetussen mogen worden verzameld, naast de huidige doeleinden – het gaat hier om, zoals hiervoor al is beschreven, geneeskundige doeleinden, medisch- en biologisch-wetenschappelijk onderzoek en medisch- en biologisch-wetenschappelijk onderwijs – niet alleen is omschreven, maar ook is afgebakend. Voor andere misdrijven dan de in het voorgestelde artikel 2, eerste lid, onderdeel b, Wfw, genoemde zedenmisdrijven mag foetaal weefsel niet worden bewaard en gebruikt.

¹⁰ Vgl. *C.A.S. en C.S. t. Roemenië*, EHRM 20 maart 2012, appl.nr. 26692/05, op grond waarvan uit artikel 8 EVRM een positieve verplichting kan worden afgeleid om in geval van misbruik van kinderen een effectief strafrechtelijk onderzoek te waarborgen (zie r.o. 71).

Ingevolge artikel 9, eerste lid, van de Wbp, mogen persoonsgegevens niet verder worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor ze zijn verkregen. Bij die beoordeling moeten de criteria, bedoeld in artikel 9, tweede lid, van de Wbp, in acht worden genomen. De toepassing van de verschillende afwegingscriteria uit artikel 9, tweede lid, van de Wbp, zal, gelet op artikel 2 van de Wfw, in beginsel steeds leiden tot een onmogelijkheid van verdere verwerking. Concreet betekent dit tevens dat persoonsgegevens die zijn afgeleid uit foetaal weefsel dat aanvankelijk is bewaard met het oog op de opsporing en vervolging van een verdachte, niet in een later stadium zullen kunnen worden gebruikt voor geneeskundige doeleinden, medisch- of biologisch-wetenschappelijk onderzoek of medisch- of biologisch-wetenschappelijk onderwijs. Daarbij is ook van belang dat de arts een medisch beroepsgeheim heeft. Daarom is, zoals is geëxpliciteerd in artikel 9, vierde lid, van de Wbp, een verwerking van de persoonsgegevens voor andere doeleinden dan waarvoor de gegevens aanvankelijk verkregen zijn, verboden. In het geval dat deze verdere verwerking toch nodig wordt geacht, vereist het beginsel van proportionaliteit dat in artikel 8, tweede lid, van het EVRM is verdisconteerd, apart toestemming aan de vrouw dient te worden gevraagd voor de verwerking van persoonsgegevens voor die doeleinden. Daarnaast zal de vrouw in die gevallen ook, dus naast de toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens, toestemming moeten geven voor het bewaren en gebruiken van het foetaal weefsel zelf.

De grondslag voor de rechtvaardiging van de verwerking van persoonsgegevens die zijn afgeleid uit foetaal weefsel voor de opsporing en vervolging van de in artikel 2, eerste lid, onderdeel b, Wfw, opgesomde ernstige zedenmisdrijven is artikel 8, onderdeel e, Wbp: de gegevensverwerking is noodzakelijk voor de goede vervulling van een publiekrechtelijke taak door het desbetreffende bestuursorgaan dan wel het bestuursorgaan waaraan de gegevens worden verstrekt. Het bestuursorgaan waaraan de gegevens worden verstrekt, is in dit geval het openbaar ministerie aan wie op grond van artikel 124 van de Wet op de rechterlijke organisatie de taak tot opsporing en vervolging van strafbare feiten is opgedragen.

Zoals al meermalen is toegelicht, is de verwerking van de uit foetaal weefsel afgeleide persoonsgegevens noodzakelijk in de zin van artikel 8, onderdeel e, van de Wbp, vanwege de cruciale rol die het foetaal weefsel kan spelen in de bewijsvoering tegen een verdachte.

Daarnaast moet het bewaren en het gebruiken van foetaal weefsel ook aan de vereisten in paragraaf 2 van de Wbp die gaat over de verwerking van bijzondere persoonsgegevens, voldoen. Persoonsgegevens die worden afgeleid uit foetaal weefsel kunnen immers worden aangemerkt als «bijzondere persoonsgegevens», omdat het gaat om een persoonsgegeven betreffende iemands gezondheid. Artikel 21, vierde lid, van de Wbp, bepaalt dat persoonsgegevens betreffende erfelijke eigenschappen slechts mogen worden verwerkt voor zover die verwerking plaatsvindt met betrekking tot de betrokkene bij wie de betreffende gegevens zijn verkregen, tenzij sprake is van een zwaarwegend geneeskundig belang dat prevaleert of de verwerking noodzakelijk is ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek of statistiek. Uit foetaal weefsel kunnen dergelijke persoonsgegevens betreffende erfelijke eigenschappen worden afgeleid. Omdat het óók de erfelijke eigenschappen van de man betreft, is geen sprake van verwerking «met betrekking tot de betrokkene bij wie de betreffende gegevens zijn verkregen». De verwerking van die persoonsgegevens ten behoeve van de opsporing en vervolging van de in het artikel 2, eerste lid, Wfw, opgesomde ernstige zedenmisdrijven valt niet onder de

twee in artikel 21, vierde lid, genoemde uitzonderingsgronden. Het verbiedende karakter van artikel 21, vierde lid, Wbp, brengt met zich dat verstrekking van foetaal weefsel aan justitie ook niet is toegestaan op een van de gronden van artikel 23, eerste lid, Wbp.¹¹ Om het foetaal weefsel voor de opsporing en vervolging van daders van ernstige zedenmisdrijven te kunnen gebruiken moet daarom in de Wfw uitdrukkelijk worden afgeweken van artikel 21, vierde lid, van de Wbp. Artikel 7a van de Wfw voorziet daarin. In dat artikel wordt het verbod van artikel 21, vierde lid, Wbp, voor dit specifieke doel opgeheven. Dat kan worden gerechtvaardigd vanwege de cruciale betekenis die foetaal weefsel kan spelen in het geval van een zedenmisdrijf. Opheffing van het verbod van artikel 21, vierde lid, is verenigbaar met de reeds genoemde richtlijn nr. 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens. Deze privacyrichtlijn biedt de lidstaten een zekere bandbreedte bij het stellen van regels ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens: er is een zeker minimum en maximum aan eisen die dienen te worden gesteld.¹² In de Wbp is in artikel 21, vierde lid, gekozen voor een zeker maximum aan bescherming van erfelijkheidsgegevens. Dat artikellid laat, behoudens de twee genoemde gronden, geen ruimte om van dit verbod af te wijken. Dit strikte regime dat in de Wbp is opgenomen weerspiegelt de Nederlandse houding ten aanzien van de omgang met genetische gegevens in de jaren negentig van de vorige eeuw. Sindsdien is er grote vooruitgang geboekt op het terrein van DNA-gebruik in het kader van opsporing en vervolging. Dit resulteerde onder andere in de totstandkoming van DNA-verwantschapsonderzoek.¹³ Die houding vloeide niet direct voort uit de richtlijn; de richtlijn laat immers meer ruimte voor de verwerking van genetische gegevens. Artikel 8, vijfde lid, van de richtlijn bevat de mogelijkheid dat een lidstaat bij nationale wet om redenen van zwaarwegend algemeen belang afwijkt van het verbod om persoonlijke gegevens te verwerken waaruit de raciale of etnische afkomst blijkt; uit een foetus kan iemands raciale of etnische afkomst worden afgeleid. De nationale wet dient dan wel te voorzien in passende waarborgen. In dit wetsvoorstel wordt gebruik gemaakt van de ruimte die de richtlijn biedt en wordt in de Wfw een wettelijke grondslag gecreëerd voor het gebruik van foetaal weefsel voor de opsporing en vervolging van daders van ernstige zedenmisdrijven, voorzien van passende waarborgen en wordt het verbod van artikel 21, vierde lid, van de Wbp, voor dit specifieke doel opgeheven. De waarborgen houden in dat: de arts beoordeelt of het verstrekken van de foetus aan de officier van justitie of de rechter-commissaris zich verhoudt tot zijn beroepsgeheim; de officier van justitie of de rechter-commissaris voor het verrichten van een DNA-verwantschapsonderzoek op grond van artikel 151da of artikel 195g Sv een bevel dient te geven; celmateriaal van de verdachte respectievelijk van de vrouw ten behoeve van dat onderzoek alleen maar onder de voorwaarden als bedoeld in artikel 151a, 151b, 195a of 195d Sv respectievelijk artikel 151da, tweede lid, of artikel 195g, tweede lid, Sv kan worden verkregen en bij de meerderjarige vrouw kan celmateriaal slechts met haar schriftelijke toestemming worden afgenomen en de minderjarige vrouw kan daartoe worden gedwongen als de officier van justitie over een schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris beschikt; het celmateriaal van de vrouw en het foetaal weefsel en de DNA-profielen die uit dat materiaal ten behoeve van de uitvoering van het DNA-verwantschapsonderzoek zijn verkregen, overeenkomstig het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken vernietigd worden; en er sprake is van één

¹¹ Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, blz. 116.

¹² Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, blz. 5.

¹³ *Stb.* 2011, 555.

van de genoemde ernstige zedenmisdrijven die vermoedelijk heeft geleid tot de zwangerschap waarvan de foetus het gevolg is.

Onverminderd de opheffing van het verbod van artikel 21, vierde lid, van de Wbp, moet de verwerking van uit het foetaal weefsel afgeleide persoonsgegevens, nu dat bijzondere persoonsgegevens zijn, nog gebaseerd zijn op een grond die die verwerking rechtvaardigt. Nu artikel 21 van de Wbp geen grond bevat om het verbod tot het verwerken van foetaal weefsel voor opsporingsdoeleinden te doorbreken, moet daarvoor worden teruggevallen op een van de algemene uitzonderingsgronden uit artikel 23, eerste lid, Wbp. De grond voor de verwerking van een bijzonder persoonsgegeven afgeleid uit foetaal weefsel kan worden gevonden in artikel 23, eerste lid, onderdeel f, Wbp. Op grond van dat artikellid is een dergelijke verwerking toelaatbaar indien deze noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang, passende waarborgen worden geboden ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer en dit bij wet wordt bepaald. Het zwaarwegende algemeen belang bestaat uit de mogelijkheid tot opsporing en vervolging van de ernstige zedenmisdrijven die zijn opgesomd in het voorgestelde artikel 2, eerste lid, onderdeel b, Wfw. Zoals eerder is opgemerkt, hecht het kabinet zeer aan de bescherming van de slachtoffers van deze misdrijven en aan de bescherming van de samenleving als geheel. Dat belang wordt gediend door de opsporing en vervolging van de personen die worden verdacht van het plegen van deze misdrijven. Omdat het foetaal weefsel daarbij via DNA-verwantschapsonderzoek een cruciale rol kan spelen, is het noodzakelijk dat die door de arts kan worden bewaard en door de DNA-deskundige van het NFI kan worden gebruikt voor de uitvoering van het onderzoek. Voor de passende waarborgen die in dit kader ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer gelden en die artikel 23, eerste lid, Wbp, vereist, wordt verwezen naar de in deze paragraaf genoemde waarborgen. Overeenkomstig artikel 23, derde lid, van de Wbp, zal, indien het wetsvoorstel tot wet is verheven, de in die wet toegestane verwerking van foetaal weefsel worden gemeld aan de Europese Commissie.

Met deze waarborgen voldoet het wetsvoorstel ook aan de vereisten van de Algemene verordening gegevensbescherming, die op 25 mei 2018 de Europese privacyrichtlijn en de daarop gebaseerde Wbp (deels) zal vervangen.¹⁴ Het gaat in het bijzonder om artikel 9, tweede lid, onderdeel g, dat de gegevensverwerking toestaat indien «de verwerking is noodzakelijk om redenen van zwaarwegend algemeen belang [...], waarbij de evenredigheid met het nagestreefde doel wordt gewaarborgd, de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens wordt geëerbiedigd en passende en specifieke maatregelen worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene». Hierboven is reeds aangegeven waarom hier naar onze mening sprake is van een zwaarwegend maatschappelijk belang en welke specifieke maatregelen of waarborgen in het leven zijn geroepen om de belangen van de betrokkene te beschermen. Daarnaast wordt om verschillende redenen voldaan aan het evenredigheidsbeginsel. Allereerst gaat het hier om het bereiken van een zeer belangrijk doel, namelijk de opsporing en vervolging van ernstige zedenmisdrijven, waarvan de vrouw wier gegevens worden verwerkt het slachtoffer is. De gegevensverwerking dient daarom in de eerste plaats het belang van de betrokken vrouw. Zij moet daarvoor wel dulden dat het openbaar

¹⁴ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming (PbEU 2016, L119)).

ministerie – mits het foetaal weefsel ook daadwerkelijk van de betrokken arts ontvangt – de persoonsgegevens gaat verwerken die kunnen worden afgeleid uit het foetaal weefsel dat van haar afkomstig is. De uitbreiding van de vereiste gegevensverwerking is gering in verhouding tot het belang van het doel dat ermee gediend wordt. Daarom wordt voldaan aan het vereiste van evenredigheid. Bovendien wordt voldaan aan het vereiste dat de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens wordt geëerbiedigd. Zo blijft het medisch beroepsgeheim van toepassing op de betreffende persoonsgegevens, is het bewaren en gebruiken van foetaal weefsel voor strafvorderlijke doeleinden slechts beperkt tot enkele, uitdrukkelijk opgesomde en ernstige zedenmisdrijven en wordt het uitsluitend voor het openbaar ministerie mogelijk om de persoonsgegevens te verwerken. Het openbaar ministerie voert immers het DNA-verwantschapsonderzoek uit. Daarmee wordt de kern van het recht op gegevensbescherming gewaarborgd.

Het bovenstaande is van toepassing op de verwerking van de bijzondere (genetische) persoonsgegevens in het kader van de opsporing en vervolging van ernstige zedenmisdrijven. Als grondslag voor de andere gegevensverwerkingen die plaatsvinden op grond van de Wfw, kan worden verwezen naar artikel 9, tweede lid, onderdeel h, voor zover gehad om de medische behandeling van de vrouw. In die gevallen wordt ook voldaan aan artikel 9, derde lid, van de verordening, aangezien de verwerking van persoonsgegevens dan plaatsvindt door de arts of diens medewerker. In beide gevallen vallen de gegevens onder het (afgeleid) medisch beroepsgeheim.

Ingevolge artikel 33, eerste lid, Wbp, is de arts als verantwoordelijke verplicht om de vrouw te informeren over onder andere de doeleinden van de verwerking van persoonsgegevens. Op grond van deze bepaling zou de arts aan de vrouw mededeling moeten doen over het feit dat hij het voornemen heeft om foetaal weefsel van de vrouw te verstrekken aan justitie omdat hij het vermoeden heeft dat de vrouw slachtoffer is van een ernstig zedenmisdrijf. Een dergelijke inlichtingenplicht vloeit ook voort uit artikel 4, eerste lid, Wfw, op basis waarvan de arts de vrouw moet inlichten over het gebruik van het foetaal weefsel voordat hij haar toestemming vraagt voor het gebruik van dat weefsel. Op grond van het nieuwe artikel 7a wordt de toepassing van artikel 4, eerst tot en met vierde lid, echter uitgesloten in het geval van een vermoeden van een ernstig zedenmisdrijf omdat de inlichtingenplicht van de arts verbonden is aan het toestemmingsvereiste en dat vereiste vanwege de eerder aangegeven redenen buiten werking wordt gesteld. De toepassing van artikel 33 hoeft echter niet te worden uitgesloten, omdat artikel 43, aanhef en onderdelen b en e, van de Wbp, bepaalt dat niet hoeft te worden voldaan aan de inlichtingenplicht op grond van artikel 33 indien het achterwege laten van inlichtingen noodzakelijk is in het belang van de voorkoming, opsporing en vervolging van strafbare feiten, of de bescherming van de betrokkene. Indien een arts wordt geconfronteerd met een vermoeden van een van de aangewezen ernstige zedenmisdrijven, hoeft hij geen inlichtingen te verstrekken over de doeleinde waarvoor hij het foetaal weefsel in die situatie zal gebruiken. Het vorenstaande betekent niet dat de vrouw niet op enig moment zal worden ingelicht. Zodra op een persoon een verdenking rust van een in artikel 2, eerste lid, van de Wfw, opgesomd zedenmisdrijf waarvan de vrouw slachtoffer is, zal de vrouw, indien zij wilsbekwaam en 16 jaar of ouder is, op grond van artikel 151da, tweede lid, of artikel 195g, tweede lid, Sv worden gevraagd om haar celmateriaal af te staan voor het verrichten van een DNA-verwantschapsonderzoek. In verband daarmee zal zij op de hoogte worden gesteld van het feit dat de arts foetaal weefsel heeft verstrekt voor dat DNA-onderzoek. Dat geldt ook ten aanzien van de minderjarige vrouw die op grond van artikel 151da,

tweede lid, of artikel 195g, tweede lid, Sv, kan worden gedwongen om voor dat doel celmateriaal af te staan.

4.4 Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van personen met het oog op de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens

Ter uitwerking van artikel 8 van het EVRM is het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bescherming van personen met het oog op de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens (Trb. 1988, 7) tot stand gekomen dat in artikel 4 aan iedere Verdragspartij de verplichting oplegt om in de nationale wetgeving een niveau van gegevensbescherming te verwezenlijken dat ten minste gelijk is aan het niveau dat voortvloeit uit de verwezenlijking van de algemene beginselen van gegevensbescherming die zijn neergelegd in het verdrag.

4.5 Aanbeveling nr. R (97) 5 betreffende de bescherming van medische gegevens

Ook staat de Aanbeveling nr. R (97) 5 van het Comité van Ministers van de Lidstaten betreffende de bescherming van medische gegevens (Stcrt. 1998, 38) niet aan de onderhavige regeling in de weg. De artikelen 4.2 en 4.3 van die aanbeveling maken het mogelijk dat medische gegevens – waaronder volgens de definitie die daarvan in artikel 1 van de aanbeveling wordt gegeven, tevens genetische gegevens worden begrepen – van anderen worden verkregen dan van betrokkene, mits dit noodzakelijk is om het doel van de verwerking te verwezenlijken en de wet hierin voorziet ten behoeve van de in artikel 4.3 limitatief opgesomde doeleinden dan wel in zoverre de wet dit toestaat. Onder deze doeleinden valt ook de repressie van een bepaald strafbaar feit. Indien de genetische gegevens in het kader van een juridische procedure of een strafrechtelijk onderzoek worden verwerkt, stelt artikel 4.8 de voorwaarde dat deze verwerking onderwerp dient te zijn van een specifieke wet die gepaste garanties biedt. Een van die garanties is dat de genetische gegevens uitsluitend mogen worden aangewend voor de verificatie van het bestaan van een genetische band in het kader van de bewijsvoering, ter voorkoming van een reëel gevaar of ter repressie van een bepaald strafbaar feit. Het onderhavige wetsvoorstel bevat de wettelijke voorziening die ingevolge de artikelen 4.3 en 4.8 is vereist en de waarborgen voor een zorgvuldige verwerking van de genetische gegevens van betrokkenen. Zoals eerder in deze paragraaf aangegeven is, is het gebruik van de foetus om via DNA-onderzoek een familierelatie vast te stellen, alleen maar geoorloofd, indien aan genoemde waarborgen wordt voldaan.

Bovenstaande leidt tot de conclusie dat het huidige wetsvoorstel in overeenstemming kan worden geacht met de grondrechten.

5. Gevolgen voor regeldruk

Dit wetsvoorstel leidt niet tot regeldrukeffecten voor burgers, bedrijven/instellingen of professionals, met uitzondering van de kosten die samenhangen met de noodzaak voor in het bijzonder abortusartsen om kennis te nemen van de nieuwe regelgeving. Die kosten zullen zeer gering zijn.

6. Consultatie

6.1 Veldpartijen

Het wetsvoorstel is ter consultatie voorgelegd aan het College van procureurs-generaal, de Koninklijke Nederlandse Maatschappij ter bevordering van de Geneeskunst (KNMG), de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie (NVOG) en het Nederlands Genootschap van Abortusartsen (NGvA)¹⁵. De veldpartijen ondersteunen het wetsvoorstel in zijn huidige vorm.

6.2 College bescherming persoonsgegevens

Ingevolge artikel 51, tweede lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens is het wetsvoorstel voor advies voorgelegd aan het College bescherming persoonsgegevens (tegenwoordig: Autoriteit persoonsgegevens). Het College is kritisch ten aanzien van het wetsvoorstel. Die opvatting lijkt te zijn ingegeven door de veronderstelling van het College dat het wetsvoorstel voorziet in een doorbreking van het medisch beroepsgeheim. Zoals hierboven reeds is aangegeven, is die veronderstelling onjuist: het wetsvoorstel beoogt geen wijziging aan te brengen in de regeling van het medisch beroepsgeheim. Meer specifiek heeft de kritiek van het College betrekking op de volgende onderdelen. Ten aanzien van de proportionaliteit stelt het College dat het kleine aantal casus waarbij foetaal weefsel een rol speelt bij de opsporing en vervolging van ernstige zedenmisdrijven onvoldoende is om het wetsvoorstel te onderbouwen. Wij zijn het niet met die opvatting eens; niet alleen het aantal, maar ook de ernst van de casus is van belang. Dit wetsvoorstel heeft betrekking op ernstige zedenmisdrijven. Het zeer ingrijpende karakter van die misdrijven voor de betrokkenen en het feit dat het gebruik van het foetaal weefsel een laatste hulpmiddel zal zijn om die misdrijven alsnog op te lossen is naar onze mening voldoende om het wetsvoorstel als proportioneel te bestempelen. Daarbij is ook van belang dat het wetsvoorstel voorziet in een *mogelijkheid* voor de arts om foetaal weefsel te bewaren en te gebruiken, met inachtneming van zijn beroepsgeheim, en niet in een *verplichting* van de arts om het weefsel te verstrekken aan het openbaar ministerie. Met andere woorden, juist met het oog op het belang van het medisch beroepsgeheim is ervoor gekozen om het doel van het wetsvoorstel te bereiken met een relatief kleine inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokken (wilsonbekwame) vrouw van jonger dan zestien jaar. Ook daarom is het wetsvoorstel naar onze mening proportioneel.

Ten aanzien van het vereiste van subsidiariteit is het College van mening dat alternatieven onvoldoende zijn overwogen. Het College wijst op de mogelijkheid van de inschakeling van een vertrouwensarts, een gereguleerde melding van de arts aan de officier van justitie of het preciezer afbakenen in welke gevallen toestemming achterwege zou moeten blijven. De eerste twee suggesties, de vertrouwensarts en de gereguleerde melding, bieden geen uitkomst voor het probleem dat aanleiding heeft gegeven tot het nu voorliggende wetsvoorstel. Ook als gebruik zou worden gemaakt van een vertrouwensarts of er een gereguleerde melding van de arts aan de officier van justitie zou plaatsvinden, staat de huidige Wfw eraan in de weg dat foetaal weefsel zou kunnen dienen als bewijs bij de opsporing en vervolging van ernstige zedenmisdrijven. Dat komt door de uitputtende opsomming in de Wfw van de doelen waarvoor foetaal weefsel bewaard en gebruikt mag worden. Aan de laatste suggestie van het College, de preciezere afbakening, is gevolg gegeven door slechts ten

¹⁵ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

aanzien van vrouwen van jonger dan zestien jaar en wilsonbekwame vrouwen het toestemmingsvereiste niet te laten gelden. Ten slotte merkt het College op dat niet duidelijk is hoe het «vermoeden» van de arts over een ernstig zedenmisdrijf zich verhoudt tot de term «verdenking» in het kader van strafvordering. Er is voor gekozen om twee aparte begrippen te hanteren om te benadrukken dat het hier gaat om twee verschillende beoordelingen. In het ene geval gaat het om de arts die moet beoordelen of er aanleiding is om foetaal weefsel te bewaren of te gebruiken, in het andere geval gaat het om de vraag of het openbaar ministerie bepaalde dwangmiddelen mag toepassen bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten.

6.3 Openbaar ministerie

Daarnaast is het wetsvoorstel voorgelegd aan het openbaar ministerie. Het openbaar ministerie geeft aan zich te kunnen vinden in de tekst van de voorgestelde bepalingen. Wel vraagt het zich af of in de artikelen 151da en 195g Sv niet zou moeten worden verwezen naar de Wfw. In die artikelen staat immers de wetgeving opgesomd – het betreft hier het Wetboek van Strafvordering, de Wet bescherming persoonsgegevens en de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden – op grond waarvan lichaamsmateriaal mag worden gebruikt voor DNA-verwantschapsonderzoek en de Wfw komt in die opsomming niet voor. Deze vraag heeft ertoe geleid dat in het wetsvoorstel een artikel II is ingevoegd waarin het tweede lid van de artikelen 151da en 195g Sv op een zodanige wijze is aangepast dat ook van lichaamsmateriaal dat ingevolge de Wfw is verkregen, voor dat doel gebruik mag worden gemaakt.

Het openbaar ministerie stelt daarnaast voor om de toelichting die betrekking heeft op de belangenafweging door de arts en diens medisch beroepsgeheim, uit te werken. Hiermee wordt, aldus het openbaar ministerie, de praktijk een handvat geboden waaruit kan worden afgeleid in welke omstandigheden en mogelijk aanleiding zou kunnen zijn om het beroepsgeheim te doorbreken. Het openbaar ministerie verwijst naar de handreiking van de KNMG over dit onderwerp en de mogelijkheid om het beroepsgeheim te doorbreken «voor zover dit noodzakelijk is om het gevaar voor het leven en de gezondheid van de vrouw af te wenden». Aan dit verzoek is in paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting gevolg gegeven. Daarbij wordt – nogmaals – benadrukt dat niet is beoogd om met het nu voorliggende wetsvoorstel een aanpassing in de regeling van het medisch beroepsgeheim te bewerkstelligen. Ten slotte verzoekt het openbaar ministerie ons om de KNMG te verzoeken om bij de volgende herziening van de hierboven genoemde handreiking en van de Meldcode kindermishandeling en huiselijk geweld van de KNMG aandacht te besteden aan de toepassing van de Wfw. Wij zullen aan dit verzoek gevolg geven.

Artikelsgewijs

ARTIKEL I

Artikel 2, eerste lid, onderdeel b

Voor wat betreft het bepaalde in het voorgestelde nieuwe artikel 2, eerste lid, Wfw, wordt verwezen naar paragraaf 2.1 van deze memorie van toelichting. Daaraan kan worden toegevoegd dat de artikelen uit het Wetboek van Strafrecht waarnaar wordt verwezen in het voorgestelde artikel 2, eerste lid, onderdeel b, de volgende strafbare feiten betreffen: verkrachting (artikel 242 Sr); seksueel binnendringen bij een wilsonbekwame (artikel 243 Sr); seksueel binnendringen bij een kind van jonger

dan twaalf jaar (artikel 244 Sr); seksueel binnendringen bij een kind van tussen de twaalf en zestien jaar (artikel 245 Sr); aanranding (artikel 246 Sr); ontucht (artikel 247 Sr); strafverzwaring indien enkele specifiek aangeduide misdrijven door twee of meer verenigde personen worden begaan; strafverzwaring indien ze worden begaan jegens het kind van de dader, jegens het kind over wie de dader het gezag uitoefent, jegens een kind dat hij verzorgt of opvoedt als behorende tot zijn gezin, jegens zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of jegens zijn minderjarige bediende of ondergeschikte; strafverzwaring indien ze zwaar lichamelijk letsel of levensgevaar tot gevolg hebben; of indien ze de dood tot gevolg hebben (artikel 248 Sr); ontucht met minderjarigen in overwichtsituaties of bij misleiding (artikel 248a Sr); gebruik maken van diensten van een prostitué(e) van zestien of zeventien jaar oud (artikel 248b Sr); ontucht met een eigen minderjarig kind, stiefkind of pleegkind, met een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige of met een minderjarige bediende of ondergeschikte; ontucht door een ambtenaar met een aan zijn gezag onderworpen of aan zijn waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen persoon; en ontucht door een bestuurder, arts, onderwijzer, beambte, opzichter of bediende in een gevangenis, rijksinrichting voor kinderbescherming, weeshuis, ziekenhuis of instelling van weldadigheid, met een persoon die daarin is opgenomen; ontucht door een persoon die werkzaam is in de gezondheidszorg of maatschappelijke zorg met een patiënt of cliënt die aan zijn hulp of zorg is toevertrouwd (artikel 249 Sr).

Artikel 7a

Voor wat betreft het voorgestelde nieuwe artikel 2, eerste lid, Wfw, wordt verwezen naar paragraaf 2.2 van deze memorie van toelichting. Ten aanzien van de verwijzing naar artikel 21, vierde lid, Wbp, wordt verwezen naar paragraaf 4.4 van deze memorie van toelichting.

ARTIKEL II

De in artikel II van dit wetsvoorstel voorgestelde wijziging van de artikelen 151da, tweede lid, en 195g, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering strekt ertoe die artikelen te laten aansluiten op de voorgestelde wijziging van de Wfw. De genoemde artikelen bevatten een opsomming van het lichaamsmateriaal dat mag worden gebruikt voor de vaststelling van verwantschap. Het gaat om celmateriaal dat op grond van het Wetboek van Strafvordering, de Wet bescherming persoonsgegevens en de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden. Deze opsomming moet worden uitgebreid, zodat ook materiaal dat is verkregen op grond van de Wfw mag worden gebruikt voor het vaststellen van verwantschap. In die uitbreiding voorziet de voorgestelde wijziging van de artikelen 151da, tweede lid, en 195g, tweede lid. Bij de formulering daarvan is zoveel mogelijk aangesloten bij de formulering van de laatste volzin van de artikelen 151a, eerste lid, en 195a, eerste lid, en de artikelen 151b, vierde lid, en 195d, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering.

ARTIKEL III

Voor wat betreft de inwerkingtreding wordt aangesloten bij het kabinetsbeleid inzake de vaste verandermomenten.

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,
H.M. de Jonge