

Advies over de toets 'juridische houdbaarheid alternatieve scenario's uitvoering Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden'

Marianne Hirsch Ballin, hoogleraar Straf- en strafprocesrecht VU Amsterdam

23 mei 2019

1. Inleiding

Bij brief van 25 maart 2019 vroeg u mij, u te adviseren over de door het Ministerie van Justitie en Veiligheid uitgevoerde mensenrechtelijke toetsing van enige alternatieven ter aanpassing van de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden (hierna: Wet DNA-V). Bij brief van 26 april 2019 zond u mij het resultaat van deze toetsing zoals neergelegd in de notitie 'Juridische houdbaarheid alternatieve scenario's uitvoering Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden' (hierna: de notitie).

Ten behoeve van de mensenrechtelijke toetsing van alternatieven ter aanpassing van de Wet DNA-V waren al de volgende onderzoeken uitgevoerd, die u ook aan mij heeft doen toekomen:

- P.A.M. Mevis, S.R. Bakker, J.S. Nan, B.A. Salverda en J.H.J. Verbaan, 'Onderzoek naar de juridische houdbaarheid van het afnemen en bewaren van celmateriaal voor DNA-onderzoek voor de veroordeling', Erasmus School of Law 2016;
- Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 7 oktober 2016 inzake het afnemen van celmateriaal van verdachten op het moment van hun inverzekeringstelling en het bewaren daarvan met het oog op hun eventuele veroordeling (No. W03.16.0153/II/Vo);
- P. Kruize en P. Gruter, 'Lepelen met een vork. Evaluatie van de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden', WODC 2019.

De analyse in de notitie is voorts in belangrijke mate gebaseerd op de 'impactanalyse' van de effecten van (conservatoire) afname van celmateriaal bij verschillende categorieën van verdachten (de hierna genoemde 'scenario's'). Over de impactanalyse zelf beschik ik niet; daarom heb ik de in de notitie weergegeven resultaten van deze impactanalyse ook voor dit advies als uitgangspunt genomen. In het WODC-evaluatierapport 'Lepelen met een vork' zijn vooral de bevindingen inzake resultaat en capaciteit bij de uitvoering van de Wet DNA-V van belang.

Het onderzoek van Mevis e.a. en het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State behelzen een toetsing aan (met name) artikel 8 EVRM van de mogelijkheid tot aanpassing van de Wet DNA-V naar aanleiding van de aanbeveling van de Commissie Hoekstra. Die aanbeveling houdt in er wettelijk in te voorzien van iedere inverzekeringgestelde verdachte celmateriaal af te nemen en te bewaren en in geval van een veroordeling in de zin van de Wet DNA-V over te gaan tot het opmaken van het DNA-profiel en verwerking in de DNA-databank. De Commissie Hoekstra kwam tot deze aanbeveling omdat een deel van de op grond van de Wet DNA-V opgeroepen veroordeelden geen gehoor geeft aan die oproep en onvindbaar blijkt, waardoor de DNA-databank onvolledig blijft.¹ De mensenrechtelijke toets in de notitie bouwt voort op het onderzoek van Mevis e.a. en het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over (onder meer) deze aanbeveling.

¹ R.J. Hoekstra e.a., 'Rapport van de onderzoekscommissie strafrechtelijke beslissingen openbaar ministerie naar aanleiding van de zaak-Bart van U.', 2015 (Rapport van de Commissie Hoekstra), *Kamerstukken II* 2014/15, 29279, nr. 247 (bijlage).

De mensenrechtelijke toetsing in de notitie heeft in de eerste plaats betrekking op een aanpassing van de Wet DNA-V door conservatoire afname van celmateriaal bij verdachten mogelijk te maken (het eerste alternatief). Het celmateriaal wordt bij de verdachte afgenomen en bewaard. Alleen wanneer vervolgens een veroordeling volgt in de zin van artikel 2 van de Wet DNA-V (een veroordeling voor een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is en waarvoor een vrijheidsbenemende straf of maatregel of een taakstraf is opgelegd) en geen sprake is van een van de uitzonderingen ingevolge artikel 2 lid 1 onder a en b Wet DNA-V, wordt het DNA-profiel opgemaakt en opgeslagen in de DNA-databank. Het afgenomen celmateriaal van de overige verdachten wordt vernietigd. Dit alternatief is nader uitgewerkt in diverse 'scenario's voor de vormgeving ervan. Het gaat daarbij om de volgende 'scenario's waarbij conservatoir celmateriaal wordt afgenomen van:

1. iedere verdachte die in verzekering is gesteld;
2. iedere verdachte die in bewaring is genomen;
- 3.1. iedere verdachte die is aangehouden of wordt verhoord (zonder aanhouding) voor een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is;
- 3.2. iedere verdachte die is aangehouden voor een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is;
- 4.1. iedere persoon die na ophouding voor onderzoek – na te zijn voorgeleid na de aanhouding – na verhoor (zonder aanhouding) of aan het einde van de inverzekeringstelling, wordt verdacht van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is.
- 4.2. iedere persoon die na te zijn voorgeleid na de aanhouding of aan het einde van de inverzekeringstelling, wordt verdacht van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is.

Elk van de voornoemde scenario's kent twee subscenario's:

- a. alle verdachten;
- b. alleen verdachten zonder een bekend adres.

Het gaat daarmee dus om 12 te onderscheiden scenario's voor conservatoire afname. Achtergrond van de b-subscenario's is dat uit het rapport 'Lepelen met een vork' kan worden afgeleid dat bij ongeveer 10% van de veroordeelden voor wie een bevel-DNA is afgegeven, geen celmateriaal wordt afgenomen. Het gaat daarbij met name om veroordeelden zonder vaste woon- of verblijfplaats en veroordeelden met een buitenlands adres, die ten tijde van het bevel-DNA niet in detentie zitten.²

Voorts zijn in de notitie de volgende twee andere alternatieven voor aanpassing van het wettelijk systeem beoordeeld:

- De wettelijke strafvorderlijke bevoegdheid (artikel 151a en 151b Sv en 195a en 195d Sv) tot het verrichten van een DNA-onderzoek aan te passen in de zin dat het criterium van het onderzoeksbelang komt te vervallen.
- De introductie van een wettelijke verplichting van bepaalde verdachten altijd celmateriaal af te nemen, direct daaruit het DNA-profiel op te maken en te vergelijken met de profielen in de DNA-databank.

² P. Kruijze en P. Gruter, 'Lepelen met een vork. Evaluatie van de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden', WODC 2019, p. 11.

In totaal heeft de mensenrechtelijke toets aldus betrekking op drie alternatieven voor aanpassing van de wettelijke regeling inzake DNA-onderzoek, waarbij het eerste alternatief is onderverdeeld in 12 mogelijk scenario's.

Hieronder zal ik eerst kort de conclusies van mijn advies weergeven (paragraaf 2). Ter verdere toelichting daarop zal ik vervolgens ingaan op de voor de onderhavige mensenrechtelijke toets relevante rechtspraak van het EHRM (paragraaf 3). In paragraaf 4 geef ik ten slotte per alternatief een nadere toelichting op mijn conclusies.

2. Conclusies van het advies

Vooropgesteld moet worden dat op grond van de rechtspraak van het EHRM (en het Hof van Justitie van de Europese Unie) geen volledige duidelijkheid kan worden gegeven over de voorliggende alternatieven voor aanpassing van de Wet DNA-V. De rechtspraak is casuïstisch en aldus afhankelijk van de concrete omstandigheden van de zaak die voorlag. Niettemin kunnen in de rechtspraak belangrijke aanknopingspunten worden gevonden voor de waarborgen waaraan een regeling voor afname van celmateriaal en DNA-onderzoek in het belang van het voorkomen en opsporen van strafbare feiten moet voldoen. Kern van de rechtspraak op grond van het recht ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer is dat de procedure als geheel voldoende waarborgen moet kunnen bieden tegen misbruik en willekeur. Daarbij gaat het erom dat de procedure waarborgt dat de data die worden bewaard relevant en niet excessief zijn voor de doeleinden van de bewaring en dat geen sprake is van verwerking die langer duurt dan noodzakelijk voor het betreffende doel. Meer in het bijzonder gaat het om:

- afbakening van de categorie van personen (verdachten en/of veroordeelden) van wie celmateriaal kan worden afgenomen opdat zoveel mogelijk relevante gegevens worden bewaard en geen sprake is van excessieve bewaring in relatie tot het nagestreefde doel;
- in geval van afname bij verdachten een zodanige afbakening dat geen stigmatisering plaatsvindt op grond van de status als verdachte;
- objectieve begrenzing van het gebruik van het bewaarde celmateriaal of DNA-profiel, zoals een verplichting tot vernietiging bij vrijspraak of niet-vervolgung;
- duidelijke regels die de bewaartermijnen – waar nodig gedifferentieerd – bepalen en bewaring beperking tot het noodzakelijke;
- effectieve procedurele waarborgen om de opgeslagen gegevens te beschermen en te beveiligen ter voorkoming van ongepast en ongeoorloofd gebruik van de gegevens;
- een rechtsmiddel dat kan worden aangewend door de betrokkene en tot gevolg kan hebben dat het celmateriaal wordt vernietigd en het DNA-profiel uit de DNA-databank wordt verwijderd;
- extra waarborgen waar het gaat om opslag en verwerking van celmateriaal en DNA-profielen van minderjarigen.

Het voorgaande leidt tot de volgende conclusies ten aanzien van de bevindingen in de notitie over de onderzochte alternatieven:

Alternatief 1:

De conclusie in de notitie dat een keuze voor een scenario waarbij van elke in verzekering gestelde verdachte conservatoir celmateriaal wordt afgenomen (scenario 1a) *in abstracto* een in het licht van artikel 8 EVRM gerechtvaardigde ingreep op de persoonlijke levenssfeer is, kan worden onderschreven. Daarbij is van belang dat, gelet op de procedure in het geheel, de extra ingreep die gepaard gaat met de conservatoire afname bij verdachten als beperkt kan worden beschouwd, mits wordt voorzien in strikte waarborgen ter bescherming en beveiliging van de conservatoire bewaarde gegevens. Voorkomen dient te worden dat het celmateriaal langer wordt bewaard dan nodig. Ook moet worden gewaarborgd dat geen toegang kan worden gekregen tot het celmateriaal totdat sprake is van een veroordeling in de zin van de Wet DNA-V. Indien zo'n veroordeling niet volgt, wordt het celmateriaal verwijderd. Om zeker te stellen dat geen celmateriaal onopgemerkt in het systeem blijft, zal als waarborg ook kunnen worden gedacht aan een maximale bewaartermijn en/of een rechtsmiddel voor de verdachte. Mits er wordt voorzien in voldoende procedurele waarborgen die beschermen tegen ongedifferentieerde bewaring én toepassing niet leidt tot excessieve bewaring in relatie tot het doel (in dit geval: verwerking in de DNA-databank in geval van een veroordeling in de zin van de Wet DNA-V ter voorkoming en opsporing van andere strafbare feiten), zijn ook andere scenario's voor conservatoire afname denkbaar.

Alternatief 2:

Dit alternatief verdient niet de voorkeur omdat het zich niet goed verhoudt tot het karakter van strafvorderlijke bevoegdheden en het algemene uitgangspunt dat in het concrete geval de inzet van een bepaalde bevoegdheid moet bijdragen aan het daarmee beoogde (opsporings)doel. Ook in dat opzicht acht ik de bevindingen in de notitie juist.

Alternatief 3:

Anders dan wordt geconcludeerd in de notitie, kan niet zonder meer worden gezegd dat afname van celmateriaal en onmiddellijke verwerking van de daaruit opgemaakte profielen in de DNA-databank in strijd met artikel 8 EVRM moet worden geacht wegens onvoldoende noodzakelijkheid en disproportionaliteit. Ook hier zal het erom gaan dat wordt voorzien in een procedure die beschermt tegen misbruik en willekeur door waarborgen tegen excessieve en langere bewaring en verwerking dan noodzakelijk voor het nagestreefde doel. Bij een keuze voor een dergelijk alternatief luistert met name nauw dat de categorie verdachten waarop de regeling van toepassing is, op grond van objectieve criteria wordt afgebakend en dat de noodzaak van onmiddellijke verwerking in de DNA-databank ten aanzien van die categorie kan worden onderbouwd. Gelet op de aard van de ingreep zal de procedure daarnaast moeten voorzien in extra waarborgen ter beperking van de opslag en verwerking tot het strikt noodzakelijke (zie hierover verder de toelichting in paragraaf 4).

3. Juridisch kader

3.1 Inleiding

Vooropgesteld moet worden dat de voorgestelde alternatieven voor aanpassing van de wettelijke regeling geen aanleiding geven tot nader onderzoek naar de verenigbaarheid met andere grond- of

mensenrechten, dan het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Over die relatie tot andere grond- en mensenrechten, verwijs ik dan ook naar de analyse in het rapport van Mevis e.a.³ Het hierna uiteengezette juridische kader heeft alleen betrekking op het voor het onderhavige advies meest relevante grond- en mensenrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Tussen de verschillende reeds uitgevoerde analyses zitten wat betreft de verenigbaarheid met artikel 8 EVRM nuanceverschillen. Dit heeft met name te maken met de duiding van de ‘aard van de ingreep’ en de interpretatie van de eisen die het EHRM in de rechtspraak stelt om de met afname en bewaring van respectievelijk celmateriaal en DNA-profiel gepaard gaande ingreep noodzakelijk in een democratische samenleving te kunnen achten. Vanwege deze nuanceverschillen zal ik hieronder eerst een korte algemene inleiding op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer geven en vervolgens aandacht besteden aan de interpretatie van de rechtspraak van het EHRM wat betreft de voor dit onderwerp relevante elementen. Ook wordt aandacht gegeven aan de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU), voor zover die betekenis kan hebben voor het onderhavige onderwerp.

Daarbij stel ik voorop dat de rechtspraak van het EHRM (en het HvJ EU) geen zekerheid geeft. De analyse van het EHRM en de uitkomst ervan is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval dat aan het EHRM voorlag. De rechtspraak van het EHRM geeft dus slechts richting wat betreft de relevante factoren die een lidstaat zal moeten betrekken bij de vormgeving van een wettelijke regeling voor DNA-onderzoek.

3.2 Algemeen: het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer

Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is gewaarborgd in artikel 8 EVRM:

- “1. Eenieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”

Ook het Handvest van de grondrechten van de EU (hierna: Handvest) omvat bepalingen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In artikel 7 van het Handvest is het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer neergelegd. Artikel 8 waarborgt het recht op gegevensbescherming. De bepalingen van het Handvest zijn mede gericht tot de lidstaten, waar het gaat om het ten uitvoer brengen van het recht van de Unie. Dat lijkt bij de hier te bespreken (aanpassingen van) de Wet DNA-V niet zonder meer aan de orde. De artikelen 7 en 8 Handvest hebben

³ P.A.M. Mevis, S.R. Bakker, J.S. Nan, B.A. Salverda en J.H.J. Verbaan, ‘Onderzoek naar de juridische houdbaarheid van het afnemen en bewaren van celmateriaal voor DNA-onderzoek voor de veroordeling’, Erasmus School of Law 2016, p. 13-19.

bovendien tot op heden niet tot jurisprudentie van het Hof van Justitie geleid op het terrein van de afname van celmateriaal en/of DNA-onderzoek, waardoor de betekenis van deze rechten specifiek voor deze onderwerpen niet anders is dan de betekenis van artikel 8 EVRM. Niettemin geeft de jurisprudentie van het Hof inzake de opslag en verwerking van persoonsgegevens voor strafrechtelijke doeleinden in relatie tot met name artikel 8 Handvest, ook aanknopingspunten voor de waarborgen waarmee de opslag en verwerking van celmateriaal en DNA-materiaal moeten zijn omkleed.⁴ Voor zover die rechtspraak nadere invulling kan geven aan de vormgeving van een regeling voor DNA-onderzoek, wordt die rechtspraak hierna besproken.

Op grond van vaste jurisprudentie van het EHRM beschermt artikel 8 EVRM het individu tegen willekeurige inbreuken door de overheid op zijn of haar persoonlijke levenssfeer. Daarbij komt de lidstaten beoordelingsvrijheid toe bij het maken van een afweging tussen de botsende belangen van het individu enerzijds en van de (bescherming van de) samenleving als geheel anderzijds.

Zie:

- EHRM 27 oktober 1994, app. no. 18535/91 (*Kroon and Others v. The Netherlands*), par. 31;
- EHRM 24 juni 2004, app. no. 59320/00 (*Von Hannover v. Germany*), par. 31 en 57.

De beoordelingsvrijheid die toekomt aan de lidstaten in een concreet geval is afhankelijk van verschillende factoren, waaronder de aard van het betreffende recht, het belang ervan voor de betrokkene, de aard van de ingreep en het doel dat met de ingreep op het recht wordt nagestreefd. Dit betekent onder meer dat aan staten minder beoordelingsvrijheid toekomt wanneer de aard van de ingreep raakt aan belangen die betrekking hebben op de kern van de persoonlijke levenssfeer, zoals aan een belangrijk aspect van iemands bestaan of identiteit.

Zie: EHRM 4 december 2008, app no. 30562/04 en 30566/04 (*S. and Marper v. The United Kingdom*), par. 102:

“A margin of appreciation must be left to the competent national authorities in this assessment. The breadth of this margin varies and depends on a number of factors, including the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual, the nature of the interference and the object pursued by the interference. The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual’s effective enjoyment of intimate or key rights (see Connors v. the United Kingdom, no. 66746/01, § 82, 27 May 2004, with further references). Where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted (see Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to how best to protect it, the margin will be wider (see Dickson v. the United Kingdom [GC], no. 44362/04, § 78, ECHR 2007-V).”

⁴ Met name de arresten HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland Ltd/Seitlinger*) en HvJ EU 21 december 2016, C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970 (*Tele2 t. Post- och telestyrelsen en Secretary of State or the Home Department t. Tom Watson e.a.*).

Volgens vaste rechtspraak van het EHRM is een ingreep in de persoonlijke levenssfeer van een individu op grond van het tweede lid van artikel 8 EVRM gerechtvaardigd indien die ingreep in overeenstemming is met het recht en noodzakelijk in de democratische samenleving voor de verwezenlijking van een van de in artikel 8 lid 2 EVRM genoemde doelen. Een ingreep in de persoonlijke levenssfeer is in overeenstemming met het recht indien er sprake is van een basis in het nationale recht (in Nederland gelet op artikel 10, en voor dit onderwerp ook 11, Grondwet bij of krachtens een wet in formele zin) die (i) toegankelijk is en (ii) met voldoende precisie is geformuleerd in de zin dat eenieder kan voorzien in welke situaties de autoriteiten mogen ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer (voorzienbaarheid). Een basis in het nationale recht die met voldoende precisie is geformuleerd, betekent niet dat die basis, zekerheid moet bieden. Het recht moet in staat zijn zich aan te passen aan veranderende omstandigheden. Daarom is het noodzakelijk gebruik te maken van termen die vaag zijn en in de praktijk tot interpretatie en toepassing komen. Het gaat erom dat de basis in het recht adequate bescherming biedt tegen willekeur.

Zie:

- EHRM 26 april 1979, app. no. 6538/74 (*Sunday Times v. The United Kingdom*), par. 49;
- EHRM 24 april 1990, app. nos. 11801/85 en 11105/84 (*Kruslin v. France en Huvig v. France*), par. 30/29;
- EHRM 2 augustus 1984, app. no. 8691/79 (*Malone v. The United Kingdom*), par. 66;
- EHRM 4 december 2008, app no. 30562/04 en 30566/04 (*S. and Marper v. The United Kingdom*), par. 95;
- EHRM 2 september 2010, app. no. 35623/05 (*Uzun v. Germany*), par. 60-61;
- EHRM 27 juni 2017 (*Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland*), app. no. 931/13, par. 143.

De ingreep wordt geacht noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving voor een van de in artikel 8 lid 2 EVRM genoemde doelen indien de ingreep beantwoordt aan een dringende maatschappelijke behoefte (*pressing social need*) en proportioneel is om het beoogde doel te bereiken en de redenen van de nationale autoriteiten voor de ingreep relevant en voldoende zijn (*relevant and sufficient*).

Zie:

- EHRM 25 maart 1983, app. nos. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 en 7136/75 (*Silver and others v. The United Kingdom*), par. 97;
- EHRM 26 maart 1987, app. no. 9248/81 (*Leander v. Sweden*), par. 58;
- EHRM 4 December 2008 (*S. and Marper v. The United Kingdom*), app no. 30562/04 and 30566/04, par. 101.

3.3 Aard van de ingreep in de persoonlijke levenssfeer

Het begrip privéleven is volgens vaste rechtspraak van het EHRM een breed begrip, zonder vaststaande reikwijdte. Het heeft betrekking op de fysieke en psychische identiteit van een persoon, kan betrekking hebben op een veelheid aan aspecten van iemands fysieke en sociale identiteit en dient te worden geïnterpreteerd in het licht van hedendaagse omstandigheden. Ook andere aspecten die kunnen leiden tot persoonsidentificatie of vaststelling van een familierelatie en informatie over de gezondheid of etnische identiteit zijn belangrijke aspecten van het privéleven.

Zie:

- EHRM 26 March 1985 (*X and Y v. The Netherlands*), app. No. 8978/80, par. 22;
- EHRM 29 April 2002 (*Pretty v. United Kingdom*), app. no. 2346/02, par. 61;
- EHRM 4 December 2008, app no. 30562/04 en 30566/04 (*S. and Marper v. The United Kingdom*), par. 66.

De afname en verwerking van celmateriaal en DNA-onderzoek betreft aldus een ingreep in de persoonlijke levenssfeer. Uit de rechtspraak van het EHRM kunnen met betrekking tot de aard van de ingreep de volgende relevante factoren worden afgeleid.

In de eerste plaats beschouwt het hof de ingreep die gepaard gaat met het bewaren van celmateriaal en DNA-profielen als zwaarder dan de ingreep die gepaard gaat met bijvoorbeeld het bewaren van vingerafdrukken. Redengevend is daarvoor voor het EHRM dat celmateriaal en DNA-profielen een groter potentieel hebben voor gebruik in de toekomst.

Zie:

- EHRM 4 December 2008 (*S. and Marper v. The United Kingdom*), app no. 30562/04 and 30566/04, par. 69;
- EHRM 7 December 2006 (*Van der Velden v. The Netherlands*) (*ontvankelijkheidsbeslissing*), app. no. 29514/05.

Uit de ontvankelijkheidsbeslissing in *Van der Velden t. Nederland* en het arrest van het Hof in *S. and Marper t. het Verenigd Koninkrijk* volgt bovendien dat het Hof de ingreep die gepaard gaat met het bewaren van celmateriaal onderscheidt van de ingreep die gepaard gaat met het bewaren van DNA-profielen. In het bijzonder ten aanzien van celmateriaal concludeert het Hof dat het bewaren ervan als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer moet worden beschouwd. Het gaat er daarbij om dat gelet op de (nog onduidelijke) mogelijkheden voor gebruik van celmateriaal in de toekomst ten gevolge van ontwikkelingen op het gebied van genetica en informatietechnologie, celmateriaal – anders dan vingerafdrukken en DNA-profielen – niet kan worden aangemerkt als neutraal identificerend materiaal. In het arrest *S. and Marper* voegt het Hof daar nog aan toe dat celmateriaal veel gevoelige informatie bevat over een persoon, zoals over zijn of haar gezondheid, en een voor die persoon unieke genetische code kent die van groot belang is voor de betrokkene en zijn of haar familieleden. Het bewaren van celmateriaal maakt daarmee, ongeacht het gebruik ervan, reeds inbreuk op de persoonlijke levenssfeer.

Zie: EHRM 7 December 2006 (*Van der Velden v. The Netherlands*) (*ontvankelijkheidsbeslissing*), app. no. 29514/05:

“The Court should first consider whether the impugned measure amounted to an interference with the rights protected by Article 8 since, if this is not the case, there is no need for a justification of the measure. As far as the taking of a mouth swab in order to obtain cellular material from the applicant is concerned, the Court accepts that this amounted to an intrusion on the applicant’s privacy. As regards the retention of the cellular material and the subsequently compiled DNA profile, the Court observes that the former Commission held that

fingerprints did not contain any subjective appreciations which might need refuting, and concluded that the retention of that material did not constitute an interference with private life [...]. While a similar reasoning may currently also apply to the retention of cellular material and DNA profiles, the Court nevertheless considers that, given the use to which cellular material in particular could conceivably be put in the future, the systematic retention of that material goes beyond the scope of neutral identifying features such as fingerprints, and is sufficiently intrusive to constitute an interference with the right to respect for private life set out in Article 8 § 1 of the Convention.”

Zie voorts: EHRM 4 December 2008 (*S. and Marper v. The United Kingdom*), app no. 30562/04 and 30566/04, par. 70-72.

Het bewaren en verwerken van DNA-profielen acht het Hof minder ingrijpend omdat het gaat om een beperktere hoeveelheid persoonlijke informatie. Niettemin maakt ook reeds het bewaren van DNA-profielen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. De data in de profielen zijn weliswaar objectief en onweerlegbaar, maar de automatische verwerking ervan geeft de autoriteiten mogelijkheden die verder gaan dan neutrale identificatie, bijvoorbeeld omdat het mogelijk is familiale relaties en etniciteit vast te stellen.

Zie:

- EHRM 4 December 2008 (*S. and Marper v. The United Kingdom*), app no. 30562/04 and 30566/04, par. 74-76;
- EHRM 22 juni 2017 (*Aycaguer v. France*), app. no. 8806/12, par. 33.

Tot slot kan uit de ontvankelijkheidsbeslissing van het EHRM in de zaak *Van der Velden t. Nederland* worden afgeleid dat het Hof de *afname* (in dat geval van wangslimvlies met behulp van een wattenstaafje) als een zelfstandige ingreep beschouwt, naast de ingreep die het gevolg is van het *bewaren en verwerken* van celmateriaal en DNA-profielen.

Zie:

- EHRM 7 December 2006 (*Van der Velden v. The Netherlands*) (ontvankelijkheidsbeslissing), app. no. 29514/05;
- EHRM 15 mei 2018 (*Caruana v. Malta*) (ontvankelijkheidsbeslissing), app. No. 41079/16, par. 28.

De afname, het bewaren van het celmateriaal en het bewaren en verder verwerken van DNA-profielen zijn aldus ieder op zich ingrepen in de persoonlijke levenssfeer van onderscheiden aard. Tegelijkertijd gaat het bij de uiteindelijke waardering van de aard van de ingreep om het volledige plaatje: de specifieke context waarbinnen materiaal is verkregen en wordt bewaard, de specifieke aard van het bewaarde materiaal, de wijze waarop het materiaal wordt gebruikt en verwerkt en de resultaten die ermee kunnen worden verkregen.

Zie: EHRM 4 December 2008 (*S. and Marper v. The United Kingdom*), app no. 30562/04 and 30566/04, par. 67 en 120.

3.4 De beoordeling in het licht van artikel 8 lid 2 EVRM

Uit de rechtspraak van het EHRM inzake DNA-onderzoek kan worden afgeleid dat het EHRM de wijze van regulering van afname van celmateriaal en het bewaren en verwerken van DNA-profielen op een vergelijkbare manier benadert als het afluisteren van telecommunicatie en heimelijke surveillancemethoden. Dat betekent dat sprake dient te zijn van:

“[...]clear, detailed rules governing the scope and application of measures, as well as minimum safeguards concerning, inter alia, duration, storage, usage, access of third parties, procedures for preserving the integrity and confidentiality of data and procedures for its destruction, thus providing sufficient guarantees against the risk of abuse and arbitrariness.”

Zie: EHRM 4 December 2008 (*S. and Marper v. The United Kingdom*), app no. 30562/04 and 30566/04, par. 99.

De eisen die het EHRM in dit verband stelt aan de kwaliteit van de basis in het recht staan in nauw verband met de beoordeling van de noodzakelijkheid van de ingreep in de democratische samenleving. Het EHRM legt daarbij steeds nadrukkelijker de nadruk op de waardering van de procedure als een geheel.

Zie bijv.:

- EHRM 4 juni 2013 (*Peruzzo and Martens v. Germany*), app. no. 7841/08 and 57900/12 (ontvankelijkheidsbeslissing), par. 39;
- EHRM 4 december 2015 (*Roman Zakharov v. Russia*), app. no. 47143/06, par. 232.

Wat betreft de legitieme doelen – het voorkomen van criminaliteit en de bescherming van rechten en vrijheden van anderen – van afname en het bewaren van celmateriaal en verwerking van DNA-profielen in een DNA-databank, wijst het EHRM op de substantiële bijdrage die DNA-materiaal heeft geleverd aan de rechtshandhaving en de strijd tegen criminaliteit. Dat is voor het Hof een belangrijke omstandigheid die wordt meegenomen in de beoordeling of de ingreep ook noodzakelijk is in een democratische samenleving.

Zie:

- EHRM 7 December 2006 (*Van der Velden v. The Netherlands*) (ontvankelijkheidsbeslissing), app. no. 29514/05;
- EHRM 4 December 2008 (*S. and Marper v. The United Kingdom*), app no. 30562/04 and 30566/04, par. 105;
- EHRM 22 juni 2017 (*Aycaguer v. France*), app. no. 8806/12, par. 34 en 36.

In de zaak *S. and Marper* benadrukt het EHRM dat extra bescherming aangewezen is wanneer sprake is van automatische verwerking en de verwerking plaatsheeft voor politiedoeleinden. Bescherming tegen misbruik en willekeur is te meer belangrijk waar het gaat om gevoelige data als DNA-informatie. Het recht dient in dat geval te waarborgen dat de data die worden bewaard relevant en niet excessief zijn voor de doeleinden van de verwerking en dat geen sprake is van langere verwerking dan noodzakelijk voor het betreffende doel.

Zie:

- EHRM 4 December 2008 (*S. and Marper v. The United Kingdom*), app no. 30562/04 and 30566/04, par. 103;
 - EHRM 18 April 2013 (*M.K. v. France*), app no. 19522/09, par. 35;
 - EHRM 4 juni 2013 (*Peruzzo and Martens v. Germany*), app. no. 7841/08 and 57900/12 (ontvankelijkheidsbeslissing), par.42;
 - EHRM 22 juni 2017 (*Aycaguer v. France*), app. no. 8806/12, par. 37.
- Vgl. ook: HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland Ltd/Seitlinger*), par. 54 en 55.

Als het gaat om het bewaren van celmateriaal en DNA-profielen ten behoeve van het functioneren van de DNA-databank, benadrukt het Hof het belang van duidelijke regels wat betreft bewaartermijnen en gebruik, zoals een verplichting tot vernietiging in geval van vrijspraak of niet-vervolgung. In de zaak *S. and Marper* ging het om de afname van celmateriaal en verwerking van DNA-profielen bij verdachten met een onbepaalde bewaartermijn en ongeacht de aard en zwaarte van het strafbare feit, ook indien later werd vrijgesproken of sprake was van een beëindiging van de strafrechtelijke vervolging. Een dergelijke onbepaalde verwerking van celmateriaal en DNA-profielen van verdachte, niet-veroordeelde personen, achtte het Hof disproportioneel en aldus in strijd met artikel 8 EVRM.

Zie: EHRM 4 December 2008 (*S. and Marper v. The United Kingdom*), app no. 30562/04 and 30566/04, par. 108-123.

In de zaak *Aycaguer* benadrukte het Hof voorts het belang van effectieve waarborgen ter voorkoming van ongepaste en ongeoorloofd gebruik van de opgeslagen data. Ook wijst het Hof op het belang van een mogelijkheid tot indiening van bezwaar, waarbij de gegrondverklaring kan leiden tot verwijdering uit de databank.

Zie: EHRM 22 juni 2017 (*Aycaguer v. France*), app. no. 8806/12, par. 38 en 44.

Ook uit de arresten van het Hof van Justitie van de EU inzake de bewaring van persoonsgegevens ter bestrijding van criminaliteit volgt het belang van procedurele waarborgen inzake draagwijdte en toepassing. Het gaat daarbij om:

- afbakening van de categorie personen op wie de regeling van toepassing is in relatie tot het nagestreefde doel;
- objectieve begrenzing van de toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de gegevens en het latere gebruik ervan voor het nagestreefde doel;
- beperking van de bewaartermijn tot het strikt noodzakelijke;
- doeltreffende regels inzake de beveiliging en bescherming van de gegevens die worden bewaard ter bescherming tegen het risico van misbruik en onrechtmatige raadpleging en gebruik en onder meer de volle integriteit en vertrouwelijkheid ervan moeten waarborgen.

Dit komt overeen met de eisen die het EHRM in de rechtspraak stelt aan adequate procedurele waarborgen, al ligt de nadruk bij het HvJ EU nog wat sterker op de begrenzing van de mogelijkheden tot toegang en gebruik van de gegevens en de bescherming en beveiliging ervan.

Zie:

- HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland Ltd/Seitlinger*), par. 57-66;
- HvJ EU 21 december 2016, C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970 (*Tele2 t. Post- och telestyrelsen en Secretary of State or the Home Department t. Tom Watson e.a.*), par. 109-112 en 115-123.

Tot slot is van belang dat het EHRM zwaardere eisen stelt, wanneer het gaat om de verwerking van celmateriaal en DNA-profielen van minderjarigen.

Zie:

- EHRM 4 December 2008 (*S. and Marper v. The United Kingdom*), app no. 30562/04 and 30566/04, par. 124;
- In de zaak EHRM 20 januari 2009, *W. v. The Netherlands* (ontvankelijkheidsbeslissing), achtte het Hof de waarborgen van het Nederlandse systeem (op grond van de Wet DNA-V en het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken) zodanig dat ook de omstandigheid dat het gaat om een minderjarige geen strijd oplevert met artikel 8 EVRM. Het gaat het EHRM daarbij in het bijzonder om de omstandigheid dat het DNA-materiaal van de veroordeelde anoniem en gedecodeerd wordt opgeslagen en dat de veroordeelde hier alleen mee wordt geconfronteerd indien hij eerder een ander strafbaar feit heeft gepleegd of in de toekomst andere strafbare feiten pleegt.

4. Beoordeling bevindingen notitie

4.1 Alternatief 1: conservatoire afname van celmateriaal

Tegen de achtergrond van het voorgaande juridisch kader onderschrijf ik de vaststelling in de notitie (p. 12-13) dat uit de rechtspraak van het EHRM niet kan worden afgeleid dat afname van celmateriaal ten behoeve van het voorkomen van criminaliteit en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen slechts noodzakelijk in een democratische samenleving kan worden geacht ná een veroordeling. Het EHRM hecht eraan dat de procedure als geheel voldoende beschermt tegen willekeur en misbruik en niet leidt tot verdergaande opslag en verwerking dan proportioneel gelet op het beoogde doel. Ten aanzien van verdachten wijst het EHRM bovendien specifiek erop dat moet worden voorkomen dat reeds de status van verdachte ertoe leidt dat het DNA-profiel voor onbepaalde tijd wordt verwerkt in de DNA-databank. Daarin schuilt een gevaar voor stigmatisering in de zin dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen verdachten en veroordeelden, omdat ook het materiaal van

de verdachten voor onbepaalde tijd wordt opgeslagen.⁵ In een systeem dat inhoudt dat het celmateriaal *conservatoir* wordt afgenomen bij verdachten en slechts verder mag worden verwerkt indien sprake is van een veroordeling in de zin van artikel 2 Wet DNA-V, schuilt dat gevaar voor stigmatisering niet. De verdenking rechtvaardigt de conservatoire afname en bewaring, een eventueel volgende veroordeling in de zin van de Wet DNA-V rechtvaardigt het gebruik van het materiaal. Indien geen sprake is van een dergelijke veroordeling, moet het conservatoir afgenomen celmateriaal worden vernietigd. Dit materiaal wordt in die gevallen dus ook niet gebruikt om een DNA-profiel op te maken en te vergelijken met de in de DNA-databank aanwezige profielen.

Een procedure die op deze wijze is ingericht betreft, net als nu, de verwerking van DNA-profielen van veroordeelden in de DNA-database teneinde criminaliteit te voorkomen en de rechten en vrijheden van anderen te beschermen. Dat reeds (conservatoir) celmateriaal wordt afgenomen bij verdachten maakt dit niet anders. De extra ingreep die gepaard gaat met de conservatoire afname en opslag bij verdachten ten opzichte van het bestaande systeem op grond van de Wet DNA-V, is wegens het voorlopige karakter ervan omgrensd en dus (verhoudingsgewijs) beperkt van aard. Het gaat weliswaar om opslag van persoonsgegevens van bijzonder gevoelige aard, maar de ingreep kan niet los worden gezien van de volledige procedure waarin die plaatsheeft⁶: gebruik en verdere verwerking ten behoeve van de DNA-databank is alleen mogelijk na veroordeling in de zin van de Wet DNA-V, terwijl in alle andere gevallen wordt overgaan tot vernietiging zonder dat het materiaal is geraadpleegd of gebruikt.

In het licht van de hiervoor besproken rechtspraak van het EHRM lijkt het mij dan ook niet waarschijnlijk dat het EHRM een systeem van conservatoire afname gericht op en (door de adequate inrichting van het systeem) ook daadwerkelijk beperkt tot verdere verwerking na veroordeling op een andere wijze zal benaderen dan een systeem met hetzelfde doel, maar waarbij het celmateriaal pas wordt afgenomen na veroordeling.

Naar mijn mening is aldus niet zonder meer problematisch dat bij conservatoire afname bij verdachten ook celmateriaal wordt afgenomen van personen waarbij verdere verwerking in de DNA-databank uiteindelijk niet mogelijk is. Dat element maakt de opslag nog niet ongedifferentieerd (als in het arrest *S. and Marper*). Integendeel: de procedure voorziet erin dat het celmateriaal van die categorie wordt verwijderd, zonder dat het is gebruikt. Vanzelfsprekend zal wel moeten worden gewaarborgd dat het systeem daadwerkelijk bewerkstelligt dat celmateriaal van personen die niet worden veroordeeld in de zin van de Wet DNA-V of ten aanzien waarvan sprake is van een uitzondering in de zin van artikel 2 lid 1 Wet DNA-V, wordt verwijderd (zie in dat verband ook nog hierna).

Dat neemt niet weg dat ook de ingreep die gepaard gaat met de conservatoire afname bij verdachten in overeenstemming met het recht en noodzakelijk in een democratische samenleving moet zijn. Een aanpassing van de Wet DNA-V in de zin dat wordt voorzien in een bepaling op grond waarvan bij (een bepaalde categorie) verdachten conservatoir afname van celmateriaal zal plaatsvinden, voldoet dan

⁵ EHRM 4 December 2008 (*S. and Marper v. The United Kingdom*), app no. 30562/04 and 30566/04, par. 122 en EHRM 18 April 2013 (*M.K. v. France*), app no. 19522/09, par. 36.

⁶ Zie hiervoor par. 2.3 (laatste alinea) en EHRM 4 December 2008 (*S. and Marper v. The United Kingdom*), app no. 30562/04 and 30566/04, par. 67 en 120.

ook in beginsel aan de vereisten van toegankelijkheid, door te voorzien in een regeling in de Wet DNA-V, en voorzienbaarheid. De beoordeling van de voorzienbaarheid betreft de procedure als geheel en staat in nauw verband met de beoordeling of de ingreep noodzakelijk is in een democratische samenleving. In de kern gaat het er daarbij om of de procedure zodanig is ingericht dat de ingreep op een proportionele wijze beantwoordt aan de legitieme doelen die ermee worden nagestreefd. Uit de EHRM-rechtspraak inzake DNA-onderzoek blijkt dat het daarbij gaat om waarborgen in het recht dat de data die worden bewaard relevant en niet excessief zijn voor de doeleinden van de verwerking en dat de verwerking niet langer duurt dan noodzakelijk voor het betreffende doel.

Die beoordeling kan niet los worden gezien van de vraag of de conservatoire afname bijdraagt aan het doel dat wordt nagestreefd met de Wet DNA-V. Dat doel wordt in de memorie van toelichting van de Wet DNA-V als volgt omschreven:

*“bij te dragen aan de opsporing van toekomstige en andere reeds gepleegde strafbare feiten van deze veroordeelde. Het bewaren van zijn DNA-profiel gedurende een bepaalde termijn kan bovendien een preventief effect hebben op zijn gedrag.”*⁷

Op basis van de in de notitie besproken resultaten van de impactanalyse kan worden vastgesteld dat de b-scenario's foutgevoelig zijn en aldus niet zonder meer meerwaarde hebben ten opzichte van de huidige inrichting van de Wet DNA-V (zie p. 18).⁸ De a-scenario's hebben dan ook een beter resultaat, dat zelfs optimaal kan worden genoemd bij scenario's 3⁹ en 4¹⁰. Deze scenario's lijken dan ook het beste te kunnen bijdragen aan de met de Wet DNA-V nagestreefde doelen, gevolgd door scenario 1a op grond waarvan conservatoir celmateriaal wordt afgenomen van iedere verdachte die in verzekering is gesteld.

Vervolgens moet worden beoordeeld of aanpassing van de procedure van de Wet DNA-V door het invoeren van een conservatoire afnamebevoegdheid bij verdachten als bedoeld in de scenario's 1a, 3a en 4a, ook waarborgt dat de bewaring van data relevant en niet excessief is in verhouding tot het beoogde doel en niet langer wordt voortgezet dan hiervoor nodig. Zoals gezegd is een procedure van conservatoire opslag met verplichting tot verwijdering als niet wordt voldaan aan de vereisten van artikel 2 Wet DNA-V, niet te vergelijken met de *“blanket and indiscriminate nature”* van de bevoegdheid tot opslag van DNA-materiaal als aan de orde in de zaak *S. and Marper*. Niettemin zal moeten worden gezocht naar een scenario dat in het licht van de proportionaliteitstoets enerzijds in staat is een substantiële bijdrage te leveren aan de doelstelling van de Wet DNA-V en anderzijds niet

⁷ *Kamerstukken II 2002/03, 28 685, nr. 3, p. 1 en HR 13 mei 2008, NJ 2008, 628, r.o. 4.3.*

⁸ In het rapport P. Kruize en P. Gruter, 'Lepelen met een vork. Evaluatie van de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden', WODC 2019, p. 116, wordt juist wel meerwaarde gezien aan een beperking tot verdachten zonder BRP-adres.

⁹ Iedere verdachte die is aangehouden of wordt verhoord (zonder aanhouding) voor een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is (scenario 3.1) of iedere verdachte die is aangehouden voor een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is (scenario 3.2).

¹⁰ Iedere persoon die na ophouding voor onderzoek – na te zijn voorgeleid na de aanhouding –, na verhoor (zonder aanhouding) of aan het einde van de inverzekeringstelling, wordt verdacht van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is (scenario 4.1), of iedere persoon die na te zijn voorgeleid na de aanhouding of aan het einde van de inverzekeringstelling, wordt verdacht van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is (scenario 4.2).

tot het gevolg heeft dat bij een relatief groot aantal verdachten celmateriaal wordt afgenomen terwijl dat achteraf ten onrechte blijkt te zijn. Een dergelijk scenario doet het meeste recht aan een *fair balance* tussen de betrokken belangen.

Vgl. EHRM 22 juni 2017 (*Aycaguer v. France*), app. no. 8806/12, par. 34:

“34. Furthermore, the Court observes at the outset that it fully realises that in order to protect their population as required, the national authorities can legitimately set up databases as an effective means of helping to punish and prevent certain offences, including the most serious types of crime, such as the sex offences for which the FNAEG was originally created (cf., in particular, Gardel, B.B. and M.B., cited above, §§ 63, 62 and 54 respectively). However, such facilities cannot be implemented as part of an abusive drive to maximise the information stored in them and the length of time for which they are kept. Indeed, without respect for the requisite proportionality vis-à-vis the legitimate aims assigned to such mechanisms, their advantages would be outweighed by the serious breaches which they would cause to the rights and freedoms which States must guarantee under the Convention to persons under their jurisdiction (see M.K. v. France, no. 19522/09, § 35, 18 April 2013).”

Gelet op de uitkomsten van de impactanalyse leiden de scenario's 3.1a en 4.1a tot minder conservatoire opslag en later vereiste vernietiging dan de scenario's 3.2a en 4.2a. Scenario 4.1a heeft ten opzichte van 3.1a de voorkeur: er hoeft van 3.000 minder verdachten celmateriaal te worden afgenomen en het celmateriaal van 3.000 minder verdachten zou later weer moeten worden vernietigd. Scenario 1a heeft de meest beperkte reikwijdte (12.700 verdachten ten opzichte van 26.000 verdachten in scenario 4.1a). Toepassing van dit scenario leidt ook tot het laagste aantal betrokkenen ten aanzien van wie achteraf blijkt dat het celmateriaal moet worden verwijderd omdat geen sprake is van een veroordeling in de zin van de Wet DNA-V (4.700 ten opzichte van 17.100 in scenario 4.1a). Scenario 1a heeft echter als nadeel dat achteraf, na een veroordeling in de zin van de Wet DNA-V, alsnog van zo'n 1.100 personen celmateriaal dient te worden afgenomen. Dat zal bij toepassing van scenario 4.1a niet meer nodig zijn.

Gelet op het voorgaande onderschrijf ik de conclusie in de notitie dat een keuze voor een systeem waarbij van elke inverzekeringgestelde verdachte conservatoir celmateriaal wordt afgenomen het meeste recht doet aan de waarborgen waarmee een procedure van DNA-onderzoek ter voorkoming van criminaliteit en ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen moet zijn omkleed. De volgende procedurele waarborgen – waarbij ik tevens de hiervoor besproken jurisprudentie van het HvJ EU inzake de bewaring van persoonsgegevens in ogenschouw neem – acht ik van belang om te kunnen oordelen dat een dergelijke aanpassing in overeenstemming is met artikel 8 EVRM:

- Het gaat om conservatoire afname. Tenzij de verdachte wordt veroordeeld voor een misdrijf als bedoeld in de Wet DNA-V, wordt het celmateriaal niet gebruikt en vernietigd nadat is vrijgesproken, ontslagen van rechtsvervolging of de strafrechtelijke vervolging is beëindigd.
- Het opmaken van een DNA-profiel en vergelijking met de profielen in de DNA-databank is slechts mogelijk nadat is beoordeeld of sprake is van een veroordeling in de zin van de Wet DNA-V en geen sprake is van een van de uitzonderingen op grond waarvan moet worden geoordeeld dat verwerking in de DNA-databank niet noodzakelijk is.

- Tegen het opmaken van een DNA-profiel en verwerking van dat profiel in de DNA-databank kan een bezwaarschrift door de veroordeelde worden ingediend.
- De categorie verdachten ten aanzien waarvan de bevoegdheid kan worden toegepast is beperkt tot verdachten die in verzekering worden gesteld. Dat betekent dat het moet gaan om een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten (artikel 58 lid 1 Sv), wat overeenkomt met de categorie strafbare feiten waarvoor verwerking van DNA-profielen in de DNA-databank thans is toegestaan (mits daarnaast sprake is van oplegging van een vrijheidsbenemende of vrijheidsbeperkende straf of maatregel en geen sprake is van een uitzondering).¹¹
- Differentiatie van bewaartermijnen ter waarborging van een termijn die niet langer voortduurt dan noodzakelijk voor het beoogde doel.
- De waarborgen ingevolge de Wet DNA-V en het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken die beperking stellen aan toegang tot en gebruik van celmateriaal en DNA-profielen. Dergelijke waarborgen zullen te meer van belang zijn om ten aanzien van de conservatoire opslag van celmateriaal te verzekeren dat het materiaal niet kan worden geraadpleegd of gebruikt totdat sprake is van een veroordeling in de zin van artikel 2 Wet DNA-V en in de andere gevallen wordt vernietigd.
- De waarborgen ingevolge de Wet DNA-V, het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken, de Wet Politiegegevens en de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens ter beveiliging en bescherming van het bewaarde celmateriaal en de bewaarde en verwerkte DNA-profielen.

Om te verzekeren dat de opslag van niet-relevante data ten gevolge van de conservatoire afname zoveel mogelijk beperkt blijft en dus ook niet langer duurt dan nodig, zou in aanvulling op de voornoemde waarborgen een maximale termijn kunnen worden verbonden aan de conservatoire opslag van het celmateriaal. Voor het verstrijken van die termijn zou dan moeten worden beoordeeld of sprake is geweest van een veroordeling in de zin van de Wet DNA-V. Als dat op dat moment (nog) niet het geval is, wordt overgegaan tot vernietiging. Daarmee kan worden voorkomen dat celmateriaal onbedoeld of ongezien wordt bewaard. Voorts zou kunnen worden overwogen om ook voorafgaand aan de verplichte conservatoire te beoordelen of sprake is van een van de uitzonderingen van artikel 2 lid 1 onder a en b Wet DNA-V, zodat reeds op het moment van afname zoveel mogelijk wordt gefilterd. Daarbij zal ook nog kunnen worden gedacht aan een categorie gevallen ten aanzien waarvan het onwaarschijnlijk is dat een vrijheidsbenemende straf of maatregel wordt opgelegd. In aanvulling daarop zou een mogelijkheid voor verdachten kunnen worden gecreëerd tot het indienen van een verzoek om verwijdering van het celmateriaal, dat in bepaalde vooraf omschreven situaties voor inwilliging in aanmerking kan komen.

¹¹ De noodzakelijkheid ervan is reeds beoordeeld in de beslissing van het EHRM in *Van der Velden* (EHRM 7 December 2006 (*Van der Velden v. The Netherlands*) (ontvankelijkheidsbeslissing), app. no. 29514/05): “The Court does not consider it unreasonable for the obligation to undergo DNA testing to be imposed on all persons who have been convicted of offences of a certain severity. Neither is it unreasonable for any exceptions to the general rule which are nevertheless perceived as necessary to be phrased as narrowly as possible in order to avoid uncertainty.

Finally, the Court is of the view that the measures can be said to be “necessary in a democratic society”. In this context it notes in the first place that there can be no doubt about the substantial contribution which DNA records have made to law enforcement in recent years. Secondly, it is to be noted that while the interference at issue was relatively slight, the applicant may also reap a certain benefit from the inclusion of his DNA profile in the national database in that he may thereby be rapidly eliminated from the list of persons suspected of crimes in the investigation of which material containing DNA has been found.”

In de notitie wordt verder nog gesuggereerd om, tegen de achtergrond van de oordelen van het VN-Mensenrechtencomité¹², de categorie minderjarige verdachten te beperken tot verdachten van een misdrijf waarop een gevangenisstraf van zes jaar of meer staat. Het is juist dat uit deze oordelen, net als uit de rechtspraak van het EHRM, kan worden afgeleid dat minderjarigen extra bescherming genieten en hun minderjarige positie een rol moet spelen in het afwegingsproces. Dat geldt echter vooral voor de vraag ten aanzien van welke categorie veroordeelde minderjarigen verwerking van de DNA-profielen in de DNA-databank proportioneel kan worden geacht. Op het moment dat sprake is van een veroordeling in de zin van de Wet DNA-V zal dus bij de beoordeling of sprake is van een uitzondering de bijzondere positie van de minderjarige moeten worden betrokken. Nu het conservatoir afgenomen materiaal niet wordt gebruikt en wordt vernietigd als geen verwerking in de DNA-databank mag plaatsvinden, lijkt die bijzondere positie in deze fase minder kwetsbaar.

Tot slot merk ik nog op dat de voorkeur die op grond van de impactanalyse lijkt te moeten uitgaan naar het scenario 1a, niet betekent dat een keuze voor andere conservatoire scenario's in strijd moet worden geacht met artikel 8 EVRM. Zoals gezegd is een procedure – met eerdergenoemde waarborgen – van conservatoire afname die voorziet in een nauwkeurige beperking van de categorie van personen ten aanzien van wie het celmateriaal mag worden gebruikt voor het opmaken van het DNA-profiel en verwerking in de DNA-databank, niet aan te merken als ongedifferentieerd of gevoelig voor misbruik of willekeur. Slechts ten aanzien van de fase van conservatoire opslag geldt dat sprake kan zijn van opslag waarvan later blijkt dat dit niet noodzakelijk was voor de doelen van de Wet DNA-V. Dat maakt, ook als gekozen wordt voor andere scenario's die goed scoren op effectiviteit, dat op grond van de beoordeling van de procedure als geheel niet waarschijnlijk lijkt dat sprake is van strijd met artikel 8 lid 2 EVRM.¹³ Dit neemt niet weg dat zoveel mogelijk moet worden gestreefd naar een procedure waarin onnodige opslag van irrelevante data wordt voorkomen en dat de noodzakelijkheid voor de keuze van een bepaalde regeling moet kunnen worden onderbouwd.

Vanzelfsprekend kunnen in een keuze voor een bepaald scenario bovendien capaciteitsoverwegingen een rol spelen.

4.2 Alternatief 2: criterium van het onderzoeksbelang laten vervallen in de strafvorderlijke regeling

Met de opstellers van de notitie ben ik van mening dat het laten vervallen van het criterium van het onderzoeksbelang in de strafvorderlijke bevoegdheden tot vrijwillige of gedwongen afname van celmateriaal (artikel 151a en 151b Sv en artikel 195a en 195d Sv) niet past bij het karakter van strafvorderlijke bevoegdheden en het algemene uitgangspunt dat in het concrete geval de inzet van een bepaalde bevoegdheid moet bijdragen aan het daarmee beoogde (opsporings)doel (de

¹² VN-Mensenrechtencomité 18 juli 2017, S.L. t. Nederland (2362/2013) en N.K. t. Nederland (2363/2013). Voor een bespreking van de oordelen zie Rapport van de procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, 'Over de uitvoering van de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden door het Openbaar Ministerie', Den Haag 2018, p. 33-37.

¹³ Daarbij betrek ik in de beoordeling dat de Wet DNA-V in de zaken *Van der Velden en W. v. Nederland* reeds de toets aan artikel 8 lid 2 EVRM hebben doorstaan.

waarheidsvinding). Dat doel betreft bij de aanwending van strafvorderlijke bevoegdheden het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen (artikel 132a Sv). Het algemene preventieve karakter van het beoogde doel lijkt niet goed aan te sluiten bij het meer concrete opsporingsdoel waarvoor strafvorderlijke bevoegdheden worden en mogen worden aangewend. De vereisten van proportionaliteit, subsidiariteit en doelbinding beperken de inzet ook als het vereiste van 'in het belang van het onderzoek' zou komen te vervallen tot een opsporingsbelang in het concrete geval. Op zijn minst zou ook in dat geval sprake moeten zijn van een redelijke verwachting dat toepassing van de bevoegdheid bijdraagt aan het betreffende onderzoek.¹⁴

In de notitie wordt opgemerkt dat beperking van het onderzoeksbelang bijdraagt aan een accurate selectie van verdachten wat betreft de relevantie van verwerking in de DNA-databank. Van 31,8% levert verwerking in de databank een 'hit' op. Daarbij wordt de opmerking gemaakt dat de officier van justitie en rechter-commissaris kennelijk al in die fase van de juiste doelgroep verdachten celmateriaal afnemen om misdrijven te kunnen opsporen, terwijl standaard afname een geringe toegevoegde waarde zou hebben gelet op het beperkt aantal hits na de veroordeling. Die redenering is niet helemaal goed te volgen, nu het criterium van het onderzoeksbelang juist een andere is dan het algemene preventieve doel dat wordt nagestreefd met verwerking na veroordeling.

Vanuit wetssystematisch oogpunt ligt een aanpassing van de strafvorderlijke opsporingsbevoegdheden, terwijl het eigenlijke doel de algemene preventie van misdrijven is en niet het opsporingsbelang, dus niet voor de hand. Dat neemt niet weg dat een (andere) regeling met een preventief doel die van toepassing is op verdachten niet zonder meer uitgesloten moet worden geacht (zie ook hierna onder alternatief 3). Hierbij moet evenwel worden bedacht dat de ingreep in de persoonlijke levenssfeer bij een dergelijk alternatief groter zal zijn, dan bij conservatoire afname. Na afname van het celmateriaal wordt meteen het DNA-profiel van de verdachte burger opgemaakt en vergeleken met andere profielen in de DNA-databank. De reikwijdte van de regeling omvat daarmee een andere, bredere categorie burgers dan bij de huidige regeling op grond van de Wet DNA-V. De beperking tot veroordeelden voor een strafbaar feit met een zekere ernst wordt met dit alternatief verlaten. Een dergelijke regeling brengt een groter risico met zich mee voor opslag en verwerking van niet-relevante data en aldus excessieve opslag en verwerking in relatie tot het beoogde doel.¹⁵ Dat risico zou kunnen worden ingeperkt door extra waarborgen, zoals hierna onder alternatief 3 worden besproken.

4.3 Alternatief 3: verplichte afname bij verdachten én verwerking in DNA-databank

Een nieuwe wettelijke verplichting tot afname bij verdachten lijkt dus de voorkeur te verdienen boven aanpassing van de betreffende strafvorderlijke bevoegdheden. Het derde, hier te bespreken

¹⁴ Vergelijk ook de argumenten om in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering het beginsel van doelbinding als algemeen normerend beginsel voor de opsporing in het Wetboek op te nemen. Zie: het concept van de memorie van toelichting van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, p. 17-18.

¹⁵ In de notitie wordt in dit verband ook terecht de aandacht gevestigd op de consequenties voor de uitvoeringspraktijk.

alternatief betreft een wettelijk verplichte afname bij een bepaalde categorie verdachten en onmiddellijke verwerking van het daaruit verkregen DNA-profiel in de DNA-databank. Deze verplichting zou van toepassing moeten zijn op een categorie verdachten vanaf een bepaalde leeftijd, op wie gedurende de ophouding voor het onderzoek of de in verzekeringstelling een verdenking blijft rusten van misdrijven waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is of van een deel van die misdrijven zoals vermogens- gewelds- en zedenmisdrijven. Een uitzondering zou moeten bestaan voor verdachten ten aanzien waarvan er redelijkerwijs geen kans bestaat dat hij of zij eerder strafbare feiten heeft gepleegd of in de toekomst zal plegen. Als de verdachte uiteindelijk niet wordt veroordeeld in de zin van de Wet DNA-V, volgt vernietiging van het celmateriaal en het DNA-profiel en verwijdering uit de DNA-databank.

Bij de beoordeling van dit alternatief moet in de eerste plaats worden bedacht dat op grond van objectieve gegevens onderbouwd zal moeten kunnen worden waarom de verwerking van de DNA-profielen van deze categorie verdachten noodzakelijk is in een democratische samenleving en aldus een noodzakelijke aanvulling (of aanpassing) is ten opzichte van het huidige uitgangspunt dat die noodzakelijkheid bestaat bij een bepaalde categorie veroordeelden. Het gaat de reikwijdte van dit advies te buiten over die noodzakelijkheid een oordeel te geven. Nu het gaat om een verwerking van profielen van verdachten ligt het echter hoe dan ook in de rede dat die categorie preciezere afbakening vindt gelet op de noodzakelijkheid van het doel van de verwerking om willekeur en stigmatisering te voorkomen. Het gaat in dit alternatief in vergelijking met de conservatoire afname bij verdachten om een zwaardere ingreep in de persoonlijke levenssfeer met een groter risico voor ongedifferentieerde verwerking. Gedacht zou kunnen worden aan een beperking tot een bepaalde categorie ernstige misdrijven ten aanzien waarvan opsporing op grond van DNA-materiaal belangrijke toegevoegde waarde heeft, zoals zeden- en geweldsmisdrijven. Ook hier geldt bovendien dat ten aanzien van minderjarigen extra rechtsbescherming zal moeten worden geboden.

Als die noodzaak voor de betreffende categorie verdachten inderdaad bestaat, dient vervolgens de vraag te worden gesteld op welke wijze een procedure kan worden ingericht die als geheel voldoende beschermt tegen willekeur en misbruik en niet leidt tot verdergaande opslag en verwerking dan proportioneel gelet op het beoogde doel. Nu het gaat om verdachten moet bovendien ervoor worden gewaakt dat de verwerking in de databank tot stigmatisering leidt op grond van de status als verdachte (in plaats van veroordeelde). Gelet op het hiervoor besprokene moet bij een keuze voor een dergelijk systeem dan worden gedacht aan de volgende (aanvullende) waarborgen (naast de onder alternatief 1 genoemde waarborgen):

- Verplichte verwijdering uit de DNA-databank van het DNA-profiel en het celmateriaal, indien geen veroordeling in de zin van de Wet DNA-V volgt. Ook zou kunnen worden gedacht aan onmiddellijke verwijdering uit de DNA-databank als de verwerking geen 'hit' oplevert in combinatie met conservatoire opslag van het celmateriaal en DNA-profiel totdat sprake is van een veroordeling in de zin van de Wet DNA-V. Als die veroordeling uitblijft volgt ook de vernietiging van celmateriaal en DNA-profiel. Een dergelijke waarborg is van belang om stigmatisering te voorkomen. In feite wordt de legitimatie voor de verwerking achteraf geconstrueerd: omdat de verwerking van het profiel van de verdachte heeft geleid tot een nieuwe hit of omdat de verdachte is veroordeeld in de zin van de Wet DNA-V.
- Rechtsmiddel voor *verdachten* tegen verwerking in de databank.

- Gedifferentieerde bewaartermijnen, met onderscheid op grond van categorieën betrokkenen (verdachten/veroordeelden), ernst strafbaar feit en materiaal.
- Specifieke criteria voor raadpleging en gebruik van het celmateriaal en de DNA-profielen van verdachten.
- Een voorafgaande toetsing door een rechter of een onafhankelijke bestuurlijke autoriteit.

Ik merk ten slotte nog op dat ter beperking van de zwaarte van de ingreep gedacht zou kunnen worden – en dat geldt voor alle hiervoor besproken alternatieven – aan een verplichting tot vernietiging van het celmateriaal nadat het DNA-profiel is opgemaakt.¹⁶ Het EHRM beschouwt de opslag van celmateriaal als bijzonder risicovol en ingrijpend, gelet op de nog onbekende toekomstige mogelijkheden voor gebruik van dit materiaal ten gevolge van technologische ontwikkelingen die verder gaan dan de mogelijkheden op grond van het huidige DNA-profiel. Tegelijkertijd geldt dat strikte procedurele waarborgen ten aanzien van raadpleging en gebruik van opgeslagen celmateriaal dit risico kleiner zullen maken.

¹⁶ Ook het EHRM ziet een verplichting tot vernietiging van het celmateriaal als een relevante procedurele waarborg. Zie EHRM 4 juni 2013 (*Peruzzo and Martens v. Germany*), app. no. 7841/08 and 57900/12 (ontvankelijkheidsbeslissing), par. 45