Nieuwe DNA-wetgeving: te snel geschreven door en voor opsporingsautoriteiten

Tom Decaigny, Paul De Hert & Philip Daeninck *

De wet van 7 november 2011[1] actualiseert de wetgeving rond het DNA-onderzoek:
(1) de vergelijking van DNA-profielen met de gegevensbanken bij het NICC vindt voortaan ambtshalve plaats en vereist geen afzonderlijke – en vaak vergeten – opdracht van een magistraat,
(2) ook zonder DNA-spoor in het lopende dossier kan men het DNA-profiel van de verdachte vergelijken met gelijkaardige feiten, (3) er is een wettelijk kader voor de afname van referentiestalen met toestemming bij minderjarigen, (4) de mogelijkheid van internationale vergelijking wordt voorzien en (5) de lijst van misdrijven die aanleiding geeft tot opname van een DNA-profiel in de gegevensbank 'Veroordeelden' werd uitgebreid.[2]

Deze wet is nog niet in werking getreden, aangezien de inwerkingtreding afhankelijk werd gesteld van een Koninklijk Besluit. Inmiddels werd de wet wel al aangevuld.[3] Ogenschijnlijk bevat de wet weinig ingrijpende wijzigingen. Dit wordt versterkt door het korte parlementaire parcours van de wet, waarbij de Senaat het niet nodig achtte haar rol als reflectiekamer uit te oefenen.

Wij menen dat deze wet wel degelijk ingrijpend is en een meer uitvoerig debat verdient. In deze bijdrage overlopen we eerst wat de huidige wettelijke regeling inzake het DNA-onderzoek inhoudt en welke wijzigingen de wet van 7 november 2011 teweeg brengt. Vervolgens formuleren we onze kritische bedenkingen naar aanleiding van de tussenkomst van de wetgever.
Onze punten van kritiek vallen uiteen in twee eerder fundamentele bedenkingen, enkele beperktere opmerkingen en twee technische kanttekeningen.

Korte bespreking van de nieuwe DNA-wetgeving

De huidige wettelijke regeling inzake DNA-onderzoek kwam tot stand met de wet van 22 maart 1999, op basis waarvan een vergelijkend DNA-onderzoek werd geïntroduceerd in het Wetboek van Strafvordering (Sv.). Artikel 44*ter* Sv. voorziet in de mogelijkheid om een referentiestaal af te staan voor vergelijkend DNA-onderzoek. De procureur des Konings kan dit slechts vragen in het kader van een onderzoek waarin een spoor van menselijke cellen is aangetroffen. Een onderzoeksrechter kan onder dwang de afname van een DNA-staal bevelen, mits aan bijkomende voorwaarden is voldaan.[4] Zo moeten er aanwijzingen zijn dat de betrokkene een directe band heeft met de totstandkoming van de feiten, wat echter niet betekent dat enkel ten aanzien van een verdachte/inverdenkinggestelde een dergelijke maatregel kon worden bevolen.[5] Komt het afgenomen referentiestaal overeen met het aangetroffen spoor, dan kan de magistraat een vergelijking bevelen met de tevens door de wet van 22 maart 1999 gecreëerde databanken 'Criminalistiek' en 'Veroordeelden'. In de eerste databank worden DNA-profielen opgeslagen van sporen in het kader van strafrechtelijke onderzoeken, in de tweede databank worden DNA-profielen bewaard van personen die schuldig werden bevonden aan een misdrijf opgenomen in een wettelijke lijst en die daarbij veroordeeld werden tot een gevangenisstraf of criminele straf, dan wel geïnterneerd werden.[6]

Met de wet 11 november 2011 beoogde de wetgever een duidelijkere en meer transparante én efficiëntere procedure voor het DNA-onderzoek.
Een apart artikel[7] bevat voortaan de definities met betrekking tot het DNA-onderzoek. De nieuwe wet

* *Tom Decaigny is assistent strafrecht en strafvordering VUB, vakgroepen criminologie, metajuridica en FRC, advocaat.*
Paul De Hert is professor strafrecht en strafvordering VUB en universiteit Tilburg.
Philip Daeninck is assistent instituut voor strafrecht KUL en advocaat.

1 *De wet van 7 november 2011 houdende wijziging van het Wetboek van strafvordering en van de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA onderzoek in strafzaken*, BS *30 november 2011.*
2 *Presentatie F. Van Saelen studiedag 26 januari 2012 (http://www.politiestudies.be/vrij.cfm?Id=147).*
3 *Artikel 8 en 9 van de wet van 30 november 2011 tot wijziging van de wetgeving wat de verbetering van de aanpak van seksueel misbruik en feiten van pedofilie binnen een gezagsrelatie betreft*, BS *20 januari 2012 (aanvulling artikel 44*sexies *en 90*duodecies *Sv.).*
4 *Artikel 90*undecies *Sv.*
5 *J. Meese, "Een eerste commentaar bij de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken"*, RW *1999-2000, (1041) 1046, nr. 19.*
6 *Artikel 4 en 5 van de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek*, BS *20 mei 1999 (verder: DNA-wet).*
7 *artikel 44*ter *Sv.*

voorziet tevens in kortere termijnen om de procedure te versnellen. Zo wordt de basistermijn waarover een deskundige beschikt om zijn verslag over te zenden teruggebracht van negentig dagen naar een maand, al kan de magistraat afwijken van deze termijn. Verder beoogde de wetgever ook nog het beheer van de databanken te rationaliseren en het gebruik ervan efficiënter te maken. Zo werd het spectrum van de databank 'Veroordeelden' verruimd en werd de termijn voor het bijhouden van profielen gevoelig verlengd, in beginsel tot dertig jaar.[8] Voor het beheer van de databanken wordt in de schoot van het openbaar ministerie een 'nationale cel' ingericht, die onder meer de DNA-codenummers toekent en centraliseert.[9]
Tijdens de parlementaire voorbereiding werd meermaals verwezen naar het probleem dat onderzoeksmagistraten onder de oude wettelijke regeling een uitdrukkelijke opdracht dienden uit te schrijven om een DNA-profiel van een verdachte dat tot positief resultaat leidde bij vergelijking met een aangetroffen spoor vervolgens over te maken aan het NICC voor vergelijking met en opname in de DNA-databanken. In de praktijk werd deze opdracht vaak vergeten, zodat de mogelijkheden die de databanken bieden niet werden benut. Aan dit euvel wordt verholpen door voortaan de deskundige ambtshalve tot het overzenden aan het NICC te verplichten, behoudens afwijkende beschikking van de onderzoeksmagistraat.[10]

De nieuwe DNA-wet bevat verder aangepaste procedures voor minderjarigen vanaf zestien jaar en splitst de procedures voor afname van referentiestalen op naargelang de betrokkene al dan niet verdacht wordt van de onderzochte feiten. Het is daarbij van belang dat, op basis van de nieuwe regeling, een DNA-profiel bekomen op basis van een referentiestaal van een niet-verdachte niet vergeleken wordt met de DNA-databanken 'Criminalistiek' en 'Veroordeelden',[11] wat voor verdachten wel steeds mogelijk is.[12] Zestien- en zeventienjarigen kunnen op basis van de nieuwe DNA-wet, onder voorwaarden,[13] instemmen met de afname van een referentiestaal. Deze verruimde mogelijkheid tot het geven van toestemming vermijdt dat voor deze situatie steeds een gerechtelijk onderzoek zou moeten worden gevorderd, waarop de afname van het referentiestaal steeds formeel onder dwang zou plaatsvinden.[14] Over de wettelijke regeling met betrekking tot niet-verdachten maken we verder nog een kritische opmerking, maar globaal genomen vallen deze aparte juridische statuten toe te juichen, aangezien op deze wijze ten dele tegemoet gekomen wordt aan de vereiste van proportionaliteit.

Kritieken

Exploratief DNA-onderzoek wordt mogelijk

De wet uit 1999 bevatte enkele strenge beperkingen op het afnemen van stalen en het vergelijken van deze stalen met de stalen in de DNA-databanken. Zoals reeds aangehaald kon een referentiestaal slechts worden gevraagd indien er in een lopend onderzoek menselijk materiaal werd gevonden waarmee vergeleken kan worden. Enkel indien een vergelijking met een aangetroffen spoor tot een positief resultaat leidde, kon een profiel vervolgens vergeleken worden met de DNA-databanken. Vereist was dus een intrinsieke band tussen enerzijds het lopende onderzoek en anderzijds het uit te voeren DNA-onderzoek.[15] Massa-identificaties zonder enige band met een strafzaak waren uitgesloten.
Dit strikte verband werd in de praktijk echter bekritiseerd, en wordt met de nieuwe wet doorgeknipt. De wetgever voerde in dat verband twee ingrijpende versoepelingen door: het is thans niet langer vereist dat er sporen van menselijk celmateriaal worden aangetroffen in de zaak waarin een DNA-onderzoek wordt bevolen, en het is – specifiek wat de procureur des Konings betreft – thans voldoende dat er aanwijzingen zijn dat de betrokkene 'gelijkaardige feiten' heeft gepleegd aan deze die het voorwerp uitmaken van het onderzoek waarmee de parketmagistraat belast is om wettig een DNA-onderzoek te kunnen gelasten ten aanzien van een verdachte.[16] Voor deze 'gelijkaardige feiten' moeten er aanwijzingen zijn: "*Onder 'gelijkaardige feiten' moet worden verstaan feiten die ofwel vallen onder*

8 *Artikel 4 en 5 DNA-wet (nieuw).*
9 *Artikel 3*bis *DNA-wet (nieuw).*
10 *Artikel 44*quinquies*, §§ 7 en 8, en 90*undecies*, § 6 en 7 Sv. (nieuw).*
11 Infra.
12 *Vgl. artikel 44*sexies *(§ 1, 3°) met 44*quinquies *§ 7 en 90*duodecies *(§ 1, 4°) met 90*undecies *§ 6 Sv. (nieuw).*
13 *Zie artikel 44*quinquies*, § 3 Sv. (nieuw): Begeleiding door minstens één van de ouders, door een advocaat of door een andere meerderjarige persoon van zijn keuze; Deze voorwaarden zijn geïnspireerd op artikel 91*bis *Sv. (Verslag namens de commissie voor de Justitie,* Parl.St. *Kamer 2010-2011, 53-1504/003, 15).*
14 *Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende wijziging van het Sv. en van de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken,* Parl.St. *Kamer 2010-2011, 53-1504/001, 16-17.*
15 "Het gebruik van DNA-materiaal in strafzaken moet dus steeds gepaard gaan met een vergelijking, wat betekent dat enkel een beroep kan worden gedaan op deze onderzoeksmethode indien er effectief sporen werden aangetroffen in een concrete strafzaak." *(J. Meese,* l.c.*, (1041) 1043).*
16 *Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (…),* Parl.St. *Kamer 2010-2011, 53-1504/001, 15; In de memorie van toelichting vinden we het volgende terug aangaande de eerste versoepeling: "*Krachtens de huidige wet moet de magistraat wachten op de uitslag van het onderzoek van de verdachte sporen in de zaak om er zeker van te zijn dat het gaat om sporen van "menselijke cellen", alvorens een afname bij een persoon te overwegen. Daardoor wordt de procedure onnodig verlengd, hetgeen niet zonder belang is indien de betrokken persoon aangehouden is." *Deze bedenking heeft een ietwat ironische bijklank nu men verdergaande onderzoekshandelingen verantwoordt door te stellen dat er anders te veel tijd verloren zou gaan en dit nadelig zou zijn voor personen die zich in voorlopige hechtenis bevinden.*

dezelfde kwalificatie als het misdrijf waarvan iemand wordt verdacht, dan wel onder een aanverwante kwalificatie. Er moeten natuurlijk ook aanwijzingen van schuld bestaan met betrekking tot het plegen van de gelijkaardige feiten." [17]

De nieuwe logica is eenvoudig: indien een persoon verdacht wordt van een bepaald feit, moet het mogelijk zijn om via DNA-onderzoek na te gaan of deze persoon ook gelinkt kan worden aan andere (gelijkaardige) feiten. Dit vormt een hele ommeslag ten aanzien van de vroegere wet. Vroeger trof men een spoor aan van menselijk celmateriaal in een concreet dossier en via DNA-onderzoek ging men dan na of een bepaalde verdachte in aanmerking kon komen als mogelijke dader. Thans kan men van een verdachte vertrekken en nagaan welke feiten aan deze verdachte kunnen gelinkt worden.
De nieuwe regeling zal in de praktijk verduidelijkt moeten worden. Hoe kan men immers nagaan of er aanwijzingen zijn ten aanzien van iemand voor feiten waarvoor men niet is belast? Wellicht zal juist door het nog te voeren DNA-onderzoek moeten blijken of er al dan niet een link kan gevonden worden tussen diverse dossiers. Evenwel kunnen de resultaten van het DNA-onderzoek uiteraard niet de voorwaarde uitmaken die het DNA-onderzoek mogelijk moeten maken! Dit is een klassiek *a posteriori*-redenering die niet opgaat: de voorwaarde om een DNA-onderzoek op te starten kan niet gevonden worden in het resultaat ervan.[18]

O.i. voegt de eis dat er aanwijzingen moeten zijn ten aanzien van gelijkaardige feiten nauwelijks iets toe omdat de nieuwe wet zo soepel is. Dat een DNA-onderzoek kan worden gevoerd *zonder* dat er in een bepaalde zaak menselijk celmateriaal is gevonden om mee te vergelijken (*hoger*), brengt immers met zich mee dat het DNA-profiel van een referentiestaal van een verdachte onmiddellijk kan vergeleken worden met de bestaande DNA-databanken 'Criminalistiek' en 'Veroordeelden', die – als per definitie – geen elementen bevatten van de zaak waarin het DNA-onderzoek wordt bevolen.[19] De belangrijke eis van de oude DNA-wetgeving, dat slechts tot een vergelijking van een referentiestaal van een verdachte met de databanken kon worden overgegaan na een eerste positieve vergelijking,[20] vervalt aldus ook, hoewel de wetgever dit niet met zoveel woorden toegeeft.
Dit houdt het verdwijnen in van beide belangrijke wettelijke barrières ingevoerd door de wet van 1999 tussen een verdachte en een vergelijking van zijn DNA-profiel met de DNA-databanken. Noch is vereist dat in de zaak waarin een persoon wordt verdacht menselijk celmateriaal wordt aangetroffen, noch is een positieve eerste vergelijking vereist. Dit zet de spreekwoordelijke deur meteen op een kier voor een puur exploratief onderzoek, voor een DNA-geleide *fishing expedition*.
In een extreem voorbeeld kan gedacht worden aan een boekhouder die verdacht wordt van strafbare inbreuken op de boekhoudwetgeving. Uiteraard is er hiervoor geen relevant menselijk celmateriaal te vinden. Maar noch deze vaststelling, noch de misdrijfomschrijving of de strafmaat[21] staan eraan in de weg dat een DNA-onderzoek van de verdachte zou worden doorgevoerd, waarbij het DNA-profiel van de verdachte onmiddellijk kan worden vergeleken met de wettelijke DNA-databanken. Een dergelijke verruimde mogelijkheid tot DNA-onderzoek levert principiële privacy-vragen op, maar deze problematiek maakte in de aanloop van de wetswijziging helemaal niet het voorwerp uit van een maatschappelijk debat. Meer nog, uit de parlementaire voorbereiding blijkt niet dat de wetgever deze beslissing bewust heeft genomen.
Aangezien de vergelijking van het DNA-profiel van een verdachte aldus onmiddellijk kan plaatsvinden met de DNA-databanken, voegt het concept van de 'gelijkaardige feiten' wettelijk niets toe, aangezien het *de facto* geen beperking betekent. Mogelijk kan het gelden als richtlijn voor onderzoekers en onderzoeksmagistraten, maar dan was de vorm van een richtlijn wellicht meer aangewezen geweest.

Is er een oneigenlijke databank 'verdachten'?

De wetgever is formeel: de wet van 7 november 2011 creëert geen databank 'verdachten'.[22] Zo diende de 'beperking' tot een *eenmalige vergelijking* van de DNA-profielen van verdachten zonder positieve vergelijking te vermijden dat *de facto* een gegevensbank van verdachten zou worden gecreëerd. Desalniettemin bevat de gegevensbank 'Criminalistiek' wel degelijk, minstens potentieel, een ruime hoeveelheid aan DNA-profielen van verdachten die verder niet vervolgd werden. Een positieve DNA-vergelijking wijst immers niet steeds op schuld, maar in de databank 'Criminalistiek' worden toch alle DNA-profielen opgenomen die tot een positieve vergelijking hebben geleid. De bepalingen[23] om deze gegevens uit de gegevensbank 'Criminalistiek' te verwijderen[23] , laten het openbaar ministerie een vrij grote marge en geven de betrokkene noch een inkijk,

17 *Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (…),* Parl.St. *Kamer 2010-2011, 53-1504/001, 15.*
18 *Zie,* mutadis mutandis *m.b.t. heterdaad : Cass. 13 september 2011, P.10.2039.N.*
19 *Artikel 44*quinquies*, § 7 en 90*undecies*, § 6 Sv. (nieuw).*
20 *Artikel 44*ter*, § 3, vierde lid en 90*undecies*, § 2, tweede lid Sv. (oud).*
21 Infra*, randnummer 11.*
22 *Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (…),* Parl.St. *Kamer 2010-2011, 53-1504/001, 17, 32.*
23 *Artikel 4, § 2 DNA-wet (nieuw); Het openbaar ministerie beveelt het wissen van de DNA-profielen indien de bewaring* niet of niet meer nuttig is voor de strafprocedure. *Enkel voor wie vrijgesproken wordt of buiten vervolging wordt gesteld, voorziet de wet expliciet in een recht om het openbaar ministerie te verzoeken het DNA-profiel te verwijderen.*

noch een wettelijke mogelijkheid om de verwijdering te vragen. Dit is een eerste, beperkte, situatie op basis waarvan een gegevensbank van verdachten kan worden gecreëerd, in dit geval met een wettelijke basis.

De minister van Justitie sprak in de kamercommissie Justitie de ambitie uit dat de op te richten nationale cel[24] DNA-profielen zou kunnen linken aan het AFIS-nummer.[25] In de AFIS-databank worden de vingerafdrukken van verdachten nu reeds bijgehouden en vergeleken. Niet alleen ontbeert deze AFIS-databank een wettelijke basis,[26] het koppelen van DNA-profielen aan deze databank houdt in dat via een tweede weg *de facto* een databank met DNA-gegevens wordt gecreëerd.

Ten derde besteedt de wetgever geen enkele aandacht aan de eerder lakse rechtspraak van het Hof van Cassatie op basis waarvan nu reeds een gegevensbank verdachten kan worden gebruikt. Het stilzwijgen van de wetgever houdt deze situatie in stand. Uit een arrest van 2001 blijkt dat het Hof van Cassatie er geen graten in ziet dat een deskundige DNA-profielen bijhoudt om ze eventueel later, in een onderzoek naar andere feiten, in de vergelijking te betrekken.[27] Dit brengt met zich dat indien er ten aanzien van het DNA-profiel van een verdachte geen positieve vergelijking met een aangetroffen spoor plaatsvond, het DNA-profiel enerzijds niet mag worden opgenomen in een wettelijke databank, maar anderzijds wel door een deskundige mag worden bijgehouden met het oog op latere vergelijking. Op basis van een arrest van 2010 van hetzelfde Hof oppert Scherlynck vervolgens in de ANG (algemene nationale gegevensbank) bij te houden *of* van een bepaalde persoon een DNA-profiel werd opgesteld en indien dit het geval is, *waar* dit DNA-profiel terug te vinden is.[28] In combinatie met de door het Hof van Cassatie toegestane techniek van de vergelijking van DNA-profielen op papier, die aldus buiten de wettelijke regeling van het DNA-onderzoek zou vallen,[29] liggen de praktische mogelijkheden voor de creatie van een databank 'verdachten' open. Via de ANG kan men immers nagaan bij welke deskundige voor bepaalde verdachten reeds een DNA-profiel werd bepaald, zodat als het ware een gedecentraliseerde DNA-databank tot stand wordt gebracht. Aangezien het Hof van Cassatie toelaat dat deze DNA-profielen vervolgens worden vergeleken, ontstaat een vorm van DNA-onderzoek buiten de DNA-wetgeving, met een ruime databank met profielen van verdachten.

Ondoordachte dwang ten aanzien van niet-verdachten

Hierboven werd de specifieke aandacht voor het DNA-onderzoek met betrekking tot niet-verdachten als concept positief onthaald. Het idee achter een dergelijk onderzoek is dat het DNA-profiel van een niet-verdachte die een directe band vertoont met het onderzoek van groot belang kan zijn voor dit onderzoek, bijvoorbeeld om uit te sluiten dat bepaalde sporen aan verdachten kunnen worden gelinkt. Positief is dat een vergelijking met de DNA-databanken wordt uitgesloten voor deze niet-verdachten, waar de wet van 1999 dergelijke vergelijking niet uitsloot.
De afgesplitste wettelijk regeling met betrekking tot de gedwongen afname van een referentiestaal bij een niet-verdachte evalueren we minder positief.[30] Aan de mogelijkheid om dwang uit te oefenen ten aanzien van een niet-verdachte besteedde de wetgever nauwelijks enige aandacht,[31] o.i. ten onrechte. Er zijn situaties denkbaar waarin de afname onder formele dwang bij niet-verdachten wenselijk is (wilsonbekwamen, minderjarigen onder de zestien jaar, …), maar deze, algemene en verregaande mogelijkheid waarbij lijfsdwang wordt uitgeoefend ten aanzien van een persoon die zelfs niet verdacht wordt en vaak zelfs het slachtoffer is, verdiende nadere reflectie, temeer omdat de wet in vergelijking met de gedwongen afname van een referentiestaal bij een verdachte geen verdere beperkingen of waarborgen voorschrijft voor de niet-verdachte.[32]

Meer technische opmerkingen over de bijstand van een advocaat en de bevoegdheden van de feitenrechter

De toestemming tot het afnemen van een referentiestaal verdient tevens een bijkomende bedenking. De nieuwe DNA-wet expliciteert de informatie die hierbij door de onderzoekers dient te worden meegedeeld

24 Supra, *randnummer 3; Artikel 3*bis *DNA-wet (nieuw).*
25 *Verslag namens de commissie voor de Justitie,* Parl.St. *Kamer 2010-2011, 53-1504/003, 10.*
26 *In de AFIS-gegevensbank worden de vingerafdrukken van verdachten bijgehouden, wat op zich reeds onverenigbaar is met het EVRM en de rechtspraak van het EHRM. Dit rechtscollege stelde immers in 2008, in tegenstelling tot eerdere rechtspraak, maar weloverwogen, dat ook vingerafdrukken persoonsgegevens betreffen, waarvan het bijhouden en verwerken onderworpen dient te worden aan de vereisten van artikel 8 EVRM (EHRM (GC) 4 december 2008,* S. and Marper t. V.K., *§ 81-85; vgl. ECRM 15 mei 1996,* Kinnunen t. Finland*). De AFIS-gegevensbank heeft echter geen wettelijke grondslag, noch blijkt dat de voorwaarden en modaliteiten voor de opslag van gegevens in overeenstemming zijn met de fundamentele rechten en vrijheden van de burgers.*
27 *Cass. 31 januari 2001, P.00.1540.F,* RDP *2001, 730-746, conclusie R. Loop en noot.*
28 *T. Scherlynck, "DNA in het strafproces: Cassatie bevestigt onderzoekspraktijk," (noot onder Cass. 19 mei 2010, P.10.0600.F),* Vigiles *2011, afl. 2, (26) 29.*
29 *Cass. 19 mei 2010, P.10.0600.F,* RDP *2010, 1188,* T.Strafr. *2010, afl. 6, 336-339, noot F.S.,* Vigiles *2011, afl. 2, (23), noot T. Scherlynck.*
30 *Artikel 90*duodecies *Sv. (nieuw).*
31 *Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (…),* Parl.St. *Kamer 2010-2011, 53-1504/001, 22; Verslag namens de commissie voor de Justitie,* Parl.St. *Kamer 2010-2011, 53-1504/003, 18.*
32 *Vgl. artikel 90*undecies *en 90*duodecies *Sv. (nieuw).*

aan diegene die een referentiestaal aflevert.[33] Het geven van een dergelijke toestemming moet schriftelijk gebeuren en kan niet worden gelijk gesteld met een verhoor.[34] Desalniettemin betreft het al dan niet geven van toestemming een beslissing met een potentieel belangrijke impact op het verdere verloop van het strafrechtelijk onderzoek en de persoonlijke rechten en vrijheden van de betrokkene. Zonder deze problematiek volledig uit te diepen, stellen we ons de vraag of ook hier geen rol weggelegd is voor de advocaat van de betrokkene. Het EHRM stelt de bijstand van een advocaat voorop omwille van het belang van het vooronderzoek en met het oog op het bieden van het brede gamma aan diensten die een advocaat dient te verlenen aan een verdachte.[35] Logischerwijze is een advies betreffende het al dan niet instemmen met de afname van een DNA-staal in deze rechtspraak begrepen.[36]

De nieuwe DNA-wet biedt de feitenrechter de mogelijkheid een DNA-onderzoek te gelasten.[37] Deze nieuwe mogelijkheid werd uitdrukkelijk voorzien voor de politierechtbank en de correctionele rechtbank, een gelijkaardige bepaling voor het Hof van Assisen werd niet noodzakelijk geacht.[38] Het is echter de bijzonder omslachtige formulering van deze artikels die bedenkingen oproept: "*De rechtbank kan, om de waarheid aan de dag te brengen, op vordering van de procureur des Konings, op verzoek van een van de partijen of ambtshalve de procureur des Konings uitnodigen om een onderzoeksrechter te vorderen om te laten overgaan tot (…)*." Met de Raad van State[39] is het ons absoluut niet duidelijk waarom de feitenrechter niet zelf het DNA-onderzoek kan gelasten, maar de tussenstap van een verzoek aan het openbaar ministerie en een vordering aan de onderzoeksrechter wettelijk werd voorzien. De wetgever geeft aan dat voor deze omweg via het parket werd gekozen omwille van praktische modaliteiten, maar verwijst anderzijds naar de bepalingen aangaande het anonieme getuigenverhoor door de onderzoeksrechter op last van de feitenrechter, waarbij deze laatste wel degelijk de onderzoeksrechter rechtstreeks vat.[40]

In de memorie van toelichting wordt bovendien geëxpliciteerd dat de onderzoeksrechter inzake DNA-onderzoek op vraag de feitenrechter handelt *zoals bij mini-instructie* (doch zonder dit in de wet zelf te voorzien) en dat de onderzoeksrechter kan weigeren de gevraagde handeling te stellen.[41] Dit brengt met zich dat er maar liefst drie opeenvolgende opportuniteitsbeslissingen dienen te worden genomen om tot een DNA-onderzoek te komen: door de feitenrechter, vervolgens op uitnodiging van de feitenrechter door de procureur des Konings en in de derde plaats door de onderzoeksrechter. Dit lijkt ons haaks te staan op het rationaliseren van de rechtspleging.

Besluit

Dat de wetgever tracht de middelen voor strafrechtelijk onderzoek te verbeteren, kan hem uiteraard niet ten kwade worden geduid. Een actualisering van een wet uit 1999 om begrippen en regels te verduidelijken is op zich evident, hoewel uit onze bijdrage kan afgeleid worden dat deze doelstelling niet ten volle is gerealiseerd, onder meer wat de DNA bevoegdheden van de feitenrechter betreft.[42]
Ook de doelstelling de DNA wetgeving efficiënter te maken is aanvaardbaar. We koesteren echter enige argwaan indien een gevoelige materie met betrekking tot het verzamelen en beheren van persoonsgegevens wordt gewijzigd na een wel bijzonder summier parlementair en maatschappelijk debat.
Het lijkt ons duidelijk en verdedigbaar dat de wetgever gewenst heeft een soepelere regeling in te voeren, waarbij de beschermingsgraad van de grondrechten van individuen enigszins werd verlaagd. De wetswijzigingen hebben o.i. echter implicaties die vermoedelijk

33 *Vergelijk artikel 44*ter, *§ 3, derde tot vijfde lid Sv. (oud) met artikel 44*quinquies, *§ 1, tweede lid Sv. (nieuw).*
34 *L. Huybrechts, "Een verhoor, vraagt U?" in M. Bockstaele, E. Devroe en P. Ponsaers (ed.),* Salduz – Bijstand van advocaten bij verhoren, *in* Reeks Politiestudies, *1, Antwerpen, Maklu, 2011, (53) 63.*
35 *EHRM 13 oktober 2009,* Dayanan t. Turkije, *§ 32 (in § 31 van dit arrest wordt echter uitdrukkelijk teruggekoppeld naar de vrijheidsberoving van de verdachte).*
36 *Aangezien het EHRM de bijstand van een advocaat noodzakelijk acht bij onderzoekshandelingen waarbij de verdachte geen actieve rol of keuze heeft (zie bijvoorbeeld inzake een identiteitsconfrontatie: EHRM 20 april 2010,* Laska & Lika t. Albanië, *§ 67; EHRM 13 september 2011,* Mehmet Serif Ömer t. Turkije*) zou kunnen worden gesteld dat bij de keuze al dan niet in te stemmen met een DNA-staalafname* a fortiori *dient te worden voorzien in de bijstand van een advocaat.*
37 *Artikel 158*quinquies *en 190*quater *Sv. (nieuw).*
38 *Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (…),* Parl.St. *Kamer 2010-2011, 53-1504/001, 23 met verwijzing naar artikel 268 en 298 Sv.. Artikel 268 Sv. is echter opgeheven en artikel 298 Sv. heeft betrekking op het verhoor door middel van videoconferentie of door middel van gesloten televisiecircuit.*
39 *Advies van de Raad van State nr. 48.084/2,* Parl.St. *Kamer 2010-2011, 53-1504/001, 64.*
40 *Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (…),* Parl.St. *Kamer 2010-2011, 53-1504/001, 22-23 met verwijzing naar artikel 189*bis *Sv..*
41 *Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (…),* Parl.St. *Kamer 2010-2011, 53-1504/001, 23.*
42 *Er zijn nog andere problemen op dit punt. Voor het verwijderen van gegevens uit de DNA-databanken wordt een ruimere rol toebedeeld aan het openbaar ministerie. Met het oog op het gecentraliseerd toekennen van DNA-codenummers en het beheer van deze gegevens wordt bovendien een nationale cel binnen het openbaar ministerie opgericht (Artikel 3 DNA-wet (nieuw)). Krachtens de wet beschikt het hoofd van deze cel* over de bevoegdheden van een procureur des Konings in het kader van de wetgevende bepalingen inzake DNA-onderzoek in strafzaken *(Artikel 3, § 1, derde lid DNA-wet (nieuw).). Op basis van de memorie van toelichting blijkt dat deze bevoegdheid het hoofd van de nationale cel in staat moet stellen om de afname van referentiestalen te bevelen om de gegevensbank 'Veroordeelden' te stofferen (Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (…),* Parl.St. *Kamer 2010-2011, 53-1504/001, 25.). Het had ons verheugd mocht deze bedoeling ook blijken uit de wettekst.*

door de wetgever niet werden voorzien of onvoldoende werden onderkend. Zo werd de mogelijkheid van een exploratief DNA-onderzoek niet voorzien maar het wettelijke kader ervoor werd wel gecreëerd. Uitdrukkelijk werd ervoor gekozen geen databank 'verdachten' te creëren, maar toch werd de creatie en het gebruik van een dergelijke databank *de facto* vergemakkelijkt.
De wet van 7 november 2011 is in feite zeer eenzijdig, want nauwelijks gericht op het verbeteren van de rechtsbescherming, maar hoofdzakelijk geschreven voor (door?) de opsporingsautoriteiten. Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de mens in 2008 een mijlpaalarrest gewezen inzake DNA, met name *Marper*, waaraan in de wetgevende voorbereidingen nauwelijks stil gestaan wordt. Zo werden de minimumdrempels voor DNA onderzoek uit 1999 niet opnieuw bekeken. De nieuwe wet voert geen drempel in op basis waarvan slechts voor bepaalde misdrijven een DNA-onderzoek mogelijk zou zijn. De vrijwillige staalafname kan dan ook wettelijk voor alle misdrijven plaatsvinden, enkel voor het DNA-onderzoek met dwang bevat de wetgeving een (eveneens ongewijzigde) minimumdrempel van vijf jaar gevangenisstraf. Nochtans heeft het EHRM in de zaak *Marper* in 2008 gewezen op de nood aan een dergelijke proportionaliteit,[43] doch dit werd niet opgepikt door de wetgever.

43 EHRM (GC) 4 december 2008, S. and Marper t. V.K., *§ 108; Zie ook P. De Hert en K. Weis, "Het voor onbepaalde tijd bijhouden van vingerafdrukken, celstalen en DNA-profielen van vrijgesproken personen schendt het recht op de eerbiediging van hun privé-leven", (noot onder* Marper*),* Vigiles *2009, afl. 2, (74) 76.*