

Strafvorderlijke bepalingen Wetsvoorstel Zeggenschap Lichaamsmateriaal

mr. D.J.P. van Barneveld
mr. W.R. Kastelein¹

Inleiding

Op 24 april 2017 is de ambtelijke consultatie gestart voor de Wet Zeggenschap Lichaamsmateriaal.² Kort na publicatie van het wetsvoorstel is er al een storm van kritiek losgebarsten. De belangrijkste reden daarvoor is dat het wetsvoorstel ook een regeling bevat voor het gebruik door politie en justitie van het in de wet bedoelde lichaamsmateriaal. Kort gezegd, gaat het om menselijk materiaal dat niet of niet meer gebruikt wordt voor de diagnostiek of de behandeling van degene van wie het afkomstig is. In de meeste gevallen zal het materiaal echter oorspronkelijk zijn verkregen in het kader van een behandelrelatie.

De commotie is niet onbegrijpelijk aangezien lichaamsmateriaal over het algemeen genetische gegevens bevat. Privacy is meestal – zeker als het gaat om veiligheid – een ondergeschoven kindje, maar wanneer het om DNA gaat worden veel mensen nerveus. Veel van zo niet al het lichaamsmateriaal waarop het wetsvoorstel betrekking heeft zal DNA bevatten van de donor en daarmee gevoelige persoonsgegevens.³ DNA is zelfs in vergelijking met andere bijzondere persoonsgegevens buitengewoon gevoelig. DNA kan in tegenstelling tot veel andere gegevens eigenlijk niet anoniem verwerkt worden. Ook wanneer DNA ‘anoniem’ is gedoneerd en/of wordt bewaard, kan de identiteit van de donor alsnog worden achterhaald.⁴ Zo is recent gebleken dat via verwantschapsonderzoek in dna-databanken anonieme spermadonoren alsnog zijn op te sporen.⁵ Het is immers altijd te herleiden tot een individu. DNA bevat in beginsel alle – zichtbare en niet zichtbare – eigenschappen van een persoon. Bovendien bevat het niet alleen informatie over de donor, maar als gezegd ook over diens verwanten, inclusief nageslacht. Indien bijvoorbeeld een lid van een familie onderzoek laat doen naar een erfelijke aandoening kan een diagnose ook implicaties hebben voor zijn of haar familieleden.

De verwachting is dat door technologische ontwikkeling, zowel op het gebied van de genetica als de automatische geavanceerde verwerking van data, de privacy-gevoeligheid van DNA alleen maar zal toenemen. Potentieel gebruik door de overheid in het kader van de opsporing van strafbare feiten van die data roept dan ook bij velen vragen en weerstand op.

¹ Jan-Paul van Barneveld is strafrechtadvocaat bij Van Barneveld advocaten te Oosterbeek en Willemien Kastelein is advocaat/partner bij Nysingh advocaten-notarissen te Zwolle/Utrecht en tevens hoofdredacteur van het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht waarin deze bijdrage verschijnt (TvGR 2017, nr.4/5).

² Voluit luidt de naam van het wetsvoorstel: “Regels voor het afnemen, bewaren, verstrekken, gebruiken en vernietigen van menselijk materiaal voor andere doeleinden dan actuele diagnostiek of geneeskundige behandeling van de donor.”

³ D. Hallinan, P. de Hert, Many have it wrong, samples do contain personal data, in The Ethics of Biomedical Big Data, Switzerland 2016 pag. 119 e.v.

⁴http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_nl.pdf.

⁵ <http://www.nu.nl/binnenland/4730826/eerste-anonieme-spermadonor-gevonden-via-dna-databank-.html>

De werkgroep voor gegevensbescherming (de 'Artikel 29-werkgroep'⁶) vat de privacygevoelige eigenschappen van genetisch materiaal als volgt samen:

- "- hoewel genetische informatie uniek is en een individu van andere individuen onderscheidt, kan er tegelijkertijd informatie over de biologische familie van dat individu, met inbegrip van de eerdere en latere generaties, uit worden afgeleid, waardoor deze informatie ook voor hen gevolgen kan hebben. Bovendien kunnen genetische gegevens worden gebruikt om een groep personen (bijv. etnische gemeenschappen) te typeren;*
- uit genetische gegevens kunnen ouderschapsrelaties en andere familiebetrekkingen worden afgeleid;*
- genetische informatie is vaak niet bekend aan de drager zelf en de drager kan er geen invloed op uitoefenen omdat genetische gegevens onveranderlijk zijn;*
- genetische gegevens kunnen op eenvoudige wijze uit bronmateriaal worden verkregen of afgeleid, hoewel de kwaliteit van deze gegevens soms dubieus is;*
- genetische gegevens zullen in de toekomst, gezien de ontwikkelingen op het gebied van onderzoek, meer informatie opleveren en ze kunnen dan door een toenemend aantal instanties voor diverse doeleinden worden gebruikt."*⁷

Het belang van zeggenschap/consent, privacybescherming, non-commercialiteit en het tegengaan van oneigenlijk gebruik van DNA is in diverse nationale en internationale wet- en regelgeving benoemd. Te denken valt aan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Biogeneeskunde (VRMB), artikel 21 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, de Embryowet of de Universele Verklaring over de menselijke genoom en de rechten van de mens van de Unesco. In de huidige privacyrichtlijn en de Wbp is DNA c.q. zijn genetische gegevens niet afzonderlijk genoemd. Gegevens met betrekking tot iemands erfelijk materiaal worden desalniettemin wel aangemerkt als zogenaamde bijzondere persoonsgegevens – waarvan de verwerking zonder wettelijke basis is verboden – in de zin van de Wbp aangezien daaruit gegevens betreffende iemands gezondheid en ras kunnen worden afgeleid. In de privacy-verordening die per 25 mei 2018 van kracht zal worden, worden gegevens betreffende iemands gezondheid vervangen door gegevens betreffende de "gezondheid, genetische gegevens en biometrische gegevens met het oog op de unieke identificatie van een persoon".⁸

Daarnaast is er enorm veel lichaamsweefsel voorhanden. In een in 2009 gepubliceerd rapport melde het Rathenau Instituut dat er van miljoenen Nederlanders stukjes lichaamsmateriaal worden afgenomen voor diagnose en behandeling, dat nadien bewaard wordt in zogenaamde weefselbanken of weefselarchieven.⁹ Ook wordt geconcludeerd dat – hoewel er grote verschillen zijn – lichaamsmateriaal over het algemeen erg lang bewaard wordt. Zo is in de richtlijn van de Nederlandse Vereniging voor Pathologie bepaald dat preparaten met lichaamsmateriaal minimaal 30 jaar worden bewaard voor

⁶<https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/over-de-autoriteit-persoonsgegevens/internationale-samenwerking/artikel-29-werkgroep>

⁷http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2004/wp91_en.pdf.

⁸ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&rid=1>

⁹ <https://www.rathenau.nl/nl/publicatie/nader-gebruik-nader-onderzocht-zeggenschap-over-lichaamsmateriaal-0>

primair gebruik, dus diagnose, behandeling, etc.¹⁰ Voor nader gebruik wordt door bio-banken de 'Gedragscode Goed Gebruik van lichaamsmateriaal ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek' van de Federatie van biomedisch-wetenschappelijke verenigingen gehanteerd. Daarin is echter niets geregeld over termijnen. In beginsel wordt dit overgelaten aan de protocollen van de individuele laboratoria, waarbij veelal als uitgangspunt geldt de duur die nodig is voor het beoogde gebruik.¹¹

Het rapport van het Rathenau Instituut geeft onder andere in § 3.4 een uitvoerige beschrijving van de lacunes en knelpunten in de Internationale Nederlandse wetgeving als het gaat om het (nader) gebruik van lichaamsmateriaal. Het Rathenau Instituut concludeert dat de juridische status van (nader gebruik van) lichaamsmateriaal niet helder en eenduidig is geregeld, terwijl de internationale regelgeving daartoe wel noopt. Mede doordat Nederland nog steeds niet het Europees Verdrag voor de Rechten van Mens en Biogeneeskunde heeft geratificeerd zijn er diverse hiaten. De verwachting is dat met de toenemende technische mogelijkheden voor geautomatiseerde verwerking van grote hoeveelheden data in de biomedische wetenschap de discrepantie tussen de potentiële inbreuken op de privacy van (groepen) individuen en de wettelijke regelingen voor privacybescherming van die individuen alleen maar groter zal worden.¹²

Gezien de vorenstaande gevoeligheid van genetische gegevens is er alle reden voor een deugdelijke wettelijke regeling die de rechten van de donor waarborgt. De vraag is of de Wet Zeggenschap Lichaamsmateriaal daaraan bijdraagt.

Wegen van belangen

Het wetsvoorstel heeft betrekking op lichaamsmateriaal dat is afgenomen en/of (langer) wordt bewaard voor andere doelen dan voor actuele diagnostiek of geneeskundige behandeling van de donor. In de literatuur en in diverse gedragscodes in de zorg wordt dit meestal samengevat als 'nader gebruik'.

Op zich zou de invoer van een wet die de positie van de donoren van lichaamsmateriaal versterkt en die oneigenlijk (nader) gebruik tegengaat, moeten worden toegejuicht, zeker door mensen die zich zorgen maken over privacy en patiëntenrechten. Het probleem is echter dat de wetgever met dit wetsvoorstel sowieso al op twee gedachten hinkt; privacybescherming en het faciliteren van gebruik van lichaamsmateriaal voor (wetenschappelijk) onderzoek.

Uit de Memorie van Toelichting en het persbericht van het Ministerie blijkt dat het wetsvoorstel primair dient om de autonomie van degene om wiens lichaamsmateriaal het gaat te versterken en het voorkomen van gebruik voor andere doelen dan waarvoor lichaamsmateriaal is afgestaan.¹³ Tegelijkertijd onderkent de wetgever het belang van al dat opgeslagen materiaal voor onderzoek. De wet bevat in verband daarmee dus ook

¹⁰https://pathology.nl/wp-content/uploads/PDF/kwaliteit/veldnormen/Adviesbewaartermijnendefinitief_juli_2010.pdf.

¹¹https://www.federa.org/sites/default/files/images/codegoedgebruik_versie4_juli_2015_beeldmerk_federa_en_coreon_corr_pag_4_jvds.pdf.

¹² J.P. Woolley, How data are transforming the landscape of biomedical ethics: The need voor ELSI metadata on consent, in The Ethics of Biomedical Big Data, Switzerland 2016 pag. 119 e.v.

¹³ <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2017/05/02/wet-zeggenschap-lichaamsmateriaal-waar-hebben-we-het-eigenlijk-over>

diverse uitzonderingen om ervoor te zorgen dat die autonomie van donoren het gebruik voor wetenschappelijk onderzoek zo min mogelijk in de weg staat.

Hoewel beide doelen belangrijk zijn, is evident dat er een spanningsveld is tussen die twee uiteenlopende doelen. Mittelstadt en Floridi vatten deze belangentegenstelling als volgt samen: "*Medical research fundamentally operates on a balance of individual and collective goods*".¹⁴ Het is evident dat een balans tussen die twee belangen cruciaal is om beide belangen optimaal te beschermen. Indien de privacy teveel beschermd wordt, dan zal dit wetenschappelijk onderzoek mogelijk in de weg staan. Hebben donoren (en artsen en wetenschappers) echter de indruk dat de privacy van donoren onvoldoende gewaarborgd wordt, dan zal dat ook een negatieve invloed hebben op het wetenschappelijk onderzoek, omdat niet meewerken dan de beste bescherming is om er zo mogelijk voor te zorgen dat het lichaamsmateriaal niet beschikbaar is.

Indien men dus onderkent dat het wetsvoorstel de hiervoor bedoelde belangen tracht te waarborgen, dan is het erg opmerkelijk dat er nog een derde belang doorheen gefietst is door de wetgever, namelijk het opsporingsbelang. Dit belang staat geheel los van de andere twee belangen.

Volgens de wetgever is met het voorstel geen verruiming beoogd van de mogelijkheden van politie en justitie om lichaamswaarsel te onderzoeken. Los van de vraag of dit klopt en zo ja, waarom het dan nodig is om het in dit voorstel te verwerken, lijkt dit doel hoe dan ook strijdig te zijn met de twee hiervoor uitgekristalliseerde kerndoelstellingen van het wetsvoorstel. Dat zou slechts anders zijn indien de regeling een aanzienlijke inperking van de thans bestaande strafvorderlijke bevoegdheden zou behelzen. Dit is echter niet het geval.

Medisch beroepsgeheim en verschoningsrecht

Het wetsvoorstel beoogt het mogelijk te maken dat lichaamsmateriaal dat in het kader van een medische behandeling is verkregen zonder toestemming van betrokkene gebruikt wordt voor strafrechtelijke doeleinden. Het wetsvoorstel zet daarmee het beroepsgeheim opzij ten behoeve van de opsporing van ernstige strafbare feiten. Dit zou de eerste keer zijn dat een wettelijke uitzondering wordt getroffen waarmee het beroepsgeheim c.q. verschoningsrecht opzij wordt gezet ten behoeve van het opsporingsbelang.

Het beroepsgeheim beschermt het geheim van de patiënt en dient twee doeleinden, nl. het individuele belang van de individuele patiënt om al hetgeen hij de beroepsbeoefenaar heeft toevertrouwd geheim te kunnen houden en het algemeen belang dat een ieder vrijelijk om hulp kan verzoeken zonder bevreesd te behoeven te zijn dat de door hem in het kader van die hulp verstrekte gegevens zonder zijn toestemming voor een ander doel worden gebruikt dan waarvoor ze zijn prijsgegeven. Beide belangen komen in het beroepsgeheim samen. Of een beroepsbeoefenaar zich op zijn beroepsgeheim beroept en ten opzichte van de rechter gebruik maakt van het recht om zich te verschonen, hangt dus voor een deel af van de vraag of de patiënt hem toestemming geeft om aan derden mededeling te doen over hetgeen de beroepsbeoefenaar over hem weet uit hoofde van de behandelrelatie. De toestemming van de patiënt is echter niet per definitie

¹⁴ The Ethics of Biomedical Big Data, Brent Daniel Mittelstadt, Luciano Floridi, Switzerland 2016 pag. 5.

doorslaggevend omdat ook het algemene belang van het beroepsgeheim door de beroepsbeoefenaar gewogen moet worden. Zelfs als de patiënt toestemming geeft om zijn gegevens te openbaren, kan de beroepsbeoefenaar redenen hebben om zich op zijn beroepsgeheim te beroepen en zich in rechte te verschonen.

In strafvordering is tot nu toe bij inbeslagname van medische gegevens het verschoningsrecht een in de wet vastgelegde uitzondering op de mogelijkheden die OM en r-c hebben om gegevens te vorderen. In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt het mogelijk geacht om het beroepsgeheim desalniettemin te doorbreken, als er sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden. Eventuele toestemming van de patiënt of nabestaanden is daarbij een factor van belang, maar niet doorslaggevend¹⁵. Ook van belang zijn de ernst van het misdrijf, de aard en omvang van de inbeslaggenomen gegevens, de geschoktheid van de rechtsorde, en de proportionaliteit en subsidiariteit. De vraag doet zich voor waarom dit systeem zou moeten worden veranderd voor inbeslagname voor DNA-materiaal.

Voor een goed begrip volgt hier een schets van de hoofdlijnen van het wetsvoorstel.

Nader gebruik voor strafvorderlijke doelen in het Wetvoorstel

Het voert te ver om het wetsvoorstel uitputtend te bespreken, aangezien wij ons concentreren op het potentiële nader gebruik voor strafvorderlijke doelen.¹⁶ In artikel 15 van het wetsvoorstel zijn de uitzonderingen opgenomen op grond waarvan nader gebruik van lichaamsmateriaal is toegestaan ondanks dat toestemming van de donor ontbreekt. In artikel 15 lid 3 is bepaald dat zonder toestemming worden gebruikt voor het uitvoeren van onderzoek met 'ander celmateriaal' als bedoeld in de artikelen 151a, eerste lid, 151b, vierde lid, 151e, vijfde lid, 195a, eerste lid en 195d, vierde lid van het Wetboek van Strafvordering, voor zover het lichaamsmateriaal niet tevens lichaamsmateriaal is als bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Wet veiligheid en kwaliteit lichaamsmateriaal.¹⁷ In de leden 4 t/m 8 van artikel 15 worden nadere voorwaarden en regels gesteld voor het met artikel 3 toegelaten gebruik van lichaamsmateriaal. Alvorens daarop in te gaan volgen hieronder eerst kort de huidige bevoegdheden.

Hoofdlijnen regels DNA-onderzoek wetboek van strafvordering

Bij het opsporen van strafbare feiten wordt regelmatig forensisch onderzoek ten aanzien van DNA-materiaal gebruikt.¹⁸ Artikel 138a Sv noemt limitatief een drietal gronden waarvoor DNA-onderzoek mag plaatsvinden, te weten: 1) onderzoek naar uiterlijke waarneembare kenmerken, 2) het forensisch verwantschapsonderzoek en 3) de klassieke profielvergelijking. Daarbij is het in beginsel zo dat voor het DNA-onderzoek celmateriaal afgenomen van een bekende verdachte of derde nadat deze daarvoor toestemming heeft verleend. Op deze twee uitgangspunten zijn in het wetboek van strafvordering diverse uitzonderingen die, voor zover relevant, hieronder nog zullen worden besproken.

¹⁵ Zie Hoge Raad 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, NJ 2009/263 (m.nt. Legemaate).

¹⁶ Zie voor een uitvoerige bespreking van het wetsvoorstel ook het artikel van mr. dr. M.C Ploem in dit nummer van TvGR.

¹⁷ Met deze laatste zin is uitgezonderd lichaamsmateriaal dat 'gedoneerd' is ten behoeve van transplantatie.

¹⁸ Voor een technische uitvoering van forensisch DNA onderzoek, zie o.a. A.J. Meulenbroek, Onderzoek van de biologische sporen en DNA-onderzoek in Forensische Wetenschap, onder redactie van A.P.A. Broeders en E.R Muller; Deventer 2008.

Ad 1

Sinds 1 september 2003 kan DNA-onderzoek plaatsvinden voor het vaststellen van uiterlijk waarneembare persoonskenmerken van de onbekende verdachte of het onbekende slachtoffer. Het onderzoek mag slechts gericht zijn op het geslacht, het ras, de bevolkingsgroep of andere bij algemene maatregel van bestuur genoemde kenmerken.¹⁹ Het DNA van een slachtoffer mag worden gebruikt om de uiterlijke kenmerken vast te stellen wanneer het slachtoffer is overleden door een misdrijf en diens identiteit niet anders is vast te stellen en de uiterlijke kenmerken niet meer duidelijk genoeg zichtbaar zijn. De gevallen waarin dit onderzoek mag plaatsvinden en onder welke voorwaarden zijn geregeld in artikel 151d Sv (bevoegdheden Officier van Justitie) en 195f (bevoegdheden rechter-commissaris). Het wetsvoorstel voorziet niet in een wijziging met betrekking tot deze vorm van DNA-onderzoek.

Ad 2

Sinds april 2012 kan DNA-verwantschapsonderzoek worden ingezet bij de opsporing in ernstige strafzaken. Het doel is de kring van verdachten te verkleinen. Dit in eerste instantie door het DNA-profiel van sporen te vergelijken met DNA-profielen in de justitiële DNA-databank (artikel 126da Sv). Daarnaast maakt artikel 151a lid 1 Sv het zogenaamde grootschalig verwantschapsonderzoek mogelijk. Een groep van ten minste 15 mensen kan worden gevraagd om DNA vrijwillig af te staan teneinde dat te vergelijken met de sporen. Ook dan is het doel weer te kijken of er verwanten van de (mogelijke) verdachte gevonden kunnen worden. De kring van verdachten kan eventueel nog worden verkleind met behulp van autosomale DNA-kenmerken, Y-chromosomaal DNA-onderzoek of mitochondriaal DNA-onderzoek.²⁰ De voorwaarden voor het DNA-verwantschapsonderzoek zijn bepaald in artikel 151da Sv. Het wetsvoorstel voorziet niet in een wijziging met betrekking tot deze vorm van DNA-onderzoek.

Ad 3

Het meest voorkomende onderzoek is nog steeds de zogenaamde profielvergelijking in het kader van waarheidsvinding. Voor dat doel wordt onderzoek gedaan om te proberen vast te stellen of aangetroffen sporen van een bepaalde verdachte of een bepaald slachtoffer zijn. Van sporen met celmateriaal waarvan niet bekend is van wie ze afkomstig zijn, dat bijvoorbeeld op de plaats delict is gevonden, wordt een DNA-profiel gemaakt. Vergelijking met het DNA-profiel van een verdachte of een derde kan een aanwijzing zijn wie de dader of het slachtoffer is. De gevallen waarin dit onderzoek mag plaatsvinden en onder welke voorwaarden zijn geregeld in artikel 151a Sv. en 151b (bevoegdheden Officier van Justitie) en 195a t/m195d (bevoegdheden rechter-commissaris).

Als hiervoor aangegeven wordt in beginsel voor DNA-onderzoek celmateriaal afgenomen van een bekende verdachte of derde.²¹ Het onderzoek is immers het meest efficiënt als

¹⁹ Thans is in het Besluit DNA-onderzoeken nog slechts 'oogkleur' toegevoegd; <http://wetten.overheid.nl/BWBR0012791/2014-11-01>.

²⁰ <https://www.om.nl/actueel/nieuwsberichten/@24134/kerntekst-dna-dna/>

²¹ Het onderscheid tussen 'derde' en verdachte is wezenlijk. De derde is geen verdachte en tegen hem of haar kunnen dus niet dezelfde strafrechtelijke dwangmiddelen worden ingezet als tegen een verdachte. Dat een

bekend is wie de donor is. Artikel 151a lid 1 Sv bepaalt derhalve onder andere dat alvorens het celmateriaal wordt afgenomen eerst de identiteit van de verdachte wordt vastgesteld overeenkomstig artikel 27a Sv. Ingeval het DNA-profiel gemaakt met behulp van celmateriaal (meestal wangslimvlies) dat is afgenomen van een verdachte, of derde een match oplevert met het DNA-profiel dat is gemaakt aan de hand van de gevonden sporen, is duidelijk van wie de sporen afkomstig waren. Ook het uitsluiten dat de sporen afkomstig zijn van de verdachte of derde kan bijdragen aan het bewijs.

In uitzonderlijke gevallen voorzien in de artikelen 151b lid 4 en 195d lid 4 Sv is het toegestaan om niet via een bevel celmateriaal van de verdachte af te nemen, maar om DNA-onderzoek uit te voeren met behulp van ander celmateriaal dan verkregen van de verdachte of de derde. Dergelijk onderzoek kan, indien daartoe volgens de Officier van Justitie resp. de rechter-commissaris zwaarwegende redenen zijn, worden verricht op celmateriaal dat is verkregen van voorwerpen die in beslag zijn genomen bij de verdachte of celmateriaal dat op een andere wijze verkregen is. Hierbij kan men denken aan een tanden- of haarborstel van de verdachte. Essentieel is dat met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld dat het aldus verkregen celmateriaal afkomstig is van de verdachte. Het moet gaan om een verdachte tegen wie 'ernstige bezwaren' bestaan dat hij of zij een misdrijf heeft gepleegd waarop voorlopige hechtenis staat en die heeft geweigerd schriftelijke toestemming te geven tot het mogen doen van DNA-onderzoek. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat als zwaarwegende redenen onder meer worden gezien dat de verdachte zich met hand en tand verzet om mee te werken aan een onderzoek, de verdachte niet meer in leven of onvindbaar is of dat er zwaarwegende belangen zijn dat het DNA-onderzoek in het geheim, zonder medeweten van de verdachte, plaatsvindt.

Ten aanzien van een derde biedt artikel 151a Sv de mogelijkheid dat DNA-onderzoek kan worden verricht met behulp van celmateriaal dat kleeft aan voorwerpen van een vermiste derde ten aanzien van wie het vermoeden bestaat dat hij overleden of vermist is als gevolg van een misdrijf.

Het tweede uitgangspunt is dat het DNA-profiel in beginsel wordt verkregen met toestemming van de verdachte of de derde. Ten aanzien van een verdachte bevatten artikelen 151b resp. 195d hierop een uitzondering. In geval van een misdrijf heeft de Officier van Justitie of de rechter-commissaris op grond van artikel 67 lid 1 Sv in bepaalde gevallen de bevoegdheid een DNA-onderzoek te bevelen. Deze bevoegdheid komt in beeld als er een onderzoeksbelang is en een verdachte tegen wie 'ernstige bezwaren' (hetgeen een zwaardere toets is dan of er een enkele verdenking is) bestaan heeft geweigerd schriftelijke toestemming te geven tot het mogen doen van DNA-onderzoek.

Als gezegd biedt artikel 151a Sv de mogelijkheid dat DNA-onderzoek kan worden verricht met behulp van celmateriaal dat kleeft aan voorwerpen van een vermiste derde ten aanzien van wie het vermoeden bestaat dat hij overleden of vermist is als gevolg van een misdrijf. Het spreekt voor zich dat dit zonder toestemming van de derde geschiedt.

derde in een later stadium mogelijk alsnog de verdachte-status krijgt, doet hieraan niets af. Zie Kessler, T&C Strafvordering artikel 151a, aantekening 3 onder d.

Het moge duidelijk zijn dat het wetsvoorstel een uitzondering zal vormen op de hiervoor geschetste twee hoofdregels. Het wetsvoorstel voorziet in DNA-onderzoek met behulp van celmateriaal dat niet is afgenomen bij de verdachte of de derde zelf, maar om celmateriaal (lichaamsmateriaal) dat is bewaard ten behoeve van (nader gebruik na) medisch onderzoek. Bovendien wordt het lichaamsmateriaal gebruikt voor DNA-onderzoek zonder toestemming van de verdachte of de derde.

Onderzoek besmettelijke ziekten

Tot slot bevat het wetsvoorstel ook nog een voorgenomen wijziging van artikel 151e Sv. Dit voorstel lijkt geen enkel doel te dienen. Artikel 151e Sv heeft geen betrekking op DNA-onderzoek. Het biedt mogelijkheden om te onderzoeken of een verdachte drager is van een besmettelijke ziekte. Het artikel kan worden ingezet ingeval van een zedendelict of bijvoorbeeld ingeval politiemensen en hulpverleners zijn gebeten of geprikt met een injectienaald door een drugsverslaafde. De reden voor invoering van deze bevoegdheid was dat het slachtoffer er vaak belang bij heeft snel te weten of de verdachte al dan niet drager was van bepaalde besmettelijke ziekten. Om die reden kan de Officier van Justitie de verdachte onder de in dit artikel genoemde voorwaarden dwingen mee te werken aan onderzoek. De bevoegdheid is bedoeld voor besmettelijke ziekten waarbij tijd een belangrijke factor is. Het moet erom gaan dat er duidelijkheid komt - al voordat het slachtoffer zelf onderzocht kan worden of hij of zij al dan niet besmet is - hetgeen van groot belang kan zijn omdat een snelle behandeling erger kan voorkomen, zoals bij sommige vormen van Hepatitis. Een andere reden kan zijn dat voor bepaalde ernstige besmettelijke ziekten de incubatietijd lang is, zodat het slachtoffer lang in onzekerheid zou verkeren, zoals bij een mogelijke besmetting met HIV. Het vijfde lid laat het toe dat als de verdachte niet bekend is bij het delict veiliggesteld materiaal - in de regel sperma en/of bloed - te laten onderzoeken. De voorgestelde wijziging van artikel 151^e Sv. voorziet in gebruik van voor nader gebruik bewaard lichaamsmateriaal. Het is de bedoeling dat dit kan worden gebruikt bij het ontbreken van een verdachte of 'verse' sporen. Niet valt in te zien hoe dergelijk onderzoek van dat bewaarde lichaamsmateriaal in de regel kan dienen voor het strafvorderlijke doel waarvoor artikel 151e Sv. is bedoeld. Dat materiaal zal in de regel al gedateerd zijn en zal dus geen zekerheid verschaffen over het mogelijke besmettingsrisico ten tijde van het strafbare feit. Bovendien zal de procedure om het materiaal te vinden en te beslissen of het kan worden vrijgegeven veel te tijdrovend zijn. Het praktische nut van dit deel van het wetsvoorstel zal derhalve vrijwel nihil zijn. Het kan daarom beter vervallen.

Beoogde strafvorderlijke bevoegdheden wetsvoorstel

In artikel 15 lid 4 t/m 8 worden nadere voorwaarden en restricties gesteld aan het gebruik van lichaamsmateriaal voor strafvorderlijke doelen.

Een belangrijke restrictie is dat het gebruik alleen is toegestaan voor specifieke delicten, limitatief opgesomd in het vierde lid. De delicten waarvoor de hiervoor geschetste bevoegdheden zouden kunnen worden ingezet lijken redelijk arbitrair gekozen c.q. 1-op-1 overgenomen uit artikel 151da lid 2 Sv. In het persbericht wordt vermeld dat de uitzondering slechts zou gelden indien het misdrijven betreft waarop een gevangenisstraf van 8 jaar of meer staat. Onder de in artikel 15 lid 4 van het wetsvoorstel genoemde artikelen komen echter ook strafbare feiten voor waarvoor een maximumstraf van 4 jaar (artt. 248a en 248b Sr) en 6 jaar (artt. 247, 249 en 290 Sr) geldt. Natuurlijk zijn de feiten genoemd in het wetsvoorstel allen ernstig, maar de vraag is of een aantal van

deze feiten zwaarwegend genoeg is om de in het wetsvoorstel opgenomen vergaande – zoals wij hieronder nog uitvoerig zullen bespreken – inbreuk op het medisch beroepsgeheim te kunnen rechtvaardigen.

Voorts moet men twijfelen aan de praktische toepasselijkheid van de voorgestane regeling. Naar verwachting zal justitie slechts in zeer uitzonderlijke zaken, waarin geen enkele andere opsporingsmethode soelaas heeft geboden, naar deze methode grijpen. Voor een middel als het grootschalig verwantschapsonderzoek geldt hetzelfde. Vanwege de hoge kosten en de geringe kans op succes wordt het middel zelden ingezet en als het wordt ingezet is het na een lange tijd. In veel gevallen zal er dan al eerst langdurig ander onderzoek hebben plaatsgevonden. Indien in de Wet Zeggenschap Lichaamsmateriaal al zou worden voorzien in een uitzondering op het toestemmingsbeginsel voor strafvorderlijk gebruik van lichaamsmateriaal, dan lijkt het beter om aan te sluiten bij de feiten die op grond van artikel 70 Sr lid 2 niet verjaren, te weten misdrijven waarop gevangenisstraf van twaalf jaren of meer is gesteld en voor de misdrijven, omschreven in de artikelen 240b, tweede lid, 243, 245 en 246, voor zover het feit is gepleegd ten aanzien van een persoon die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt.

In het wetsvoorstel is bepaald dat de identiteit van de verdachte (of de derde) bekend zijn. Hieruit valt op te maken dat het niet de bedoeling van het wetsvoorstel is – zoals in bepaalde reacties wel is gesuggereerd – om bij beheerders in de zin van het wetsvoorstel te zoeken totdat er een match is met aangetroffen sporen. Er moet sprake zijn van een gericht verzoek (op de vraag hoe de autoriteiten weten of er van een bepaalde verdachte of derde lichaamsmateriaal voor nader gebruik is bewaard en zo ja, door welke beheerder komen we hieronder nog terug).

Voorts is een voorwaarde dat het lichaamsmateriaal niet bij de verdachte of derde zelf kan worden afgenomen omdat deze vermist, voortvluchtig of overleden en begraven en/of gecremeerd is. Ten aanzien van de verdachte lijkt dit dus een verdergaande beperking dan de in de artikelen 151b lid 4 en 195d lid 4 Sv bedoelde zwaarwegende redenen. Als de verdachte 'beschikbaar' is, maar weigert mee te werken aan het afnemen van celmateriaal, dan kan niet uitgeweken worden naar bewaard lichaamsmateriaal in een ziekenhuis of laboratorium. Terzijde zij opgemerkt dat het maar de vraag is of strafrechtelijk onderzoek nog wel mogelijk is indien duidelijk is dat de verdachte is overleden. Op grond van artikel 69 Sr. komt het recht tot strafvordering te vervallen door de dood van de verdachte. De vraag is dus in elk geval welk strafvorderlijk belang nog gediend wordt met (kostbaar en tijdrovend) DNA-onderzoek als dit nimmer kan leiden tot een strafvervolgning van de betreffende verdachte.²²

Ten aanzien van een derde doet zich de vraag voor of dit een verruiming is. Uit artikel 15 lid 4 onder b van het wetsvoorstel kan worden gelezen dat niet langer vereist is dat een derde vermist of overleden is als gevolg van een misdrijf. De voorgestelde wijziging van artikel 151b lid 1 is ambivalent. Of dit een omissie is, is niet duidelijk. Indien het de bedoeling van de wetgever is dat nader gebruik is toegestaan voor een vergelijking van sporen met het DNA-profiel van vermiste personen die niet door een misdrijf zijn overleden of vermist, dan zal de wetswijziging geen uitkomst bieden. Het inzetten van een strafvorderlijke bevoegdheid kan immers alleen als er sprake is van een

²² Zie ook B.C. W. van Eijck, <https://www.medischcontact.nl/nieuws/laatste-nieuws/artikel/dna-vrijgeven-tast-rechtspositie-ziekenhuizen-aan.htm>.

strafrechtelijk onderzoek. In vermissingszaken waarbij geen enkele aanleiding is om uit te gaan van een misdrijf biedt artikel 151a Sv geen soelaas.²³

Ten slotte bevatten sub c en sub d van de in artikel 15 lid 4 van het wetsvoorstel voorgestelde regeling ook de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Het beoogde doel van het gebruik van het lichaamsmateriaal moet niet op minder ingrijpende wijze kunnen worden bereikt en er moet een redelijke verhouding bestaan tussen enerzijds het belang dat wordt gediend met het gebruik van het lichaamsmateriaal en anderzijds het beoogde doel van dat gebruik.

Met deze invulling wordt volgens de Memorie van Toelichting voldaan aan de eisen die de Hoge Raad in zijn jurisprudentie heeft geformuleerd rondom de doorbreking van het verschoningsrecht. Het belangrijkste uitgangspunt is dat het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, in beginsel moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het toevertrouwde om bijstand en advies tot de verschoningsgerechtigde moet kunnen wenden. Slechts in zeer uitzonderlijk gevallen is dat omgekeerd. Het verschoningsrecht beschermt namelijk, zoals gezegd, niet alleen de persoonlijke gegevens van het individu dat zich tot de geheimhouder heeft gewend. Het verschoningsrecht dient ook het algemene maatschappelijke belang dat mensen die zorg behoeven deze ook krijgen. Als een belangrijke voorwaarde wordt daarbij gezien dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het toevertrouwde moet kunnen wenden tot de zorgverlener. Dit belang wordt in beginsel zwaarder geacht dan het belang dat in een individuele procedure vertrouwelijke informatie kan worden gebruikt voor het bewijs.

De beantwoording van de vraag welke omstandigheden als 'zeer uitzonderlijk' moeten worden aangemerkt is – aldus de Hoge Raad – niet in een algemene regel samen te vatten.²⁴ Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn ingeval de verschoningsgerechtigde zelf verdachte is, maar op zich is dit niet een afdoende grond voor het doorbreken van het beroepsgeheim. Maar ook als de verschoningsgerechtigde zelf geen verdachte is kunnen andere factoren, zoals de ernst van het delict, de afwezigheid van andere bewijsmiddelen en/of de mogelijkheid om de betreffende gegevens te verkrijgen zonder schending van het beroepsgeheim of op een minder ingrijpende wijze (proportionaliteit en subsidiariteit), een zodanig gewicht in de schaal leggen dat geoordeeld wordt dat het opsporingsbelang dient te prevaleren boven het beroepsgeheim. In enkele zaken waarin het ging om medische gegevens heeft de Hoge Raad verder overwogen dat ook moet worden gelet op de inhoud van het materiaal waarover zich het verschoningsrecht uitstrekt en de mate waarin de betrokken belangen van de patiënt worden geschaad indien het verschoningsrecht wordt doorbroken.²⁵

Als gezegd mag, op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad, de aanwezigheid van uitzonderlijke omstandigheden niet snel worden aangenomen. Het feit dat sprake is van

²³ Zie o.a. ECLI:NL:RBOVE:2013:BZ9109, medische gegevens kunnen niet gevorderd worden ten behoeve van het opmaken van een pro justitia rapportage.

²⁴ Zie o.a. HR 9 mei 2006, NJ 2006, 622, met noot J. Boer.

<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2006:AV2386>

alsmede vgl. o.m. HR 27 mei 2008, NJ 2008, 407 en HR 21 oktober 2008, NJ 2008, 630.

²⁵ zie o.a. HR 27 mei 2008, NJ 2008, 407 en HR 21 oktober 2008, NJ 2008, 630.

een verdenking van een zeer ernstig feit is op zichzelf bijvoorbeeld niet voldoende voor een doorbreking van het beroepsgeheim. Hetzelfde geldt als de verschoningsgerechtigde zelf verdachte is. In het hiervoor genoemde arrest van 9 mei 2006 oordeelde de Hoge Raad dat de rechtbank niet had aangetoond dat sprake was van zulke uitzonderlijke omstandigheden, dat een inbreuk op het beroepsgeheim gerechtvaardigd was. De rechtbank had geoordeeld dat sprake was van zeer uitzonderlijke omstandigheden, omdat:

- sprake was van een zeer ernstig feit (de gewelddadige dood van een driejarig meisje);
 - naar aanleiding waarvan zeer grote ophef was ontstaan,
- en
- de gegevens van groot belang waren voor het aan de dag brengen van de waarheid.

De Hoge Raad oordeelde bovenstaande omstandigheden niet voldoende voor een inbreuk, en nam daarbij onder andere in aanmerking:

- dat het niet ging om een tegen de verschoningsgerechtigde bestaande verdenking;
- de aard en omvang van de gegevens die in de strafprocedure zouden worden ingebracht door doorbreking van het verschoningsrecht;
- dat de rechtbank onvoldoende had onderzocht of de gegevens niet op andere wijze konden worden verkregen.

Procedure volgens het wetsvoorstel

In strafrechtelijke onderzoeken worden regelmatig voorwerpen in beslag genomen en/of gegevens of uitlevering van voorwerpen gevorderd die onder het medisch beroepsgeheim vallen. Indien er discussie is over welk belang prevaleert in een specifieke strafzaak, dan kan dit aan de rechter worden voorgelegd. In de regel gebeurt dit doordat de verschoningsgerechtigde een klaagschrift ex artikel 552a Sv indient, waarna de raadkamer van de rechtbank de belangen afweegt. Indien het Openbaar Ministerie of de klager het oneens is met de beslissing van de raadkamer kan cassatie worden ingesteld. Zolang de (cassatie)rechter geen onherroepelijke uitspraak heeft gedaan wordt op grond van artikel 98 lid 3 Sv. geen kennisgenomen door de autoriteiten van de inhoud van de informatie waarom het gaat.²⁶

In de in het wetsvoorstel voorziene regeling wordt de vorenbedoelde belangenafweging niet uitgevoerd door de (straf)rechter, maar door een speciaal daartoe in het leven te roepen commissie. De commissie moet door de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de Minister van Veiligheid en Justitie gezamenlijk worden ingesteld. De in lid 4 van artikel 15 van het wetsvoorstel bedoelde schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris mag pas worden afgegeven nadat deze deskundigencommissie een advies heeft gegeven over de wenselijkheid van de verstrekking van het lichaamsmateriaal in een concrete casus.

²⁶ Deze procedure wordt ook gevolgd indien de onder het verschoningsrecht vallende gegevens of voorwerpen anders dan door inbeslagname worden gevorderd. Zie o.a. W.R. Kastelein, Strafrechtelijke inbeslagname bij de medisch verschoningsgerechtigde, TvGR 2013/8 en <https://www.om.nl/organisatie/beleidsregels/overzicht-0/specialistisch/@86298/aanwijzing-4/>

Het wetsvoorstel spreekt over 'een advies', hetgeen betekent dat de rechter-commissaris dat advies kan negeren. Wat er gebeurt als de commissie adviseert dat er onvoldoende grond is voor het gebruik van het lichaamsmateriaal, maar de rechter-commissaris toch een machtiging aan de Officier van Justitie verleent, is niet duidelijk. Er is in ieder geval geen enkele sanctie gesteld op het negeren van een advies door de R-C. Dat is mede opmerkelijk omdat in lid 8 van artikel 15 van het wetsvoorstel is bepaald dat artikel 88 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg niet van toepassing is op de verstrekking, bedoeld in het vierde lid. In de Memorie van Toelichting is gesteld dat indien de deskundigencommissie advies heeft uitgebracht en de rechter-commissaris een schriftelijke machtiging heeft afgegeven, het niet voor de hand ligt dat een verschoningsgerechtigde zich alsnog op zijn verschoningsrecht zal kunnen beroepen. Het belang van het medisch beroepsgeheim zou dan volgens de minister immers al zijn meegewogen in de beslissing om de vordering van de Officier van Justitie toe te wijzen. Met andere woorden, in die gevallen zal het medisch beroepsgeheim en het daarop gebaseerde verschoningsrecht buiten toepassing moeten blijven.

Los van de vraag wat er gebeurt als de rechter-commissaris en de Officier van Justitie het advies van de commissie negeren, staat de terzijdestelling van het medisch beroepsgeheim die is opgenomen in lid 8 van artikel 15 van het wetsvoorstel. Dat luidt: *"Artikel 88 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg is niet van toepassing op de verstrekking, bedoeld in het vierde lid"*. In de Memorie van Toelichting wordt niet betwist dat het lichaamsmateriaal onder het medisch beroepsgeheim valt van de behandelaar. Dat kan ook niet anders, aangezien het medisch beroepsgeheim evident is. De verplichting tot geheimhouding van artsen is al terug te voeren tot de eed van Hippocrates, die dateert van circa 400 v. Chr. Aan artsen komt van oudsher het verschoningsrecht toe. Het verschoningsrecht geldt ook voor andere zogenaamde BIG-geregistreerde zorgverleners, zoals verpleegkundigen en apothekers. Artikel 88 Wet BIG luidt: *"Een ieder is verplicht geheimhouding in acht te nemen ten opzichte van al datgene wat hem bij het uitoefenen van zijn beroep op het gebied van de individuele gezondheidszorg als geheim is toevertrouwd, of wat daarbij als geheim te zijner kennis is gekomen of wat daarbij te zijner kennis is gekomen en waarvan hij het vertrouwelijke karakter moest begrijpen"*.

Echter, onder andere in artikel 7:457 BW e.v. is bepaald dat een hulpverlener, die een behandelrelatie (in de zin van de Wgbo) is aangegaan, niets over de cliënt naar buiten mag brengen zonder toestemming van de cliënt. Dit geldt slechts niet voor personen die *"rechtstreeks betrokken zijn bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst en degene die optreedt als vervanger van de hulpverlener, voor zover de verstrekking noodzakelijk is voor de door hen in dat kader te verrichten werkzaamheden"*. Het uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat het voor nader gebruik bewaarde lichaamsmateriaal ooit door de donor is verstrekt in het kader van een geneeskundige behandeling. Gezien het vertrouwelijk karakter van het lichaamsmateriaal en de informatie die dat kan bevatten over de donor, is evident dat het medisch beroepsgeheim door verstrekking in het kader van artikel 15 lid 4 e.v. van het wetsvoorstel wordt geschonden. Desondanks zou artikel 88 Wet BIG niet gelden. De wetgever lijkt er van uit te gaan dat daarmee ook art 7:457 BW en bijvoorbeeld, art. 7.3.11 van de Jeugdwet buiten werking zijn gesteld, maar dat wordt in het wetsvoorstel niet geregeld. In art. 96 lid 3 Sv. wordt overigens ook helemaal niet gerefereerd aan art. 88 Wet BIG, wat ook

logisch is omdat art. 88 Wet BIG pas sinds 1997 bestaat en art. 96 lid 3 Sv van veel ouder datum is. Hoe dan ook, het huidige wetsvoorstel is verre van duidelijk en lijkt nogal haastig en krakkemikkig vormgegeven.

De wetgever, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting, laat de toets of een inbreuk op het verschoningsrecht dient te prevaleren boven het opsporingsbelang aan de commissie. Dit vormt een breuk met de vaste jurisprudentie dat het de geheimhouder is die bepaalt of gegevens of een voorwerp valt onder zijn of haar beroepsgeheim. Vaste jurisprudentie is bovendien dat het oordeel van de verschoningsgerechtigde dat iets onder het verschoningsrecht valt, gerespecteerd wordt door de autoriteiten tenzij het evident is dat dit standpunt van de verschoningsgerechtigde onjuist is.²⁷ Uit het wetsvoorstel blijkt niet of de verdediging (ook een vermiste verdachte kan in rechte vertegenwoordigd worden door een raadsman), de nabestaanden van een derde en/of de geheimhouders enige inspraak hebben in de procedure. Het lijkt er niet op. Alles komt aan op een advies van een totaal onbekende commissie, welk advies vervolgens ook nog eens straffeloos kan worden genegeerd.

Voor de noodzaak van het voeren van deze uitzonderlijke procedure, die niet met enige waarborg voor de betrokkenen en procespartijen is omkleed, wordt in de Memorie van Toelichting geen enkele reden gegeven. Niet wordt aangegeven waarom de normale strafrechtelijke procedures, waarin wordt getoetst welk belang zwaarder weegt, het belang van de waarheidsvinding of het belang dat wordt beschermd door het medisch beroepsgeheim, niet zouden voldoen. Evenmin wordt enige uitleg gegeven waarom het oordeel of informatie en lichaamsmateriaal valt onder het medisch beroepsgeheim wordt weggehaald bij de verschoningsgerechtigden. In de memorie van toelichting wordt gerefereerd aan andere wettelijke bepalingen waarbij het beroepsgeheim wordt uitgesloten. Concreet wordt het niet, maar naar onze mening is de met het wetsvoorstel beoogde uitsluiting van het medisch beroepsgeheim niet vergelijkbaar met reeds bestaande in de wet geregelde uitzonderingen. In andere gevallen gaat het niet om opsporing van strafbare feiten maar om gevallen waarin een sprake is van een acute concrete potentiële bedreiging van de gezondheid voor derden, zoals in de Wet publieke gezondheid of de Wet verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling. Hoe ernstig de strafbare feiten ook zijn en hoe groot het belang ook moge zijn bij het in rechte vinden van de waarheid, is deze wettelijk uitzondering op de autonomie van de verschoningsgerechtigde om te bepalen of hij een beroep doet op het verschoningsrecht een duidelijke trendbreuk.

Juist met betrekking tot lichaamsmateriaal is het onbegrijpelijk dat het medisch beroepsgeheim hier, zonder dat blijkt van enige noodzaak, volledig terzijde wordt geschoven. Het gaat om lichaamsmateriaal van een patiënt, die dat in goed vertrouwen heeft afgestaan in het kader van de behandeling. Vervolgens heeft die patiënt in het kader van het algemeen belang ingestemd met nader gebruik van zijn lichaamsmateriaal voor een totaal ander doel dan strafrechtelijk onderzoek. Dit geldt temeer daar het wetsvoorstel – gezien de lange bewaartermijnen die ziekenhuizen en laboratoria hanteren – ook zal gelden voor lichaamsmateriaal dat is afgestaan vóór invoering van de wet. Hoe precair het lichaamsmateriaal en de daarin 'opgeslagen' genetische gegevens van de patiënt zijn is hiervoor al aan de orde geweest. Als bescherming van het medisch

²⁷ zie bijvoorbeeld HR 12 februari 2002, NJ 2002, 439 of HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0434.

beroepsgeheim en het verschoningsrecht ergens van belang is, dan is het wel in geval van het (nader) gebruik van lichaamsmateriaal.

Voor het gebruik van lichaamsmateriaal van slachtoffers hanteert artikel 15 van het wetsvoorstel een nog lagere drempel voor verstrekking. De commissie hoeft geen advies uit te brengen en ook de proportionaliteitseis vervalt. In de Memorie van Toelichting wordt hiervoor verwezen naar de jurisprudentie met betrekking tot de zogenaamde 'veronderstelde toestemming'. De fictie over de veronderstelde toestemming is ongelukkig en vormt niet de kern van de jurisprudentie. Bovendien heeft de Hoge Raad bepaald dat toestemming, indien gegeven, een factor is die moet worden meegewogen bij het bepalen of er sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden, maar dat gegeven toestemming op zichzelf niet doorslaggevend is.

De jurisprudentie over de veronderstelde toestemming heeft betrekking op zaken waarbij een patiënt is overleden, mogelijk als gevolg van verwijtbaar handelen van de zorgverlener. De kern is dat verschoningsrecht weliswaar een recht is van de geheimhouder, maar strekt niet ter bescherming van de processuele belangen van die geheimhouder. Met andere woorden: het medisch beroepsgeheim dient er niet toe om de arts en/of instelling te beschermen tegen eventuele (strafrechtelijke) aansprakelijkheid. Het algemeen belang dat een ieder zich vrijelijk moet kunnen wenden tot een zorgverlener, etc. zou hiermee niet geschonden worden, omdat men er immers op moet kunnen vertrouwen dat bij een ernstig vermoeden van verwijtbaar ondeskundig handelen van de zorgverlener, (medische) informatie met betrekking tot de zorg voor de waarheidsvinding in rechte beschikbaar is. Een beroep op het verschoningsrecht moet – in het geval er sprake is van het overlijden van een patiënt en de verdenking ter zake van dood door schuld is gerezen in verband met de medische of verpleegkundige behandeling – volgens de Hoge Raad mede worden beoordeeld tegen de achtergrond van de uit artikel 2 EVRM (waarin het recht op leven is gewaarborgd) voortvloeiende verplichting van de Staat tot het doen van een effectief en onafhankelijk onderzoek.²⁸ Dit speelt in casu echter niet, zodat ook ten aanzien van het slachtoffer niet valt in te zien waarom het niet de verschoningsgerechtigde is die dient te bepalen of het lichaamsmateriaal onder zijn of haar verschoningsrecht dient te vallen. Daarbij is relevant dat het beroepsgeheim en het verschoningsrecht niet eindigen bij het overlijden van de betrokkene.

Tot slot is nog de vraag hoe de voorgestelde regeling in de praktijk zal werken. Onduidelijk is hoe politie en justitie te weten zouden moeten komen of van een bepaalde verdachte of derde lichaamsmateriaal is bewaard en zo ja, waar. Artikel 88 is slechts buiten toepassing verklaard voor de verstrekking van lichaamsmateriaal als bedoeld in artikel 15 lid 4 van het wetsvoorstel. De gedachte is daarbij dat de commissie - als het gaat om lichaamsmateriaal van verdachten - een belangenafweging moet hebben gemaakt. Onduidelijk is of die belangenafweging wordt gemaakt vóórdat er überhaupt bekend is of lichaamsmateriaal is bewaard van de betreffende verdachte en zo ja, in welke zorginstelling, laboratorium of bio-bank. Te verdedigen is dat indien er, voordat de commissie een advies heeft gegeven, aan een instelling gevraagd wordt of door de instelling van een specifieke persoon lichaamsmateriaal bewaard wordt, die informatie gewoon valt onder het afgeleid verschoningsrecht. Alleen al het enkele feit dat iemand zich tot de geheimhouder heeft gewend kan immers al onder het beroepsgeheim vallen. Op z'n minst zullen dergelijke gegevens dus gevorderd moeten worden conform artikel

²⁸ zie o.a. HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6144 of HR 26 mei 2009, 979, NJ 2009, 263

126nf Sv. Het is dan aan de verschoningsgerechtigde of aan die vordering wordt voldaan. Zo nodig kan daarover een procedure, zoals hiervoor geschetst, op grond van artikel 552a Sv gevoerd worden.²⁹

Mogelijk beoogt de wetgever dat de commissie wel toetst zonder dat bekend is of er lichaamsmateriaal bewaard is van de betreffende verdachte en zo ja waar. Los van het feit dat dit niet erg praktisch is, zou dit de toch al aanzienlijke inbreuk op het medisch beroepsgeheim nog extra versterken. In de eerste plaats kan de commissie dan niet de aard van de gegevens meewegen. Het maakt bijvoorbeeld verschil of afgenomen bloed bewaard is na een routineonderzoek of dat er is onderzocht of er sprake is van een erfelijke variant van borstkanker. In elk geval hoort de commissie op grond van de jurisprudentie ook de mate van gevoeligheid van de gegevens mee te wegen. Bovendien zal, wanneer de R-C een machtiging heeft verstrekt, de vordering van de OvJ blind naar diverse zorginstellingen, laboratoria of/of bio-banken moeten worden gestuurd. Alle ontvangers van de vordering raken dan op de hoogte van de NAW-gegevens van de verdachte, en alle ontvangers die lichaamsmateriaal hebben van de betreffende verdachte zullen dat vervolgens moeten verstrekken. Als dit de werkwijze is die de wetgever beoogd dan vormt deze dus zowel een verstrekkende inbreuk op het verschoningsrecht die niet volledig in overeenstemming is met de relevante jurisprudentie van de Hoge Raad, als een vergaande schending van de privacy van een verdachte. Als de wetgever een andere werkwijze voorstaat, dan is het de vraag wat de toegevoegde waarde is van artikel 15 lid 4 t/m lid 8. In elk geval dient de wetgever duidelijk te motiveren en te regelen welke van de twee routes er gevolgd dient te worden.

Conclusie

Zoals hiervoor uiteengezet beoogt de wetgever met het wetsvoorstel primair om de autonomie van degene om wiens lichaamsmateriaal het gaat, te versterken en het voorkomen van gebruik voor andere doelen dan waarvoor lichaamsmateriaal is afgestaan. Het uitgangspunt is derhalve dat voor het verdere gebruik van lichaamsmateriaal als bedoeld in het wetsvoorstel in beginsel sprake moet zijn van toestemming (consent). Een tweede doel is het zoveel mogelijk faciliteren van onderzoek. Het wetsvoorstel bevat in verband met dat tweede doel een aantal uitzonderingen op het toestemmingsvereiste. Hiervoor gaven wij al aan hoe precair dat evenwicht is tussen die twee doelstellingen an sich. Onmiskenbaar is echter dat de derde doelstelling – het (nader) gebruik voor strafvordering – in de publieke opinie beschouwd wordt als een inperking van de beoogde privacybescherming en bescherming van de autonomie van donoren van lichaamssweefsel. Alleen om die reden dreigt de hiervoor geschetste noodzakelijke balans behoorlijk te worden verstoord.

Veel van de kritiek op het wetsvoorstel laat zich scharen onder de noemer hellend vlak: *“Zelfs al zou het wetsvoorstel nu nog geen aanzienlijke uitbreiding van de bevoegdheden van politie en justitie bevatten, dan is dat met deze eerste stap een kwestie van tijd”*. Natuurlijk kan de wetgever dat afdoen als een drogredenering, maar zo eenvoudig is dat niet. De ervaring leert dat bevoegdheden, met het voortschrijden van de technologie, steeds verder worden uitgebreid. Te verwachten valt dat de praktijk vroeg of laat zal oplopen tegen het hiervoor geschetste problematiek dat politie en justitie in de meeste

²⁹ zie bijvoorbeeld HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9218, tevens TvGR 2009/26, met noot S.F. Tiems onder TvGR 2009/27 en GJ 2009/63, met noot T.M. Schalken.

gevallen niet zullen weten of van een bepaalde persoon lichaamsmateriaal aanwezig is en zo ja waar. Ongetwijfeld zal er dan van het Ministerie van Veiligheid en Justitie druk ontstaan om toch een centrale databank aan te leggen om dat probleem te tackelen. De vrees kan dus ook niet als ongegrond terzijde worden geschoven. Los daarvan draagt de enkele verwachting dat het een kwestie van tijd is voordat de overheid in de toekomst het gebruik van voor nader gebruik bestemd lichaamsmateriaal ook voor andere doelen zal willen gebruiken, ook al zou die onjuist blijken te zijn, an sich al bij aan een verminderd vertrouwen. Die perceptie kan er daardoor al toe leiden dat er minder lichaamsmateriaal beschikbaar komt voor wetenschappelijk onderzoek. Iemand die instemt met het nader gebruik doet dat op een moment dat hij of zij totaal niet kan overzien wat daarmee in de toekomst zal gebeuren. Van een echt informed consent is dan immers per definitie geen sprake.

Bovendien raakt het de kern van het belang dat het medisch beroepsgeheim tracht te beschermen, namelijk de vrije toegang tot de zorg. Ook is volstrekt onvoldoende gemotiveerd waarom het medisch beroepsgeheim en het verschoningsrecht buiten toepassing worden verklaard.

De vraag is of de wetgeving de toets van het EVRM en de privacy-verordening kan doorstaan. Het medisch beroepsgeheim valt ook onder de bescherming van artikel 8 EVRM. Meer dan in het Nederlandse systeem, waar het verschoningsrecht een recht van geheimhouder is, gaat het EVRM uit van de privacybescherming van het individu. Uit diverse uitspraken van het EHRM kan worden opgemaakt dat de omgang met medische gegevens zelfs de kern raakt van artikel 8 EVRM. Onder andere in de zaak *Armonas vs. Litouwen* overwoog het EHRM:

"More specifically, the Court has previously held that the protection of personal data, not least medical data, is of fundamental importance to a person's enjoyment of his or her right to respect for private and family life as guaranteed by Article 8 of the Convention. Respecting the confidentiality of health data is a vital principle in the legal systems of all the Contracting Parties to the Convention. The above considerations are especially valid as regards the protection of the confidentiality of a person's HIV status (cf. Council of Europe materials, paragraphs 20-21 above). The disclosure of such data may dramatically affect his or her private and family life, as well as the individual's social and employment situation, by exposing that person to opprobrium and the risk of ostracism".

Hoewel het beroepsgeheim en het verschoningsrecht van artsen ook volgens het EHRM niet absoluut wordt geacht, is duidelijk dat het Hof vindt dat artikel 8 een zware verdragsrechtelijke verplichting voor de Staat met zich meebrengt om de vertrouwelijkheid van medische gegevens te beschermen.

Los van de vraag of er enige noodzaak is om op deze wijze door het verschoningsrecht van zorgverleners te doorkruisen kunnen er grote vraagtekens worden geplaatst of de voorgestelde regeling van grote betekenis zal zijn voor de strafrechtelijke praktijk. Hiervoor zijn daarbij al diverse kanttekeningen geplaatst. Bovendien is in slechts een relatief zeer klein aantal zaken DNA cruciaal voor het bewijs. Het aantal zaken waarbij er geen ander celmateriaal voorhanden is om een DNA-profiel te maken dan lichaamsmateriaal dat is bewaard voor nader gebruik in de zin van het wetsvoorstel, zal te verwaarlozen zijn. Het toevoegen van deze uitzondering op het uitgangspunt dat voor

nader gebruik in beginsel toestemming van de donor nodig is voor strafvorderlijke doelen, is daarentegen evident nadelig voor de overige beoogde doelen: het versterken van de autonomie van donor en het voorkomen van gebruik voor andere doelen dan waarvoor lichaamsmateriaal is afgestaan en het faciliteren van gebruik van lichaamsmateriaal voor verbeteren van de zorg en wetenschappelijk onderzoek.

Alles afwegende zou de wetgever er verstandig aan doen om artikel 15 lid 4 en verder van het wetsvoorstel alsmede de voorgestelde wijzigingen van het wetboek van Strafvordering te heroverwegen.

De wetgever zou ons inziens in de Wet Zeggenschap Lichaamsmateriaal geen strafvorderlijke bepalingen moeten opnemen. Hooguit zou uitdrukkelijk kunnen worden bepaald dat nader gebruik zonder toestemming voor strafvorderlijke doelen slechts is toegestaan onder dezelfde condities en met dezelfde beklagmogelijkheden als nu voor de inbeslagname van gegevens verkregen in het kader van de geneeskundige behandeling geldt.

Daarbij dient dan het medische beroepsgeheim en het verschoningsrecht intact te blijven. De autonomie van de verschoningsgerechtigde dient te worden gerespecteerd. Indien een verschoningsgerechtigde weigert om lichaamsmateriaal en/of andere gegevens of voorwerpen te verstrekken, dan dient justitie dat in beginsel te respecteren. Indien de R-C en de OvJ menen dat het beroep op het verschoningsrecht ten onrechte is gedaan en/of dat er sprake is van zodanige uitzonderlijke omstandigheden dat het verschoningsrecht in dat specifieke geval dient te wijken voor het belang van de waarheidsvinding, dan dienen de gebruikelijke strafvorderlijke procedures gewoon te gelden. Deze bevatten voldoende waarborgen voor een zorgvuldige afweging van belangen. Zonodig kan de raadkamer van de rechtbank en desnoods de Hoge Raad bepalen of er sprake is van zodanige uitzonderlijke omstandigheden dat in dat specifieke geval het (algemeen) belang dat een ieder zich dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het toevertrouwde om bijstand en advies moet kunnen wenden tot een vertrouwenspersoon, dient te wijken voor het belang van de justitiële waarheidsvinding. Indien voor nader gebruik bewaard lichaamsmateriaal nodig is buiten de strafrechtelijke waarheidsvinding, bijvoorbeeld in geval van een derde die vermist is of omdat door de dood van de verdachte het recht op strafvordering is komen te vervallen op grond van artikel 69 Sr. , maar waarbij geen aanwijzingen zijn van enig strafbaar feit kan de voorzieningenrechter zo nodig de knoop doorhakken.

Bijlage

Artikel 15 Wet Zeggenschap Lichaamswaefsel

Bewaren, verstrekken en gebruiken zonder toestemming

1. In afwijking van artikel 14 mag lichaamsmateriaal zonder toestemming worden bewaard en gebruikt ten behoeve van medisch- of biologisch-wetenschappelijk onderzoek of onderwijs, indien het lichaamsmateriaal in het algemeen belang wordt bewaard en gebruikt en:
 - a. het vragen van uitdrukkelijke toestemming onmogelijk blijkt of een onevenredige inspanning kost;
 - en
 - b. bij de uitvoering is voorzien in zodanige waarborgen dat de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene niet onevenredig wordt geschaad.
2. In afwijking van artikel 14 mag lichaamsmateriaal voorts zonder toestemming worden bewaard en gebruikt voor zover dat gebeurt ten behoeve van kwaliteitsbewaking die direct verband houdt met de diagnostische processen of behandelprocessen in verband waarmee het lichaamsmateriaal is vrijgekomen of afgenomen, of wordt bewaard of gebruikt.
3. In afwijking van artikel 14 mag lichaamsmateriaal voorts zonder toestemming worden gebruikt voor het uitvoeren van onderzoek met ander celmateriaal als bedoeld in de artikelen 151a, eerste lid, 151b, vierde lid, 151e, vijfde lid, 195a, eerste lid, en 195d, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering, voor zover het lichaamsmateriaal niet tevens lichaamsmateriaal is als bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Wet veiligheid en kwaliteit lichaamsmateriaal.
4. Lichaamsmateriaal mag slechts voor het uitvoeren van een onderzoek als bedoeld in het derde lid worden verstrekt na schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris op vordering van de Officier van Justitie of op bevel van de rechter-commissaris voor de opsporing en vervolging van een misdrijf als bedoeld in de artikelen 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248a, 248b, 248f, 249, 273f, 287, 288, 288a, 289, 289a, 290 of 291 van het Wetboek van Strafrecht, mits:
 - a. de identiteit van de verdachte of het slachtoffer bekend is;
 - b. het lichaamsmateriaal niet bij de persoon, bedoeld in onderdeel a, zelf kan worden afgenomen omdat deze vermist, voortvluchtig of overleden en begraven en/of gecremeerd is;
 - c. het daarmee beoogde doel niet op een andere en minder ingrijpende wijze kan worden bereikt;
 - en
 - d. het belang dat daarmee wordt gediend in redelijke verhouding staat tot het daarmee beoogde doel.

5. De schriftelijke machtiging, bedoeld in het vierde lid, wordt niet afgegeven dan nadat een bij regeling van onze Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en onze Minister van Veiligheid en Justitie ingestelde commissie van deskundigen aan de rechter-commissaris heeft geadviseerd over de mate waarin is voldaan aan de voorwaarden, bedoeld in het vierde lid, onderdelen a tot en met d.
6. Indien de identiteit van het slachtoffer bekend is, zijn het vierde lid, onderdeel c, en het vijfde lid niet van toepassing op de verstrekking van lichaamsmateriaal voor het uitvoeren van een onderzoek als bedoeld in het derde lid.
7. Bij regeling van onze Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en onze Minister van Veiligheid en Justitie worden nadere regels gesteld over de samenstelling en werkwijze van de commissie, bedoeld in het vijfde lid.
8. Artikel 88 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg is niet van toepassing op de verstrekking, bedoeld in het vierde lid.

Artikel 151a lid 1

De officier van justitie kan ambtshalve of op verzoek van de verdachte of diens raadsman in het belang van het onderzoek een DNA-onderzoek, dat gericht is op het vergelijken van DNA-profielen, laten verrichten. Hij kan ten behoeve van het DNA-onderzoek de verdachte of een derde verzoeken celmateriaal af te staan. Celmateriaal kan, behoudens in geval van toepassing van artikel, of de gevallen, bedoeld in de voorlaatste volzin, slechts met schriftelijke toestemming van de verdachte of de derde worden afgenomen. Celmateriaal wordt slechts van de verdachte afgenomen, nadat van hem één of meer vingerafdrukken overeenkomstig dit wetboek zijn genomen en verwerkt en zijn identiteit is vastgesteld op de wijze, bedoeld in artikel 27a, eerste lid, eerste volzin, en tweede lid. Aan een groep van vijftien derden of meer kan slechts na schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris op vordering van de officier van justitie worden verzocht celmateriaal af te staan. Ingeval de derde vermist is of overleden is als gevolg van een misdrijf en begraven of gecremeerd is, kan het DNA-onderzoek worden verricht aan celmateriaal op voorwerpen, die van hem in beslag genomen zijn, of aan celmateriaal, dat op andere wijze verkregen is. Indien de officier van justitie het noodzakelijk acht dat voor het DNA-onderzoek lichaamsmateriaal als bedoeld in de Wet zeggenschap lichaamsmateriaal wordt verkregen, kan hij in afwijking van artikel 126nd, tweede lid, na schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris vorderen dat dat lichaamsmateriaal wordt verstrekt en is artikel 96a, derde lid, niet van overeenkomstige toepassing.

Artikel 151b lid 4

Het bevel, onderscheidenlijk de tenuitvoerlegging dan wel de verdere tenuitvoerlegging daarvan kan achterwege blijven indien zich naar het oordeel van de officier van justitie zwaarwegende redenen voordoen om het DNA-onderzoek aan ander celmateriaal te laten plaatsvinden, dan wel de verdachte schriftelijk toestemt in de afname van celmateriaal. In geval van zwaarwegende redenen kan het DNA-onderzoek worden verricht aan celmateriaal op voorwerpen, die van de verdachte in beslag genomen zijn, of aan celmateriaal, dat op andere wijze verkregen is. Indien de officier van justitie het in geval van zwaarwegende redenen noodzakelijk acht dat voor het DNA-onderzoek lichaamsmateriaal als bedoeld in de Wet zeggenschap

lichaamsmateriaal wordt verkregen, kan hij in afwijking van artikel 126nd, tweede lid, na schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris vorderen dat dat lichaamsmateriaal wordt verstrekt. en is artikel 96a, derde lid, niet van overeenkomstige toepassing.

Artikel 151e lid 5

De officier van justitie kan opdracht geven aan celmateriaal dat is aangetroffen ter zake van een misdrijf als bedoeld in het eerste lid, een onderzoek als bedoeld in het eerste lid te verrichten. De officier van justitie kan, indien hij van oordeel is dat zich daarvoor zwaarwegende redenen voordoen en er sprake is van een bekende verdachte opdracht geven het onderzoek te verrichten aan ander celmateriaal dan op grond van het eerste of tweede lid is afgenomen of in de vorige volzin bedoeld is. Deze opdracht kan niet worden gegeven bij een bekende persoon die niet wordt verdacht van een misdrijf, bedoeld in het eerste lid. 6. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden nadere regels omtrent de uitvoering van dit artikel gegeven. : Indien de officier van justitie het in geval van zwaarwegende redenen noodzakelijk acht dat voor het onderzoek lichaamsmateriaal als bedoeld in de Wet zeggenschap lichaamsmateriaal wordt verkregen, kan hij in afwijking van artikel 126nd, tweede lid, na schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris vorderen dat dat lichaamsmateriaal wordt verstrekt en is artikel 96a, derde lid, niet van overeenkomstige toepassing.

Artikel 195a lid 1

De rechter-commissaris kan ambtshalve, op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de verdachte of diens raadsman in het belang van het onderzoek een DNA-onderzoek, dat gericht is op het vergelijken van DNA-profielen, laten verrichten. Hij kan ten behoeve van het DNA-onderzoek de verdachte of een derde verzoeken celmateriaal af te staan. Celmateriaal kan, behoudens in geval van toepassing van artikel 195d of de gevallen, bedoeld in de voorlaatste volzin, slechts met schriftelijke toestemming van de verdachte of de derde worden afgenomen. Celmateriaal wordt slechts van de verdachte afgenomen, nadat van hem één of meer vingerafdrukken overeenkomstig dit wetboek zijn genomen en verwerkt en zijn identiteit is vastgesteld op de wijze, bedoeld in artikel 27a, eerste lid, eerste volzin, en tweede lid. Ingeval de derde vermist is of overleden is als gevolg van een misdrijf en begraven of gecremeerd is. kan het DNA-onderzoek worden verricht aan celmateriaal op voorwerpen, die van hem in beslag genomen zijn, of aan celmateriaal, dat op andere wijze verkregen is. Indien de rechter-commissaris het noodzakelijk acht dat voor het DNA-onderzoek lichaamsmateriaal als bedoeld in de Wet zeggenschap lichaamsmateriaal wordt verkregen, komt de bevoegdheid in artikel 126nd, eerste lid, aan hem toe en kan hij in afwijking van artikel 126nd, tweede lid, vorderen dat dat lichaamsmateriaal wordt verstrekt. In dat geval is artikel 96a, derde lid, niet van overeenkomstige toepassing.

Artikel 195d lid 4

Het bevel, onderscheidenlijk de tenuitvoerlegging dan wel de verdere tenuitvoerlegging daarvan kan achterwege blijven indien zich naar het oordeel van de rechter-commissaris zwaarwegende redenen voordoen om het DNA-onderzoek aan ander celmateriaal te laten plaatsvinden, dan wel de verdachte schriftelijk toestemt in de afname van celmateriaal. In geval van zwaarwegende redenen kan het DNA-onderzoek worden verricht aan

celmateriaal op voorwerpen, die van de verdachte in beslag genomen zijn, of aan celmateriaal, dat op andere wijze verkregen is. Indien de rechter-commissaris het in geval van zwaarwegende redenen noodzakelijk acht dat voor het DNA-onderzoek lichaamsmateriaal als bedoeld in de Wet zeggenschap lichaamsmateriaal wordt verkregen, komt de bevoegdheid in artikel 126nd, eerste lid, aan hem toe en kan hij in afwijking van artikel 126nd, tweede lid, vorderen dat dat lichaamsmateriaal wordt verstrekt. In dat geval is artikel 96a, derde lid, niet van overeenkomstige toepassing.