

Gezocht: blonde man uit Friesland

Verwonderpunten bij de wet DNA-onderzoek uiterlijk waarneembare persoonskenmerken

Bert-Jaap Koops & Merel Prinsen¹

DNA-onderzoek in strafzaken is van oudsher gericht op het vergelijken van DNA-profielen. Sinds 2003 (Stb. 2003, 201) is het echter ook uiterlijke persoonskenmerken uit DNA-materiaal af te leiden: moeten we uitkijken naar een lange, blonde Fries met platvoeten? Dit artikel geeft een kritische bespreking van de keuzes die zijn gemaakt bij deze wet, zoals de beperking tot uiterlijke, vanaf de geboorte zichtbare kenmerken, de absolute voorrang voor het recht van de verdachte 'om niet te weten', en de opsomming van kenmerken in wet en AMvB. De bespreking eindigt met een aanbeveling tot herbezinning op de uitgangspunten van de wet.

1. Inleiding²

DNA-onderzoek in strafzaken is van oudsher gericht op het vergelijken van DNA-profielen. Door verschillende DNA-profielen naast elkaar te leggen, kan bijvoorbeeld sporen materiaal worden gekoppeld aan een verdachte of aan materiaal van een andere misdaad.³ Sinds 2003 is echter een geheel nieuwe toepassing van DNA-onderzoek mogelijk: het afleiden van uiterlijke persoonskenmerken uit DNA-materiaal.⁴ Dit zou de opsporing bij een onbekende verdachte op gang kunnen helpen: zoeken we een lange, blonde Fries, of moeten we eerder kijken naar tengere Midden-Afrikanen?

Voorlopig is de wet echter beperkt tot het afleiden van geslacht en 'ras', zodat hooguit een compositietekening mogelijk is van een 'man uit Friesland' of een 'vrouw uit Zuidoost-Azië'. Veel zal de praktijk daar voorlopig niet mee opschieten. De wet is dan ook vooral op de toekomst gericht, waarbij de reikwijdte van de wet geleidelijk aan zal uitbreiden naarmate technisch meer mogelijk wordt en er meer persoonskenmerken aangewezen zullen worden voor het DNA-onderzoek.

Deze toekomstgerichtheid is slechts één van vele opvallende punten aan deze wet. In dit artikel schetsen wij onze verwondering over diverse keuzes die de wetgever heeft gemaakt in deze wet, zoals de beperking tot uiterlijk waarneembare kenmerken die vanaf de geboorte zichtbaar zijn, de absolute voorrang die is gegeven aan het recht van de verdachte 'om niet te weten', en de opsomming van kenmerken in wet en AMvB. Daarnaast zijn ook op een aantal punten de nodige onduidelijkheden geschapen, die wij in dit artikel willen belichten. We beginnen met een kort overzicht van de inhoud en strekking van de wet. Daarna schetsen we kort de technische context, om vervolgens in te gaan op de verwonderpunten rond het nieuwe DNA-onderzoek.

2. De wet DNA & uiterlijke kenmerken

De wet, die we korthedshalve zullen aanduiden als de wet DNA & uiterlijke kenmerken, heeft geleid tot wijziging van artikel 138a Sv, dat het doel van DNA-onderzoek aangeeft: onder DNA-onderzoek wordt verstaan het onderzoek van celmateriaal dat slechts gericht is op het vergelijken van DNA-profielen of het *vaststellen van uiterlijk waarneembare persoonskenmerken van de onbekende verdachte*.

¹ Uhd resp. aio strafrecht en techniek, TILT, UvT.

² Dit artikel is geschreven in het kader van een NWO-onderzoek, binnen het programma Maatschappelijke Component van Genomics. Zie <<http://www.dnanetwork.info>>.

³ Wet DNA-onderzoek in strafzaken Stb. 1993, 596, gewijzigd bij wet van 5 juli 2001, Stb. 2001, 335. Zie hierover o.a. S.W. Mul, 'De huidige en toekomstige regeling van DNA-onderzoek in strafzaken', *DD* 1999-3, p. 196-225, en C.C.M. Deudekom & T.G. van der Zwaag, 'Recente DNA-wetgeving in het strafrecht', *AA* 2003-5, p. 390-395.

⁴ Stb. 2003, 201, inwerkingtreding 1 september 2003, Stb. 2003, 312.

De definitie van DNA-onderzoek is aldus verruimd om het afleiden van uiterlijk waarneembare persoonskenmerken uit DNA-materiaal mogelijk te maken. Dit DNA-materiaal zou afkomstig kunnen zijn van de verdachte.⁵ Het idee achter de nieuwe wet is om bij zaken met een onbekende verdachte waar nauwelijks een aanknopingspunt bestaat maar wel enig lichaamsmateriaal voorhanden is, via uiterlijk waarneembare kenmerken de opsporing op gang te brengen, met name via een signalement.⁶ Daarnaast kan de opsporing ook geholpen worden door bepaalde categorieën uit te sluiten; zo is het handig te weten dat bij de opsporing van een verkrachter bijvoorbeeld niet gelet hoeft te worden op allochtonen of donkerharigen, omdat het DNA-materiaal hoogstwaarschijnlijk van een blonde, inheemse Nederlander afkomstig is.

De wet heeft twee artikelen ingevoerd in het Wetboek van Strafvordering. Op basis van artikel 151d Sv is de officier van justitie bevoegd tot het bevelen van een DNA-onderzoek dat gericht is op het vaststellen van uiterlijk waarneembare persoonskenmerken; de rechter-commissaris kan hetzelfde op grond van artikel 195f Sv. Het onderzoek is, aldus lid 4 van beide artikelen, mogelijk in geval van een misdrijf als omschreven in artikel 67 eerste lid Sv. Bij AMvB kunnen nadere regels worden gesteld over de wijze van uitvoering van het DNA-onderzoek (lid 5).

Een belangrijke beperking is aangebracht in lid 2: het DNA-onderzoek kan slechts gericht zijn op het vaststellen van het geslacht, het ras of andere bij AMvB aangewezen uiterlijk waarneembare persoonskenmerken.⁷ In de kamerbehandeling is daarbij benadrukt dat toekomstige kenmerken slechts vanaf de geboorte zichtbare uiterlijke kenmerken kunnen betreffen (zie par. 4.1). De beperking is ingegeven door de (vermeende) stand van de techniek, die momenteel slechts de twee genoemde kenmerken met de nodige waarschijnlijkheid laat afleiden, en door terughoudendheid vanwege mogelijke privacy-bezwaren. Met name over de keuze om het mogelijk te maken dat in de toekomst bij AMvB andere kenmerken worden aangewezen, is in het parlement uitgebreid gedebatteerd. Dit resulteerde in lid 3 van beide artikelen: de voordracht voor een krachtens het tweede lid vast te stellen AMvB wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd.

3. De techniek: wat kan wel en wat kan niet

Voor een goed begrip van de wet is het nuttig enige basiskennis te hebben van de techniek. Hoe gaat het vaststellen van uiterlijke kenmerken in zijn werk, en welke kenmerken kunnen nu en in de nabije toekomst worden afgeleid? Wij geven hier een gesimplificeerde schets. Uit minieme hoeveelheden celmateriaal – enkele tientallen cellen, met een gewicht van rond de 100 picogram⁸ kunnen voldoende zijn – kan DNA worden geëxtraheerd en geanalyseerd. Uit het DNA kan eenvoudig het geslacht worden afgeleid: vrouwen hebben twee X-chromosomen, mannen hebben een X- en een Y-chromosoom. Bevat het materiaal een Y-

⁵ Het staat nooit vast dat materiaal van de verdachte afkomt. Een andere verklaring is altijd denkbaar. Zo kan het materiaal in sommige gevallen afkomstig zijn van een persoon die toevallig eerder op de plaats van het delict is geweest of die eerder in aanraking is gekomen met het slachtoffer. Ook is denkbaar dat de dader om verwarring te zaaien materiaal van anderen heeft 'rondgestrooid'.

⁶ "Thans bestaat de mogelijkheid een compositietekening te maken van de mogelijke dader op basis van de waarnemingen van het slachtoffer van het desbetreffende delict of een of meer andere ooggetuigen. DNA-onderzoek (...) zou het op termijn mogelijk kunnen maken ook in gevallen waarin er geen getuigen zijn, bijvoorbeeld wanneer het slachtoffer is vermoord, of waarin er geen geschikte getuigen zijn, een beperkt signalement op te stellen", *Kamerstukken II 2001/02*, 28 072, nr. 3, p. 3.

⁷ In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd ook bevolkingsgroep als apart persoonskenmerk genoemd. Later werd geconcludeerd dat bevolkingsgroep valt onder het persoonskenmerk ras en daarom werd het als apart kenmerk geschrapt.

⁸ Een picogram is een biljoenste (10^{-12}) gram.

chromosoom, dan hebben we dus te maken met een man.⁹ Het afleiden van andere kenmerken is evenwel aanmerkelijk moeilijker. Er zijn daarvan twee varianten.

Ten eerste kunnen *indirect* uiterlijke kenmerken worden afgeleid, namelijk door de geografische of etnische herkomst van de persoon vast te stellen; veelal gaat deze herkomst immers gepaard met waarneembare kenmerken als huidskleur, haarvorm en gezichtsvorm. Het is mogelijk om de geografische of etnische herkomst met enige mate van waarschijnlijkheid te bepalen, doordat de mensheid in de loop van vele eeuwen zich over de aarde heeft verspreid, waarbij geleidelijk volkeren zijn ontstaan met verschillend uiterlijk – en ook met variaties in het DNA. Sommige mutaties in het DNA hebben zich alleen op bepaalde plaatsen voorgedaan en zijn daar bewaard gebleven in het DNA, omdat ze evolutionaire voordelen boden. Door een aantal van dergelijke mutaties tegelijk te bestuderen, kan een kans berekend worden dat de persoon oorspronkelijk afkomstig is uit een bepaalde regio.¹⁰ Dat wil natuurlijk niet zeggen dat die persoon nu ook in die regio woont: het DNA van een Midden-Afrikaan in Nederland zal meer in de richting wijzen van Midden-Afrika, niet van Nederland. Vaak zal het zo duidelijk niet zijn: door interraciale voortplanting zijn allerlei mengvormen ontstaan. Toch zal ook daarbij een indicatie mogelijk zijn dat iemand Chinese voorouders heeft, maar ook Noord-Europese.

Een belangrijk aandachtspunt bij het afleiden van geografische herkomst is de grootte van de regio waarbinnen iemand met enige mate van waarschijnlijkheid kan worden neergezet: praten we over Noord-Europa, de lage landen, over Friesland, of over de omgeving van Tietjerksteradeel? Dat hangt enerzijds af van de geografische stabiliteit van de populatie: hoe langer een bepaalde groep op een bepaalde locatie woont en hoe meer binnen die eigen locale groep wordt voortgeplant, des te specifieker zal DNA-onderzoek de geografische herkomst kunnen suggereren. Anderzijds hangt het echter ook af van de beschikbare databanken met gegevens over DNA van specifieke bevolkingsgroepen. Naarmate meer gegevens beschikbaar zijn met kenmerkende DNA-typen van Nederlanders, Friezen of Tietjerksteradelers, zal ook sneller een mogelijke geografische afkomst kunnen worden gesuggereerd. In dit verband deed Peter de Knijff op het recente *Genomics Momentum* de oproep aan de overheid om onderzoek naar dit soort gegevens te financieren.¹¹ Alleen door goed gevulde gegevensbanken met onderscheidende kenmerken van de belangrijkste populaties in Nederland (autochtonen in de diverse provincies, Marokkanen, Berbers, Turken, Surinamers, Antillianen, enzovoorts) kan de nieuwe wetgeving enige zin hebben voor de opsporingspraktijk. De Knijff zegt nu al etnische Friezen te kunnen herkennen uit DNA: 'the people in Frisia (...) are genetically distinct from the people in the southern Netherlands and Belgium. Of course people in Frisia already knew this, but it is nice that an objective genetic study confirms it.'¹²

Ten tweede kunnen ook *direct* uiterlijke kenmerken worden afgeleid uit DNA. Daarbij kan worden gedacht aan genotypes (verschijningsvormen van bepaalde genen) die samenhangen met bijvoorbeeld haar- en oogkleur. Helaas is het niet zo simpel dat er één gen is dat codeert voor welke kleur haar of ogen je hebt. Hoe de mens eruit ziet en in elkaar zit is het resultaat

⁹ Waarbij aangetekend zij dat in sporadische gevallen het psychische, biologische of sociologische geslacht anders uitvalt dan de aan- of afwezigheid van een Y-chromosoom doet vermoeden.

¹⁰ Verscheidene 'developments will eventually enable trustworthy conclusions on the ethnic origin of an unidentified stain donor.' A.D. Kloosterman, *The development and implementation of forensic DNA typing technologies in the Netherlands* (diss. Santiago de Compostela), 2002, p. 32.

¹¹ P. de Knijff, *Humans on the move: the genetic consequences of 200.000 years of human gene flow*, *Genomics Momentum* 1 september 2004, De Doelen, Rotterdam. Het Ministerie van Justitie heeft hier reeds een onderzoeksprogramma voor ingesteld, aldus Kloosterman, a.w., p. 32.

¹² Op hetzelfde congres (zie vorige noot), geciteerd in: 'It can happen again, any day', *Momentum2004@genomics.nl* (news@genomics.nl Vol. 3 No. 3), p. 13. Wellicht noemde de Knijff hier echter Friezen slechts als (voor het publiek meer aansprekend) voorbeeld van mensen van boven de rivieren, die genetisch duidelijk te onderscheiden zijn van mensen van beneden de rivieren.

van een combinatie van factoren: niet alleen diverse genen die in samenhang met elkaar werken, maar ook externe factoren – van de positie in de baarmoeder en de stoffen die een embryo in de diverse stadia van de zwangerschap krijgt, tot ingewikkelde en grotendeels nog onbekende processen waarbij genen al dan niet daadwerkelijk werken (in jargon: tot expressie komen). Toch is het wel duidelijk dat er een behoorlijke samenhang bestaat tussen genen en uiterlijk: 'Many human phenotypes (for example, stature, facial features and pigmentation) have a strong genetic component.'¹³ Verwacht wordt dan ook dat de komende jaren meer inzicht zal komen over bepaalde genotypes die samenhangen met – en dus vermoedelijk coderen voor – bepaalde uiterlijke kenmerken als haarkleur, haarvorm, oogkleur, huidskleur, lengte, postuur en schedel- en gezichtsvorm.¹⁴ Anders dan bij de wetsbehandeling werd aangenomen, bestaat ook nu al wel enig inzicht in sommige fenotypes. Het MC1R-gen komt in zo'n 30 varianten voor, waarvan drie sterk samenhangen met rood haar, lichte huid en sproeten. 'Population studies show that (...) such a variant gives a > 90% probability of having red hair.'¹⁵ En voor oogkleur zijn er bijvoorbeeld sterke aanwijzingen dat het OCA2-gen in belangrijke mate bepalend is;¹⁶ er is inmiddels zelfs al een genetische oogkleurtest voor forensisch onderzoek op de markt.¹⁷

De algemene verwachting bij deskundigen is dat de komende jaren wel enig verband gelegd zal kunnen worden tussen genotypes en persoonskenmerken gerelateerd aan pigment en haarvorm, en wellicht aan gezichtsvorm en postuur. Meer dan een suggestie of enige waarschijnlijkheid zal echter niet, althans niet op korte termijn, bereikt worden: 'the complexity of these quantitative traits, coupled with variability introduced by environmental and nutritional differences, means that even if the genes influencing them were identified there is no guarantee that simple deterministic tests would emerge.'¹⁸

4. Verwonderpunten

4.1. Doel en middel: waarom uiterlijk zichtbare kenmerken?

Het nieuwe DNA-onderzoek is vooral van belang in de situatie waarin een DNA-profielvergelijking niet tot resultaat leidt en er weinig of geen aanwijzingen zijn omtrent de identiteit van de dader. 'DNA-onderzoek naar uiterlijk waarneembare kenmerken kan in dat geval informatie opleveren die bijvoorbeeld kan worden gebruikt voor een daderprofiel op basis waarvan verder rechercheonderzoek kan plaatsvinden.' Het kan daarnaast ook een eerste stap vormen naar een grootschalig opsporingsonderzoek, waarbij de verkregen uiterlijk waarneembare persoonskenmerken aangeven welke groep van personen in aanmerking komt

¹³ Mark A. Jobling & Peter Gill, 'Encoded Evidence: DNA in Forensic Analysis', *Nature Reviews* 5, October 2004, p. 739-751 (748).

¹⁴ Informatie over recente bevindingen kan worden gevonden door zoektermen als 'hair color' of 'stature' in te voeren in de weblocatie Online Mendelian Inheritance in Man, <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/>>.

¹⁵ Jobling & Gill 2004, a.w., p. 748. Het omgekeerde hoeft niet het geval te zijn: iemand kan rood haar hebben zonder deze specifieke genvariant. En iemand kan natuurlijk ook zijn haar rood verven, of rood haar blond verven.

¹⁶ 'The leading candidate gene for human eye color is the OCA2 gene (...). We conclude that most variation in eye color in Europeans is due to polymorphism in OCA2 but that there may be modifiers at several other loci.' Zhu et al., 'A Genome Scan for Eye Color in 502 Twin Families: Most Variation is due to a QTL on Chromosome 15q', *Twin Research* 7/2, April 2004, p. 197-210.

¹⁷ 'DNAPrint Announces the Release of RETINOME(TM) for the Forensic Market: Eye Color Prediction From Crime Scene DNA!', <http://biz.yahoo.com/prnews/040817/fltu014_1.html>. Jobling & Gill (2004, a.w., p. 748) verwijzen overigens naar onderzoek dat aangeeft dat verscheidene goede kandidaten voor 'oogkleur-genen' 61 plaatsen op het DNA kennen die 15% van de variatie in oogkleur in een ruime populatie verklaren, 'but probably do not provide useful predictive testing.'

¹⁸ Jobling & Gill 2004, a.w., p. 748.

om vrijwillige medewerking te vragen voor een DNA-test.¹⁹ Het doel is dus om een daderprofiel op te stellen dat het opsporingsonderzoek op gang kan brengen. Om dit doel te bereiken, wordt evenwel een beperkt middel gekozen: het daderprofiel mag slechts bestaan uit uiterlijk waarneembare kenmerken. Deze beperking is bedoeld om kenmerken als erfelijke aandoeningen en aanleg voor ziektes uit te sluiten (zie daarover par. 4.3). Er zijn echter de nodige kenmerken die niet (direct) uiterlijk waarneembaar zijn, maar die goed bruikbaar zijn voor een daderprofiel, zonder dat die samenhangen met erfelijke aandoeningen. Dat geldt in de eerste plaats al voor het ruime begrip 'ras', waarbij het lang niet altijd om uiterlijk waarneembare kenmerken gaat: een Oost-Duitser valt qua uiterlijk *grosso modo* moeilijk van een Nederlander of Zwitser te onderscheiden, maar een goede gegevensbank met geografische kenmerken (zie par. 3) zal hen wel in zekere mate kunnen onderscheiden. Een tweede voorbeeld betreft bepaalde gedragskenmerken, zoals links- of rechtshandigheid (dat vermoedelijk een sterk genetische component heeft). Linkshandigheid is niet direct 'uiterlijk waarneembaar', maar wel een nuttig gegeven voor een daderprofiel. Toch worden gedragskenmerken categorisch uitgesloten.²⁰

Een tweede beperking is dat de kenmerken niet alleen uiterlijk waarneembaar moeten zijn, maar ook zichtbaar.²¹ Andere vormen van zintuiglijke waarneming worden uitgesloten; zo valt de lichaamsgeur van een persoon bijvoorbeeld buiten de reikwijdte.²² Ook het stemregister valt buiten de boot, terwijl het denkbaar is dat 'basheid' of 'tenorheid' ook een genetische component heeft en kan helpen bij een daderprofiel. Wij zien niet in waarom niet-visuele kenmerken, voorzover die niet samenhangen met erfelijke aandoeningen, niet gebruikt zouden mogen worden voor het opstellen van een daderprofiel. De indruk wordt gewekt dat het doel van het afleiden slechts het opstellen van een compositietekening is.²³ Daarmee wordt het eigenlijke doel, het opstellen van een daderprofiel, op een substantiële wijze ingeperkt. Een signalement kan immers bestaan uit veel meer dan alleen visuele kenmerken. Een derde beperking van de wetgever is om alleen kenmerken te laten afleiden die *vanaf de geboorte* zichtbaar zijn. 'Het voorgestelde DNA-onderzoek naar uiterlijk waarneembare persoonskenmerken richt zich alleen op die aangewezen fysieke persoonskenmerken die bij een individu zichtbaar zijn en waarvan met zekerheid kan worden gesteld dat betrokkene daarvan op de hoogte is, omdat hij deze vanaf de geboorte heeft.'²⁴ Dat betekent dat bijvoorbeeld wijnvlekken buiten de reikwijdte vallen, omdat deze kenmerken zich in een later stadium dan de geboorte kunnen openbaren.²⁵ Hoewel dit past in het streven om de verdachte niet te confronteren met kenmerken waarvan hij nog geen weet heeft, lijkt het ons niet noodzakelijk om dan ook maar alles wat pas na de geboorte zichtbaar is, uit te sluiten. Zo openbaart de haarkleur zich niet bij de geboorte, maar pas later. De uitspraak van de minister dat het kenmerk vanaf de geboorte zichtbaar moet zijn, zal dan ook met een korrel zout genomen moeten worden. Het gaat er meer om op welke leeftijd zich een kenmerk openbaart, en als dat, laten we zeggen, voor of rond de puberteit is, dan zal het best aangewezen kunnen worden als een afleidbaar persoonskenmerk. Veel wijnvlekken – die een erfelijke component lijken te hebben – zijn bijvoorbeeld vanaf de geboorte of op jonge leeftijd zichtbaar,²⁶ en zouden dus goed denkbaar zijn als aan te wijzen persoonskenmerk.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 072, nr. 3, p. 1-2.

²⁰ 'Het betreft uitsluitend uiterlijk waarneembare persoonskenmerken (...) die anders dan in de vorm van een bepaald gedrag tot uitdrukking komen.' *Kamerstukken II* 2001/02, 28 072, nr. 5, p. 10.

²¹ 'Het betreft uitsluitend uiterlijk waarneembare persoonskenmerken waarvan met zekerheid kan worden gesteld dat de betrokken persoon daarvan op de hoogte is omdat zij voor een ieder fysiek zichtbaar zijn' (onze cursivering). *Kamerstukken II* 2001/02, 28 072, nr. 5, p. 10.

²² *Kamerstukken II* 2001/02, 28 072, nr. 5, p. 2.

²³ *Kamerstukken I* 2002/03, 28 072, nr. 13b, p. 6.

²⁴ *Kamerstukken I* 2002/03, 28 072, nr. 13b, p. 4.

²⁵ *Kamerstukken I* 2002/03, 28 072, nr. 13b, p. 6.

²⁶ Zie bijvoorbeeld <<http://www.nswv.nl/MAC%20Horst.htm>>.

Tot slot moet worden opgemerkt dat het begrip 'uiterlijk waarneembare kenmerken' ook niet in alle opzichten helder is omschreven. Veel van de toelichtende opmerkingen, zoals boven aangegeven, wekken de suggestie dat het moet gaan om zichtbare kenmerken die gebruikt kunnen worden bij een compositietekening en die getuigen normaliter kunnen aangeven. Betekent dit dat alleen persoonskenmerken worden aangewezen die normaliter, in het dagelijkse verkeer, zichtbaar zijn? Vallen kleine borsten of een abnormaal grote balzak wel of niet onder 'uiterlijk waarneembare kenmerken'? Deze kunnen relevant zijn voor een daderprofiel, maar zijn normaliter niet zichtbaar (de sporadische moord op het naaktstrand even buiten beschouwing latend). Naar de geest van de bovengenoemde opmerkingen te proeven, staat de huidige wet niet toe dergelijke gegevens af te leiden.

Al met al vallen de nodige vraagtekens te plaatsen bij de keuze voor uiterlijk zichtbare kenmerken. De kern is volgens ons niet of een persoonskenmerk 'uiterlijk' of zichtbaar is, maar of het onderscheidend is voor een bepaalde groep personen. Daarbij komt dat het ruime begrip 'ras' ook niet goed past bij de 'uiterlijk waarneembare persoonskenmerken' uit art. 138a Sv. Een eerste vraagpunt bij de wet is dan ook of, gegeven het doel van het kunnen opstellen van een daderprofiel, het gekozen middel niet onterecht beperkt en bovendien ongelukkig geformuleerd is, en of het uitsluiten van erfelijke aandoeningen niet op een andere manier zou kunnen worden bereikt. Wij komen daar in par. 4.4 nog op terug.

4.2. *Is er sprake van inbreuk op de privacy?*

De uitsluiting van informatie over erfelijke aandoeningen is niet alleen ingegeven door het recht om niet te weten, maar ook door de persoonlijke levenssfeer.²⁷ Het is verheugend dat de wetgever, zeker gezien de ontwikkelingen van de laatste jaren, het recht op privacy weer eens expliciet noemt en laat meewegen tegen een uitbreiding van opsporingsbevoegdheden. Maar de regering slaat daarbij nu ook een beetje door. Want ook het 'voorgestelde DNA-onderzoek maakt (...) een inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als verwoord in artikel 8 van het EVRM en artikel 10 van de Grondwet, omdat het informatie verschaft over de uiterlijk waarneembare persoonskenmerken van de onbekende verdachte. Deze inbreuk is echter toelaatbaar, omdat zij voldoet aan de criteria die zijn neergelegd in artikel 8, tweede lid, van het EVRM.'²⁸ Het is daarbij niet het celmateriaal zelf waaruit de kenmerken worden afgeleid, maar het zijn de uiterlijk waarneembare persoonskenmerken die de inbreuk vormen op de privacy van de betrokken persoon.²⁹ Waaruit bestaat nu in concreto de inbreuk op de privacy? Het gaat niet om persoonsgegevens in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens, aangezien het afgeleide kenmerk niet herleidbaar is tot een individuele persoon (zie art. 1 Wbp); de verdachte is immers onbekend. Het wordt pas een persoonsgegeven als het kenmerk, via een DNA-identificatietest (een 'match'), aan een individu wordt gekoppeld, dus als de – potentiële – dader gevonden is. Pas vanaf dat moment is er sprake van een inbreuk op het recht op bescherming van persoonsgegevens, en zo ver zal het lang niet altijd komen.

De inbreuk zal, zo lezen wij bovenstaande uitspraak, vooral bestaan uit de informatie die bekend wordt over de verdachte. Maar juist nu het gaat om uiterlijk waarneembare persoonskenmerken, die vermoedelijk ook nog bruikbaar moeten zijn voor een signalement of compositietekening, vragen wij ons af of hier de privacy in het geding is. Wordt de persoonlijke levenssfeer ingeperkt als 'bekend' wordt dat iemand rood haar heeft, of een Chinees uiterlijk heeft? Alleen in marginale gevallen – de man die zijn haar geverfd heeft, de Chinees die een radicale gezichtsherbouwing heeft ondergaan – zal het DNA-materiaal iets

²⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 072, nr. 3, p. 2.

²⁸ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 072, nr. 3, p. 8.

²⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 072, nr. 5, p. 13.

kenbaar maken over dat wat tot de privé-sfeer behoort. Maar in het algemeen heeft een uiterlijk, voor iedereen zichtbaar kenmerk volgens ons weinig van doen met privacy. Is het nu erg dat de wetgever voor de zekerheid maar een privacytoets heeft uitgevoerd, ook al is er misschien geen sprake van een inbreuk? Ja, want dit soort rederingen holt het recht op privacy uit: wie alles beschouwt als privacy, verwatert het grondrecht zodanig dat er geen privacy meer overblijft.³⁰

4.3. Erfelijke aandoeningen en het recht om niet te weten

Als een rode draad door het wetsvoorstel en de kamerbehandeling loopt de bescherming van de (nog onbekende) verdachte tegen het bekend worden van informatie over erfelijke aandoeningen of aanleg voor ziektes. De verdachte – als hij eenmaal is opgespoord en merkt dat hij gevonden is met behulp van kenmerken die uit zijn DNA blijken – mag niet worden geconfronteerd met zulke gevoelige informatie. Het recht op het niet-weten van erfelijke aandoeningen of sluimerende ziektes staat voorop. In artikel 7:449 BW is dit recht op niet-weten geformuleerd: 'indien de patiënt te kennen heeft gegeven geen inlichtingen te willen ontvangen, blijft het verstrekken daarvan achterwege, behoudens voor zover het belang dat de patiënt daarbij heeft niet opweegt tegen het nadeel dat daaruit voor hemzelf of anderen kan voortvloeien'.

Aangezien het gaat om het recht om niet te weten, kan wel één soort erfelijke aandoeningen worden afgeleid, namelijk een 'waarvan met zekerheid kan worden gesteld dat de betrokken persoon daarvan op de hoogte is omdat hij deze vanaf zijn geboorte heeft en deze voor een ieder zichtbaar is en die anders dan in de vorm van een bepaald gedrag tot uitdrukking komt', zoals albinisme.³¹ Opmerkelijk genoeg werd evenwel vanaf het begin al het syndroom van Down uitgesloten als een aan te wijzen kenmerk, ook al is dit vanaf de geboorte zichtbaar. De minister geeft als argument dat niet wordt verwacht dat het uiterlijke persoonskenmerk Downsyndroom een relevante bijdrage aan de opsporing en vervolging zal leveren.³² Wellicht zijn mensen met Downsyndroom te goedaardig om strafbare feiten te plegen? Hoewel wij het eens zijn met de wetgever dat het recht van verdachten om niet te worden geconfronteerd met informatie over hun onbekende genetische aandoeningen belangrijk is, verwonderen wij ons hierbij op twee punten.

In de eerste plaats lijkt het recht van de verdachte om niet te weten verabsoluteerd te worden: het weegt gewoon zwaarder dan het opsporingsbelang, punt uit. Dat is opmerkelijk, aangezien het BW-artikel al aangeeft dat het recht – zoals dat in het gezondheidsrecht wordt gehanteerd – moet worden afgewogen tegen andere rechten, zoals het recht van familieleden – die mogelijk eenzelfde gen hebben dat kanker veroorzaakt – op tijdige behandeling. Volgens ons moet op zijn minst een expliciete afweging gemaakt worden tussen het recht van de verdachte om niet te weten en het belang dat de maatschappij heeft bij vervolging en berechting. Bij ernstige misdrijven als verkrachting en moord kan het toch niet zo zijn dat de verdachte op voorhand een zwaarderwegend recht heeft om niet te weten van bijvoorbeeld een lichte aandoening die zich normaliter voor het twintigste jaar openbaart, dan het recht van de maatschappij op genoegdoening?

Saillant in dit verband is het recente voorstel van Donner om in verkrachtingszaken de verdachte te dwingen een hiv-test te ondergaan, opdat het slachtoffer niet nodeloos lang in onzekerheid hoeft te verkeren.³³ Daar weegt het recht van de verdachte om niet te weten of hij

³⁰ Peter Blok heeft in zijn proefschrift *Het recht op privacy* (Boom 2002) gesteld dat 'een ruimer toepassingsbereik van het recht op privacy (...) de betekenis van het recht op privacy vertroebelt' (p. 303) en de 'oprekking van het recht op privacy in het kader van de verwerking van persoonsgegevens' een 'inflatie van de persoonlijke levenssfeer' genoemd (p. 319).

³¹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 072, nr. 3, p. 5 en nr. 5, p. 10.

³² *Kamerstukken II* 2001/02, 28 072, nr. 3, p. 5.

³³ Zie <<http://www.minaz.nl/data/1039786305.pdf>>.

het hiv-virus draagt, kennelijk minder zwaar dan het recht van het slachtoffer om spoedig te weten. Hoewel het gaat om andersoortige belangen, lijkt ons de psychische belasting van het slachtoffer dat zij of hij mogelijk besmet is met hiv niet op voorhand groter dan de psychische belasting van de wetenschap dat de dader nog vrij rondloopt. En de belasting bij de verdachte van wetenschap van het hiv-virus kan minstens even groot zijn als de belasting van kennis van veel erfelijke aandoeningen.

Daar komt bij dat in het traditionele forensische onderzoek ook al informatie over erfelijke aandoeningen kan worden aangetroffen – en gebruikt voor de opsporing.³⁴ De huidige wet staat toe dat forensisch onderzoek wordt gedaan aan bloed ter identificatie van de verdachte, en staat niet in de weg aan het gebruik van eventuele informatie over bloedziektes voor de opsporing. De minister gaf geen verklaring voor het verschil in behandeling.

Wat ons betreft moet er in elk geval gepraat kunnen worden over het afleiden van kenmerken die samenhangen met erfelijke aandoeningen onder de onderhavige wet. Daarbij kan worden gekeken naar de leeftijd waarop de aandoening zich gewoonlijk openbaart (is dat onder de 14, dan lijkt het recht om niet te weten minder relevant), in hoeverre de aandoening ernstig is (voor kaalheid hoeft het recht niet te weten minder zwaar te wegen dan voor de ziekte van Huntington), in welke mate de aandoening behandelbaar is (bij onbehandelbare dodelijke ziekten, zoals Huntington, is het recht op niet-weten belangrijker dan bij simpel te verhelpen aandoeningen), en in welke mate de aandoening samenhangt met kenmerken die het opstellen van een daderprofiel aanzienlijk vergemakkelijken. Daarbij past zeker grote terughoudendheid, maar een categorische uitsluiting is wat ons betreft overdreven.

In de tweede plaats lijkt de wetgever zichzelf tegen te spreken en tóch onderzoek naar erfelijke aandoeningen soms toelaatbaar te achten (buiten het geval van vanaf de geboorte zichtbare aandoeningen). De minister liet zich tijdens de discussies over het wetsvoorstel de volgende opmerking ontvallen: 'als het hemofiliepatiënt zijn relevant is voor de opsporing, zal ik dat gegeven gebruiken, als ik daar achter ben gekomen. In dit wetsvoorstel zeggen wij alleen dat het ongerichte DNA-onderzoek vooralsnog niet verdergaat dan de uiterlijke kenmerken. Dat is een fundamenteel gegeven. Als er via de uiterlijke kenmerken een verzameling is gemaakt van degenen die daarvoor in aanmerking komen, kan het interessant zijn om wat meer informatie uit het DNA te halen, omdat je dan op andere dingen kunt testen. Dan kom je bij heel andere zaken en bij de procedures die wij hebben voor massaal bevolkingsonderzoek naar DNA'.³⁵ Onzes inziens suggereert dit citaat dat een onderzoek naar erfelijke kenmerken wel degelijk mogelijk is, maar dan als een tweede stap, namelijk als al een voorselectie heeft plaatsgevonden. Maar waarom zou het dan plotseling wel mogen? Tot slot past nog een begripsmatige vraag: wat is een aandoening of ziekte? De grens tussen aandoening en niet-aandoening is vloeïend. Lengte en haarvorm bijvoorbeeld zijn 'onschuldige' uiterlijke kenmerken. Maar wanneer gaat kort postuur (geen aandoening) over in dwergschap (wel een aandoening)? Wanneer heeft iemand van nature weinig haar, en wanneer is iemand van nature kaal? Voor elk uiterlijk waarneembaar persoonskenmerk vallen extreme waarden te vinden die als aandoening worden beschouwd. Bij aanwijzing van een kenmerk in een AMvB moet dan misschien technisch gedetailleerd worden vastgelegd welke 'gewone' waarden binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen en welke waarden, zijnde een aandoening, moeten afvallen. Dat lijkt ons geen sinecure.

4.4. Wetssystematiek

Artikelen 151d en 195f Sv bepalen dat bij AMvB ook andere persoonskenmerken dan geslacht en ras kunnen worden aangewezen. Dit is mogelijk gemaakt omdat het denkbaar is dat het door de technische vooruitgang in de toekomst mogelijk zal zijn om meer uiterlijk waarneembare persoonskenmerken af te leiden.

³⁴ Zie *Handelingen I* 2003, 23-723.

³⁵ *Handelingen I* 2003, 23-731.

In het parlement is hevig gediscussieerd over de wetstechnische keuze voor een AMvB. Opgemerkt werd dat het een ongewone constructie is. Een zware wettelijke procedure met parlementaire goedkeuring komt zo op één lijn te staan met een tamelijk lichte regelingsprocedure, waarin het parlement slechts een kleine rol speelt.³⁶ Een amendement om in de wet limitatief de gronden op te sommen die nu gelden en bij de opkomst van een nieuwe technische mogelijkheid de wet te wijzigen,³⁷ werd echter ingetrokken; de kamerleden vonden dat bij nader inzien toch een te zware procedure. Ook voor een middenweg om de AMvB met een zware voorhangprocedure toe te rusten is niet gekozen, hoewel dit de rechtszekerheid en de parlementaire betrokkenheid had kunnen vergroten, omdat de Eerste en de Tweede Kamer zo toch in de gelegenheid zouden worden gesteld om opmerkingen te plaatsen bij de AMvB.³⁸ De minister van Justitie was van mening dat het kiezen voor een AMvB een methodiek is die bij het bestuursrecht vaak voorkomt, en daarom gehandhaafd kon blijven. Volgens hem zou het noemen van alle mogelijkheden bij wet een verlies betekenen voor de opsporing, omdat het daarbij vooral om een kwestie van techniek gaat. Daar komt bij dat het invoeren van een wetsvoorstel al gauw anderhalf tot twee jaar zou vergen. De huidige constructie is daarom een voorhangprocedure in de lichtste vorm. Dat betekent dat als de Kamers zich uitspreken voor een regeling bij wet, of tegen het nieuwe kenmerk überhaupt, de minister dit kan negeren. De enige sanctie zou het wegzenden van de minister zijn, maar dat is onrealistisch. Volgens ons komt het argument van wetssystematiek onvoldoende aan bod in de huidige constructie. Óf de wet wijst – limitatief of met een open eind – zelf alle persoonskenmerken aan, óf de AMvB wijst alle kenmerken aan, maar het is onlogisch om een onderscheid te maken tussen ras en geslacht enerzijds en andere kenmerken anderzijds. Voorts is het argument dat wetwijziging zo lang duurt, ook niet sterk. Zo snel ontwikkelt de techniek zich nu ook weer niet: het is onwaarschijnlijk dat plotseling een gen wordt gevonden dat éénduidig een persoonskenmerk veroorzaakt, zonder dat hieraan jaren van onderzoek vooraf zijn gegaan. Zoals de memorie van toelichting zelf al opmerkt, verwacht het Nederlands Forensisch Instituut een technische vooruitgang, maar denkt het niet dat de eerstkomende jaren mogelijk zal worden om oog- en haarkleur af te leiden, met uitzondering van de rode haarkleur; vooral in Engeland wordt hiernaar al wel onderzoek gedaan.³⁹ Feitelijk is, zoals in par. 2 vermeld, al enige tijd een relatie bekend tussen een bepaalde genotype en rood haar, lichte huid en sproeten; en er lijken op het gebied van oogkleur nu ook de eerste resultaten te komen. Welke persoonskenmerken technisch mogelijk zijn af te leiden, valt een paar jaar vantevoren al wel redelijk in te schatten, en wat ons betreft hadden haarkleur en oogkleur dan ook al in deze wet kunnen staan. Volgens ons is er – bij een toekomstgerichte wet als de huidige – ook weinig op tegen om anticiperend persoonskenmerken in de wet op te nemen. De kern van de wetgeving is immers of het juridisch acceptabel is een dergelijk kenmerk af te leiden, niet of het technisch mogelijk is. Het maakt voor de ethisch-juridische afweging weinig uit of de wetgever in 2002 besluit of justitie haarkleur uit DNA mag afleiden, of dat dit in 2006 gebeurt. Principiëler is echter de vraag waarom het nu eigenlijk nodig is om zo precies de individuele uiterlijke kenmerken op te sommen. Moet er apart worden gediscussieerd over haarkleur, oogkleur en huidskleur? Spelen andere overwegingen een rol bij lengte en gewicht? Zeker omdat bij uiterlijk waarneembare kenmerken privacy een marginale rol speelt (zie par. 4.2), lijkt er ons weinig op tegen om een generiek begrip 'uiterlijk waarneembare kenmerken' in de wet te hanteren, dat in een toelichting kan worden gedefinieerd en met voorbeelden kan worden toegelicht. Dat is ook verreweg de gebruikelijkste wetgevingstechniek. Daarbij kan desgewenst wel worden gedifferentieerd tussen persoonskenmerken die voor iedereen

³⁶ *Handelingen I* 2003, 23-722.

³⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 072, nrs. 8 en 9.

³⁸ *Handelingen I* 2003, 23-723.

³⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 072, nr. 3, p. 3.

zichtbaar zijn of anderszins voor iedereen waarneembaar, en persoonskenmerken die samenhangen met intieme lichaamsdelen. Bij het laatste speelt privacy een grotere rol, zodat daar mogelijk een andere afweging aangewezen is.

Daarnaast zouden ook andere categorieën kenmerken kunnen worden overwogen (zie par. 4.1), bijvoorbeeld gedragskenmerken (zoals linkshandigheid) of andere kenmerken die onderscheidend zijn voor bepaalde groepen (zoals etnische of geografische herkomst). Bij dergelijke categorieën zal een zwaardere privacytoets moeten worden uitgevoerd en zal ook het recht op niet-weten moeten worden meegewogen. Daarbij kunnen wij ons voorstellen dat de wet een generieke omschrijving geeft van het soort kenmerk ('kenmerken die samenhangen met publiek waarneembaar gedrag') en dat een AMvB limitatief toegelaten specifieke kenmerken aanwijst. Voor de huidige uiterlijke kenmerken lijkt ons een dergelijke gelaagde constructie, zoals gezegd, echter niet echt nodig.

Het punt hoe voorkomen moet worden dat verdachten – als ze eenmaal gevonden zijn – bekend worden met onbekende genetische informatie over ziektes en aandoeningen blijft staan. Het recht op niet-weten zou bijvoorbeeld op andere wijze kunnen worden gewaarborgd door een lid toe te voegen dat bepaalt dat de in lid 1 bedoelde kenmerken niet mogen worden afgeleid indien zij samenhangen met (eventueel: ernstige) erfelijke aandoeningen waarvan redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de betrokkene daarmee niet bekend hoeft te zijn. De precieze clausulering van een dergelijke bepaling zal mede moeten afhangen van een afweging tussen het recht op niet-weten en het belang van de opsporing, zoals we in par. 4.3 aangaven.

5. Afronding

De wet DNA-onderzoek & uiterlijke kenmerken is een interessant fenomeen in de Nederlandse strafvordering. De wet is vooral op de toekomst gericht, aangezien naar de huidige stand van de techniek en de wet alleen kan worden afgeleid dat het sporenmateriaal afkomstig is van een 'man uit Noord-Nederland' of een 'vrouw uit Oost-Afrika'. Nutteloos is de wet nu echter niet: de uitsluiting van bepaalde groepen kan het onderzoek ook verder helpen. Het nut van de wet zal echter vooral in de toekomst moeten blijken. Aan de andere kant zal de waarde in de wat verdere toekomst juist ook weer afnemen: naarmate de DNA-databank groeit,⁴⁰ zal de hier beschreven wet 'overbodiger' worden; als een treffer gevonden wordt in de databank, dan is het DNA-onderzoek voor het vaststellen van uiterlijk waarneembare persoonskenmerken immers niet relevant meer.⁴¹

In dit artikel hebben wij diverse punten genoemd waarover wij ons verwonderen. Waarom wordt het onderzoek beperkt tot zichtbare persoonskenmerken, die dan ook nog vanaf de geboorte zichtbaar moeten zijn, en worden andere, relatief even onschuldige, kenmerken als linkshandigheid of een laag stemtype uitgesloten? Is er wel sprake van een inbreuk op de privacy bij uiterlijke kenmerken als haarkleur? En waarom moeten alle uiterlijke kenmerken afzonderlijk worden opgesomd, deels in de wet en deels in een AMvB? Verder wordt het recht van verdachten om niet te weten verwonderlijk sterk aangezet, zeker gezien het huidige klimaat waarin opsporing en veiligheid hoogtij vieren.

Al met al is er genoeg reden om de wet in de huidige vorm nog eens onder de loep te nemen. De wetgever zou niet moeten gaan soebatten over het opnemen van haarkleur of oogkleur in een AMvB, maar hij zou in plaats daarvan de uitgangspunten van de wet moeten heroverwegen.

⁴⁰ Vgl. de wet DNA-onderzoek bij veroordeelden, Stb. 2004, 465.

⁴¹ TK 2001-2002, 28 072, nr. 3, p. 6 en TK 2001-2002, 28 072, nr. 5, p. 2-4.