



Institut suisse de droit comparé
Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung
Istituto svizzero di diritto comparato
Swiss Institute of Comparative Law

E-Avis ISDC 2020-02

THE REGULATION OF THE USE OF DNA IN LAW ENFORCEMENT

**Austria, Belgium, Canada, Denmark, Espagne, France,
Germany, Italy, The Netherlands, Slovakia, Sweden,
Taiwan, United Kingdom, USA, European Union**

Current to: 28.08.2020

Please refer to as : H. Westermark / A. Aronovitz / J. Curran / I. Fausch / J. Fournier / L. Hohenecker /
A. Kleczewski / I. Pretelli / R. Polanco Lazo / K. Topaz Druckman / C. Viennet / F. Went / J. Zheng,

The Regulation of the Use of DNA in Law Enforcement, current to : 28.08.2020.

E-Avis ISDC 2020-02, disponible sur www.isdc.ch.

This text may be downloaded for personal research purposes only. The Swiss Institute of Comparative Law does not accept liability for any other use of the text. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the Institute.

E-Avis ISDC

Série de publications électroniques d'avis de droit de l'ISDC / Elektronische Publikationsreihe von Gutachten des SIR / Serie di pubblicazioni elettroniche di pareri dell'Istituto svizzero di diritto comparato / Series of Electronic Publications of Legal Opinions of the SICL

INDEX

I. Background and Questions.....	6
1. Context and Mandate	6
2. Questions.....	6
II. Comparative Summary.....	8
1. Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile (Forensic DNA Phenotyping).....	9
1.1 Introduction	9
1.2 Permissibility	9
1.3 Personal Characteristics that may be Analysed	10
1.4 Offences Concerned	10
2. Familial DNA Searches.....	11
2.1 Introduction	11
2.2 Permissibility	12
2.3 Offences Concerned	13
3. Retention and Deletion of DNA Profiles.....	13
3.1 Requirements on the Entry of DNA Profiles in the DNA Database	13
3.2 Retention Periods of the DNA Profile of Convicted Persons.....	14
3.3 Circumstances requiring the deletion of the DNA Profile	15
3.4 Specific Rules for Young Offenders	16
3.5 Destruction of the Sample used for the Creation of the DNA profile	16
III. Country Reports.....	18
A. Austria.....	18
1. Analyse persönlicher Eigenschaften aus dem DNA-Profil.....	18
1.1 Molekulargenetische Untersuchung nach der StPO	18
1.2 DNA-Untersuchungen nach dem SPG	19
2. Durchführung von sog. Verwandtenrecherchen (familial search).....	21
3. Aufbewahrungsdauer / Löschfristen für DNA-Profile	23
3.1 Speicherung und Löschung von DNA-Profilen nach der StPO.....	23
3.2 Speicherung von DNA-Profilen nach dem SPG.....	24
3.3 Löschen von DNA-Profilen nach dem SPG	26
B. Belgium	29
1. Analyse des caractéristiques personnelles du profil ADN.....	29
2. Recherche élargie en parentèle	32
3. Conservation et effacement des profils ADN	32
3.1 Banques de données	32
3.2 Conservation et effacement des profils ADN	34
C. Canada	37

1.	Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile	37
2.	Familial DNA Searches.....	38
3.	Retention and Deletion of DNA Profiles.....	40
3.1	The <i>National DNA Data Bank</i>	40
3.2	Profiles contained on the National DNA Data Bank.....	41
3.3	Rules for the retention and deletion of DNA profiles	42
D.	Denmark.....	44
1.	Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile	44
2.	Familial DNA Searches.....	44
3.	Retention and Deletion of DNA profiles.....	44
3.1	Retention periods for DNA profiles	45
3.2	Taking and destruction of DNA samples	45
E.	France	47
1.	Analyse des caractéristiques personnelles du profile ADN.....	47
2.	Recherche élargie en parentèle	49
3.	Conservation et effacement des profils ADN	50
F.	Germany.....	55
1.	Analyse persönlicher Eigenschaften aus dem DNA-Profil.....	55
1.1	Persönliche Eigenschaften	55
1.2	Genehmigungsverfahren.....	57
1.3	Entdecken von Krankheiten	58
2.	Verwandtenrecherchen	58
3.	Aufbewahrungsdauer/Löschfristen für DNA-Profile	60
3.1	Kategorien von Personen (Verurteilte/Tatverdächtige)	61
3.2	Löschfristen	62
3.3	Tatverdacht nicht bestätigt und Freispruch	63
3.4	Vernichten des Materials	63
3.5	Löschfristen für minderjährige/jugendliche Straftäter	64
3.6	Verlängerung der Aufbewahrungsdauer im Einzelfall	64
G.	Italy.....	65
1.	Analyse des caractéristiques de la personne à partir de l'ADN	65
1.1	Analyse des caractéristiques de la personne à partir de l'ADN dans le cadre de la Banque de données instituée à la suite du traité de Prüm	65
1.2	Analyse des caractéristiques de la personne à partir de l'ADN dans le cadre d'un procès	67
2.	Recherches élargies en parentèle	68
3.	Conservation et effacement des données ADN	70
H.	The Netherlands	74
1.	Analyse persönlicher Eigenschaften aus dem DNA-Profil.....	74

1.1	Übersicht	74
1.2	Äusserlich sichtbare Personenmerkmale	77
1.3	Voraussetzungen	79
2.	Durchführung von Verwandtenrecherchen	80
2.1	Übersicht	80
2.2	Aktive und passive Verwandtenrecherche.....	81
2.3	Voraussetzungen	82
3.	Aufbewahrung und Vernichtung von Zellmaterial und DNA-Profilen.....	84
3.1	Übersicht	84
3.2	Dritte	85
3.3	Tatverdächtige, ehemalige Tatverdächtige und Verurteilte	85
3.4	Verstorbene Opfer und Verschollene	88
I.	Slovakia	89
1.	Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile	89
2.	Familial DNA Searches.....	90
3.	Retention and Deletion of DNA Profiles.....	91
J.	Spain	93
1.	Analyse des caractéristiques personnelles du profile ADN.....	93
2.	Recherche élargie en parentèle	94
3.	Conservation et effacement de profils ADN	95
3.1	Description de la législation espagnole régissant la base de données ADN	95
3.2	Catégories de personnes pour lesquelles des profils d'ADN sont conservés dans une base de données génétiques	97
3.3	Règles relatives aux délais de conservation et à la suppression des profils ADN	98
K.	Sweden	102
1.	Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile	102
2.	Familial DNA Searches.....	103
3.	Retention and Deletion of DNA Profiles.....	104
3.1	The DNA Register	104
3.2	The Investigation Register	104
3.3	The Trace Register	105
3.4	Taking and destruction of DNA samples	105
3.5	Retention periods for DNA profiles	105
L.	Taiwan.....	107
1.	Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile	109
2.	Familial DNA Searches.....	110
3.	Retention and Deletion of DNA Profiles.....	111
3.1	Retention of DNA profiles	111

3.2	Deletion of DNA profiles.....	114
M.	United Kingdom.....	116
1.	Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile	117
1.1	DNA profiling as a database tool.....	117
1.2	DNA profiling as a forensic tool.....	119
2.	Familial DNA Searches.....	121
3.	Retention and Deletion of DNA Profiles.....	122
3.1	Legal framework and reforms under the <i>Prevention of Freedoms Act 2012</i>	123
3.2	Retention of DNA samples	124
3.3	Retention of DNA profiles: overview.....	124
3.4	Retention of DNA profiles: where investigation leads to a conviction	125
3.5	Retention of DNA profiles: where investigation does not lead to a conviction.....	125
3.6	Retention of DNA profiles: other cases.....	126
3.7	Retention of DNA profiles: summary tables.....	126
N.	USA	129
1.	Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile	135
1.1	Federally regulated databases	135
1.2	State and local databases.....	136
2.	Familial DNA Searches.....	137
2.1	Federally regulated databases	137
2.2	State and locally regulated databases.....	138
2.3	Additional databases	139
2.4	Interim DOJ policy on emerging methods to generate new investigative leads	140
3.	Retention and Deletion of DNA Profiles.....	141
3.1	Federally regulated databases	141
3.2	State and local databases.....	142
3.3	John Doe indictments.....	143
O.	European Union.....	144
IV.	Comparative Tables	147
1.	Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile (Forensic DNA Phenotyping).	147
2.	Familial DNA Searches.....	151
3.	Retention and Deletion of DNA Profiles.....	154

I. BACKGROUND AND QUESTIONS

1. Context and Mandate

On 17 February 2017, the Swiss Federal Office of Police (Fedpol) commissioned the Swiss Institute of Comparative Law (SICL) with a comparative study on the regulation of DNA analysis and DNA banks for law enforcement purposes. The request was made in the context of a revision of the Swiss law in this area („Revision des DNA-Profil-Gesetzes“). The study included country reports from the following jurisdictions: Austria, Belgium, Canada, Denmark, France, Germany, Italy, the Netherlands, Spain, Sweden, the United Kingdom and the United States of America. It also included a brief chapter on European Union law. The study was finalized in September 2017.

In February 2020, Fedpol requested the SICL to update the 2017 study. The request was made in view of the ongoing reform of the Swiss rules and in consideration of the fact that regulations in several of the jurisdictions had been subject to substantial amendments since 2017. The present study is thus an update of the initial study finalized in 2017. Additional country reports have been included for Taiwan and Slovakia. These offer a brief overview of the key regulations in those jurisdictions.

The study consists of individual reports for each jurisdiction followed by a comparative summary. There are three specific topics discussed: (1) analysis of personal characteristics from the DNA profile (phenotyping), (2) familial DNA searches, and (3) retention and deletion of DNA profiles.

2. Questions

The SICL is asked to respond to the following questions:

1. Analyse persönlicher Eigenschaften aus dem DNA-Profil

Kennt der betreffende Staat in seinem Landesrecht eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, die eine Auswertung persönlicher Eigenschaften aus der DNA zu Zwecken der Strafverfolgung vorsieht?¹

2. Durchführung von sog. Verwandtenrecherchen (recherches familiales, familial search)

Kennt der betreffende Staat in seinem Landesrecht eine gesetzliche Regelung, die eine Durchführung von sog. Verwandtenrecherchen in der DNA-Profil-Datenbank zu Zwecken der Strafverfolgung vorsieht?²

¹ Falls ja: Welche persönlichen Eigenschaften dürfen ausgewertet werden? Liegt eine Beschränkung auf äusserlich sichtbare Eigenschaften vor? Falls ja: Um welche äusserlich sichtbaren Merkmale handelt es sich? Augen-, Haar-, Hautfarbe? Alter, Körpergrösse, geografische Herkunft? Wird auch eine Auswertung äusserlich nicht sichtbarer Merkmale vorgesehen? Spezifische Krankheiten? Verhaltensmerkmale (bspw. Linkshändigkeit)? Weitere? Erlaubt das Landesrecht die Auswertung solcher Eigenschaften für alle Straftatbestände oder nur für einzelne (vor allem: besonders schwere) Straftatbestände? Sieht das Landesrecht für die Analyse äusserlich sichtbarer Eigenschaften ein gegenüber dem „regulären“ DNA-Profil spezielles Genehmigungsverfahren vor? Ist geregelt, was zu geschehen hat, wenn im Zuge der DNA-Analyse Krankheiten entdeckt werden, von denen die Person nichts weiss (Recht auf Nichtwissen; vgl. Art. 6 Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen [SR 810.12])?

Oder schweigt das Landesrecht zur Möglichkeit der Analyse persönlicher Eigenschaften? Schliesst es diese Analysemöglichkeit sogar ausdrücklich aus? Schliesst es diese Analysemöglichkeit indirekt aus, indem es die DNA-Analyse auf die nicht-codierenden DNA-Abschnitte beschränkt?

² Falls ja: Erlaubt das Landesrecht solche Suchläufe für alle Straftatbestände oder nur für einzelne (vor allem: besonders schwere) Straftatbestände? Sieht das Landesrecht für solche Suchläufe ein im

3. Aufbewahrungsdauer/Löschfristen für DNA-Profile

Für welche Kategorien von Personen wird eine Speicherung in der Datenbank erlaubt (dürfen nur DNA-Profile von Verurteilten gespeichert werden? Oder auch Profile von Tatverdächtigen [arrestees, also bei Vorliegen eines indictment])?³

The SICL's translation into English of the questions:

1. Analysis of personal characteristics from the DNA profile

Is there legislation in the jurisdiction providing for an evaluation of personal characteristics from the DNA for the purposes of law enforcement?

2. Familial DNA searches

Does law of the jurisdiction allow for so-called familial searches in the DNA profile database for the purposes of law enforcement?

3. Retention and deletion of DNA profiles

Describe the legislation governing DNA databases: For which categories of persons can DNA profiles be retained in a DNA database? What are the rules on retention periods and deletion of DNA profiles?

Vergleich zum „regulären“ DNA-Profil-Suchlauf (= direkte Täteridentifikation) ein spezifisches Genehmigungsverfahren vor?

Falls nein: Schweigt das Landesrecht zu dieser Analysemöglichkeit? Oder schliesst es sie sogar ausdrücklich aus?

³ Von dieser Grundlage ausgehend: Für welche Dauer dürfen die DNA-Profile nach dem Recht des betreffenden Staats aufbewahrt werden bzw. welchen Löschfristen unterliegen die DNA-Profile?

Sieht die Regelung einige wenige pauschale Löschfristen vor (zum Beispiel: pauschale Aufbewahrungsdauer bei verurteilten Personen von 10 oder 20 oder 30 oder 50 Jahren)? Oder sieht die Regelung einen differenzierten Katalog von Löschfristen vor (wie dies im schweizerischen DNA-Profil-Gesetz der Fall ist [siehe deren Art. 16-19 in der Beilage])?

Was gilt im Besonderen im Falle, da sich der ursprüngliche Tatverdacht nicht bestätigt, und im Falle eines Freispruchs? Muss das Profil umgehend gelöscht werden oder darf es (allenfalls für eine begrenzte Dauer) weiterhin in der Datenbank gespeichert bleiben?

Werden besondere Löschfristen für minderjährige/jugendliche Straftäter vorgesehen?

Ist vorgesehen, dass die Aufbewahrungsdauer im Einzelfall von der zuständigen Behörde (Gericht, Staatsanwaltschaft etc.) verlängert werden kann?

II. COMPARATIVE SUMMARY

Introductory Remarks

The use of DNA and DNA analysis in law enforcement requires the balancing of the societal interests in solving crimes and safeguarding people's safety against citizens' (privacy) rights, freedoms and guarantees.⁴ An illustration of this is the case *S and Marper v. United Kingdom*⁵ in which the European Court of Human Rights held that the indefinite retention by UK police authorities of the DNA and fingerprint data of persons once suspected but subsequently cleared of criminal wrongdoing represented an unjustified interference with the right to respect for private life under Art. 8 of the European Convention on Human Rights. Since that decision, both the possible uses of DNA and recognition of privacy interests have grown and now pose numerous questions for the law beyond privacy and the protection of personal data.

The scope of the present study is limited to three specific themes regarding the legal schemes of the investigated jurisdictions: (1) analysis of personal characteristics from the DNA profile (phenotyping), (2) familial DNA searches, and (3) retention and deletion of DNA profiles. Privacy and the protection of personal data play an important role for all these questions, as do the different ethical, social and political issues that more broadly form part of this area of law.⁶ They are not, however, subject to a self-standing discussion.

General Observation

A general observation is that the regulation of the use of DNA technology for law enforcement purposes varies considerably in the featured jurisdictions. This is particularly true as regards the permissibility and scope for conducting analysis of personal characteristics from the DNA (phenotyping) and the permissibility and modalities for conducting familial searches.

While scientific developments in DNA-related research is rapid, legislators in many countries have been slow (or have even failed) to adopt a comprehensive legal regime instructing and setting the limits for how law enforcement agencies may use DNA and DNA analysis. A consequence of this is that in several countries, there are doubts on the scope and, in some cases (Denmark and Italy), the legality of conducting phenotyping and/or familial searches. Indeed, the majority of the examined countries do not have specific regulation governing familial searches and only Germany, the Netherlands and Slovakia have explicit regulations on phenotyping.

In the absence of a legal framework (hard laws) including explicit safeguards for the protection of personal data and privacy concerns, there is arguably a greater risk that these issues are not sufficiently observed. Moreover, where regulation is lacking or is merely implicit, different stakeholders such as law enforcement agencies and legal scholars may interpret the legal situation differently.

⁴ See for example A. O. Amankwaa, Forensic DNA retention: Public perspective studies in the United Kingdom and around the world, 2018 (Vol. 58, Issue 6) *Science & Justice* and D. Wilson-Kovacs *et al.*, "A Faustian bargain?" Public voices on forensic DNA technologies and the National DNA Database, 2012 (Vol. 31), *New Genetics and Society*, p. 285–298.

⁵ *S and Marper v United Kingdom* 30562/04 [2008] ECHR 1581 (4 December 2008).

⁶ See for example H. Machado & R. Granja, *Forensic Genetics in the Governance of Crime*, 1st ed., Springer Nature Singapore Pte Ltd, 2020.

1. Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile (Forensic DNA Phenotyping)

1.1 Introduction

Analysis of personal characteristics for law enforcement purposes (forensic DNA phenotyping) can be described as a constellation of techniques that aims to infer externally visible physical features in humans and biogeographical ancestry of criminal suspects through the analysis of biological materials collected at crime scenes.⁷ In other words, it is a method to analyse crime-scene DNA in order to compose a description of the unknown suspect. Given the large amount of information that currently can be extracted (such as eye, hair and skin colour, geographic origin and even behavioural features), it can be an effective forensic tool for the police when conducting investigations.

Moreover, as scientific progress allows for an increasing quantity of information to be extracted from DNA, law enforcement authorities are likely to want to correspondingly increase the use of phenotyping in their activities. Using genetic information as an investigation method, however, involves several sensitive regulatory issues: the right of people not to know what their DNA reveals about their propensity for contracting particular diseases or other propensities; data protection and privacy; and stigmatization and discrimination.⁸ Governments therefore have an interest in ensuring that phenotyping is conducted with respect to these issues.

1.2 Permissibility

According to our findings, the analysis of personal characteristics as an investigatory tool is permitted to some extent in the majority of the countries studied. However, only a few of those countries (Germany, the Netherlands and Slovakia) have explicit regulations on phenotyping. This means that in a range of countries such as Austria, Canada, France, Spain, Sweden and the UK, the permissibility is based on an analysis of the general legal framework in this area of law. According to our research, there are no concrete steps taken to adopt specific phenotyping regulation in these countries. However, there are stakeholders advocating the need for a regulatory framework. One example is the UK Ethics Group of the National DNA Database.

Where phenotyping is not permitted, the prohibition is generally implicit (Belgium, Taiwan). The question of the legality is not always clear, however. In Denmark, for example, it is difficult to draw any clear conclusion from the text of the general legal framework, but at the same time, since law enforcement authorities do not seem to have shown any interest in conducting phenotyping, it has not been subject to discussion by legal commentators. As a result, the silence of the law cannot be said to imply either a prohibition or a permissive attitude.

In the U.S., phenotyping is not subject to regulation at the federal level. There is significant variation among the states: it may be either prohibited or explicitly or implicitly permitted with various requirements as regards the scope of such analysis.

⁷ H. Machado & R. Granja, *Forensic Genetics in the Governance of Crime*, 1st ed., Springer Nature Singapore Pte Ltd, 2020, p. 95.

⁸ For a further discussion see for example H. Machado & R. Granja, *Forensic Genetics in the Governance of Crime*, 1st ed., Springer Nature Singapore Pte Ltd, 2020 and H. Soletto Muñoz & A. Fiodorova, (2014). *DNA and Law Enforcement in the European Union: Tools and Human Rights Protection*. *Utrecht Law Review*. 10(1), pp.149–162.

1.3 Personal Characteristics that may be Analysed

Countries having explicit regulations on phenotyping generally details its scope and limits. In Germany, phenotyping can only be conducted for determining eye, hair and skin colour as well as the age of the person. Analysis of biogeographic ancestry is, however, permitted.

In the Netherlands, the elements permitted to be determined in the context of a phenotyping analysis are biogeographic ancestry, eye and hair colour, and there is a proposal to add skin color. It appears to be unclear whether analysis of age is permitted.⁹ The Slovakian regulation is less detailed, merely referring to the prediction of visible phenotypic manifestations.

The scope and limits of phenotyping are generally less clear in countries where phenotyping is conducted in the absence of any explicit regulation (Austria, Canada, France, Sweden, Spain, UK). However, a general limitation is that only physical traits can be analyzed, thereby excluding any information about character traits and diseases. French case law appears to allow for an equally extensive analysis of personal characteristics as that seen under Dutch law.¹⁰ While an extensive analysis is permitted also in the UK, the technology used for forensic DNA phenotyping to determine physical traits is not yet accredited for use as evidence in courts.

In Belgium, analysis is restricted to the identification of gender only. While gender is technically a phenotype, the limited scope of analysis arguably makes Belgium a “non-phenotyping” country.

1.4 Offences Concerned

In the countries where analysis of personal characteristics is permitted, it is generally limited to cases involving offences of a serious character. Given the costs and resources needed to conduct the analysis, this is true not only for the countries which have regulated this in law, but also for the countries in which this issue is largely unregulated. In the Netherlands, for example, the Dutch Forensic Institute has reported that phenotyping is conducted in less than five criminal cases per year.

In Germany, the offences include sexual offences and all offences that carry a statutory term of imprisonment of at least one year. German law lays down an additional requirement: there must be a risk that the person in question will continue committing serious crimes in the future.

In the Netherlands, all offences that carry a statutory term of imprisonment of at least four years, as well as a number of specific identified offences are included.

A number of countries do not have any formal limitation of phenotyping based on the severity of the offence. In France, the courts have permitted phenotyping for serious offences (*crimes*). The case law does not give a clear answer as to whether analysis of personal characteristics is possible also in cases of less serious offences (*délits*).

We are not aware of any limitations under UK law in respect of the offences concerned. However, according to recent reports, forensic DNA phenotyping is rarely used in the UK, and only ever as a last resort. The same seems to apply for other countries such as Austria, Canada and Sweden, where phenotyping is not specifically regulated. In Sweden, for example, there are only two known cases in

⁹ M. Schneider et al., The Use of Forensic DNA Phenotyping in Predicting Appearance and Biogeographic Ancestry, *Dtsch Arztebl Int* 2019; 116: 873–80, p. 881.

¹⁰ Cour de cassation, chambre criminelle, 25.06.2014, pourvoi n° 13-87493.

which the Police has used phenotyping to create a phantom image. Both were so-called cold cases involving murder.

2. Familial DNA Searches

2.1 Introduction

A forensic familial DNA search can be described as a search by law enforcement authorities in DNA databases for genetic information indicating a relative of a person that they seek to identify. In the countries where familial searches are permissible, it is typically used as a last resort when a search for an exact match to a DNA sample is unsuccessful. It may bring back a partial match, indicating a sibling, child, parent or other blood relative.

Familial searches are thus searches conducted for the intended purpose of potentially identifying close biological relatives to the unknown forensic profile obtained from crime scene evidence. They should therefore be distinguished from a routine database search, which may spontaneously yield partial match profiles (these are sometimes referred to as passive familial searches). If not otherwise stated, the notion *familial searches* in this part refers to the active search as opposed to the routine database search that may yield partial matches.

In order for familial searches in DNA databases to be an effective forensic tool, it is obviously necessary for a country to have a certain number of DNA profiles registered. According to figures from the European Network of Forensic Science Institutes (ENSFI) for 2016 (latest available figures), the proportion of population in the database in Germany was 1 % and for France 5 %.¹¹ Corresponding figures for Austria were 2.5 %, Denmark 2.1 %, the Netherlands 1.4 %, England and Wales 8.8 % and Sweden 1.5 %.¹²

A specific kind of familial searches are searches made of DNA profiles that are taken by means of mass testing/screening of DNA of persons in a certain region in order to find a supposedly local perpetrator. If the DNA profiles collected are not registered in the official DNA databases, such searches may be outside the scope of the DNA database regulation. Therefore, they could potentially be performed even when familial searches in established DNA data bases are prohibited. The discussion on familial searches below will however, if not otherwise indicated, be limited to searches in DNA databases.

So-called forensic genetic genealogy (sometimes referred to as genealogical/ancestry searching, long-range familial searching, and investigative genealogy) combines advanced genealogy and DNA searches.¹³ The advantage of this type of searches is that they are conducted in public/commercial genealogy databases which contains a much larger number of DNA profiles than the databases managed by the law enforcement authorities. Moreover, while law enforcement authorities' databases generally contain limited information of the DNA profile (a number of so-called short tandem repeats-STRs), the information stored in genealogy databases is wide-reaching and therefore allows for a more extensive search.

¹¹ H. Machado & R. Granja, *Forensic Genetics in the Governance of Crime*, 1st ed., Springer Nature Singapore Pte Ltd, 2020, p. 63.

¹² Ibid.

¹³ For a description and discussion on this kind of searches see for example M. Greytak *et al.*, Genetic genealogy for cold case and active investigations, June 2019 (Volume 299), *Forensic Science International*, available at <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0379073819301264>.

In 2018, the famous “Golden State killer case” in the U.S. was solved using searches in public genealogy databases. One source estimates that more than 60 US criminal cases were solved using genetic genealogy in the year after the Golden State Killer’s arrest.¹⁴ While genetic genealogy has proven to be an effective forensic tool, it raises questions on privacy and the protection of personal (genetic) data.¹⁵ In September 2019, the U.S. Department of Justice adopted an interim Policy on Forensic Genetic Genealogical DNA Analysis and Searching that in different aspects limits the use of this kind of genetic genealogy.¹⁶ Among other things, it may only be conducted in cases of violent crimes and investigative agencies are required to identify themselves to the genetic genealogy services and may only search those services that explicitly notify their users and the public that law enforcement may have access to the genetic genealogy service’s data to investigate crimes or to identify unidentified human remains. It should also be mentioned that major commercial genealogy databases such as GEDmatch has recently introduced an opt-in or an opt-out policy for their users as regards the use of their information in law enforcement. The effective use of these kind of searches will therefore depend on the genealogy databases users’ choice whether to let law enforcement access their information.¹⁷

There are reports that the use of forensic genetic genealogy as described above is not limited to the U.S. In June 2020, the Swedish Police resolved a 16 year old high profile murder case by conducting searches in commercial genealogy databases.¹⁸

2.2 Permissibility

Familial searching in forensic DNA databases was first implemented in the UK in 2002 and its use has been expanding to other countries. Indeed, a majority of the countries examined permits familial searches. Although some countries have specific rules on familial searches (France, Germany, the Netherlands) most countries do not explicitly regulate this kind of measure. In those countries, it is therefore for the law enforcement authorities and ultimately the courts to interpret the general rules in order to decide on the legality; either implicitly permitted or implicitly not permitted.

There may be restrictions on the scope of the searches. In France, it is strictly limited to relatives in the direct line whereas in Germany it also includes the collateral line up to the third degree. An important limitation in German law is that searches are not made in the established DNA databases; instead these are limited to DNA profiles taken by means of mass testing/screening. In particular in countries having relatively few DNA profiles in their registers, familial searches following mass testing can be a more effective tool than regular familial searches limited to the established DNA databases.

While there is no regulation at the federal level in the U.S., a number of states permit familial searches. These states have put into place protocols, policies and/or procedures to provide guidance to law

¹⁴ Cassidy, K. P., *DNA Evidence in Sexual Assault Cases, Past Trends and Future Potential*, 34-FALL Crim. Just. 37, 1 American Bar Association (Fall 2019). See also <https://science.sciencemag.org/content/366/6462/155> and https://isogg.org/wiki/Law_enforcement_cases_solved_using_genetic_genealogy (26.06.2020).

¹⁵ See for example, N. Ram, GENETIC PRIVACY AFTER CARPENTER, 2019 (Vol 105:1357) Virginia Law Review p. 1357 *et seq.*, available at https://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/Ram_Book.pdf (30.06.2020).

¹⁶ Available at: <https://www.justice.gov/olp/page/file/1204386/download> (Jun. 30, 2020).

¹⁷ See for example <https://abcnews.go.com/US/leave-murderer-running-streets-dna-databases-policy-changing/story?id=63150489>

¹⁸ A commentary in English about the case is available at <https://www.thelocal.se/20200609/how-swedish-police-tracked-down-double-murder-suspect-after-16-years-linkoping> (03.07.2020).

enforcement concerning such searches. Under most policies, only violent cases involving serious injury or death qualify for familial searches.

In countries such as Austria, Sweden and the UK where there is no specific regulation, the scope and the limits of familial searches are unclear. However, it is reported that familial searches have hardly gained any significance in Austria and that it is rarely used in the UK. In 2019, the Swedish Police have conducted familial searches in 42 cases.

In countries where familial searches are not permitted (Belgium, Canada, Taiwan) there is generally no explicit prohibition laid down in the law. Often, the prohibition can be inferred from the fact that the law provides that information registered in the DNA database is limited to information used merely for the identification of an individual (*i.e.* an exact match with a registered DNA profile).

In the absence of any regulation, the Danish Police has started an inquiry on the technical, professional and financial challenges of using familial searches and a report is scheduled for mid-2020.

As mentioned above, familial searches are generally used as a last resort; when a search for a direct DNA match is unsuccessful and in the absence of other investigative leads. This is largely motivated by privacy considerations and/or the cost and staffing needed to carry out such searches.

2.3 Offences Concerned

In the countries where familial DNA searches are permitted, such searches are generally limited to cases involving offences of a serious character.

Accordingly, the French Code of Criminal Procedure (Article 706-56-1-1) permits familial searches, but limits this to certain serious offences. Those are explicitly listed in the law (Article 706-55) and primarily concern crimes against persons.

The Netherlands has comparably well-developed legislation on familial searches. Familial searches can only be used as a last resort and in cases of serious offences: when the statutory term of imprisonment is at least eight years or for certain listed offences with a statutory term of imprisonment of at least six years.

States in the U.S. permitting familial searches generally have policies limiting such searches to cases involving serious injury or death.

Countries that have not adopted specific rules on familial searches, appear, in practice, to adhere to similar kinds of limitations. Accordingly, the Swedish police reportedly limit the conduct of familial searches to investigations involving serious crimes such as manslaughter, murder and grave sexual offences. In the UK, familial searches are also undertaken only in relation to the most serious offences. The motivation for the limitation is the high costs and staffing required to conduct the searches.

3. Retention and Deletion of DNA Profiles

3.1 Requirements on the Entry of DNA Profiles in the DNA Database

All of the examined countries have established national DNA databases in order to store DNA profiles for law enforcement purposes. The UK (England and Wales) was a forerunner, having established its

National DNA Database already in 1995. Other countries followed the UK lead, such as Austria (1997), the Netherlands (1997), and Germany (1998).

The ability for law enforcement authorities to enter a DNA profile of a suspect or a convicted person is generally dependent on the severity of the offence in question, in particular the statutory prison term applicable to that offence. From this perspective, one can distinguish two different groups of countries: those that have rather low thresholds in this regard (Austria, Denmark, Germany, Sweden and the UK) on the one hand, and on the other hand, those that tend to be more restrictive (Canada, France, the Netherlands, Spain and Taiwan).

A closer look at the countries in the first group (low thresholds) shows the following: Austria and Germany require a statutory term of imprisonment of at least one year. In Denmark, the threshold is one year and six months whereas in Sweden it suffices that the offence can lead to imprisonment of any length. The UK is unique in the sense that it permits retention of DNA profiles from suspects (at least initial retention) and convicted persons for all kinds of offences. Lower thresholds may apply for sexual offences (this is the case for at least Austria, Denmark and Germany). An additional requirement to the statutory prison term is laid down in German and Austrian law: there must be a risk that the person in question will continue committing serious offences in the future.

In the second group (higher thresholds), Canada is the country with the most restrictive rules requiring a statutory term of imprisonment of at least five years. The designated offences are divided into “primary” and “secondary” offences. For the “secondary” offences, the burden of proof is on the prosecution to convince the court to make the DNA collection order. For the more severe primary offences, the burden of proof is on the offender to convince the court not to make the order. In France, the offences for which a DNA profile can be stored is set out in a list (Article 706-55 in the Code of Criminal Procedure) and primarily concerns crimes against persons. Dutch law allows for DNA retention for all offences for which a pre-trial detention order may be issued. Those include all offences that carry a statutory term of imprisonment of at least four years as well a number of explicitly listed offences (Section 67 of the Dutch Code of Criminal Procedure). Spanish law lays down five years’ imprisonment as the general rule, supplemented by a list of specific offences that do not meet the five-year imprisonment threshold.

Belgium is difficult to place as there is no requirement of a minimum term of imprisonment, but only an extensive catalogue of offences for which DNA profiles may be entered. However, those offences are mainly crimes against persons; we would therefore tend to place Belgium in the second group (higher thresholds).

Italy, like Belgium, is difficult to place in either of the two groups. The requirements under Italian law are of a diverse nature and are not solely concerned with statutory terms of imprisonment.

The situation in the U.S. is particular and complex as there are DNA registers at multiple levels: federal, state and local. Given that the registers are governed by different regulations, requirements on the entry of DNA profiles in the various registers can vary considerably. In short, a majority of states and the federal government allow DNA collection from arrestees who have not yet been convicted in some circumstances: twenty-nine states collect DNA for at least some state felonies, while eight states have laws that collect DNA from arrestees for certain misdemeanors.

3.2 Retention Periods of the DNA Profile of Convicted Persons

The rules on the time periods for which a DNA profile of a convicted person can be stored vary considerably among the examined countries. While some countries allow for a retention period until

the convicted person has reached a certain age (in Denmark, 80 years), the more common regulatory approach is to set a fixed maximum time limit, *i.e.* a certain number of years starting from the day of the judgment or prison release. Generally, the retention period varies depending on the severity of the crime in question. In Spain, the retention periods correspond to those applicable for the deletion of the criminal record for the offence in question or, alternatively, the time period for the prescription of that offence. Another example is the Dutch law which lays down retention periods that vary from 20 to 80 years.

Under German law, there are no specific time limits for retention. Instead, the Police evaluate the necessity of retaining the data within a certain timeframe (within 10 years for adults and within 5 years for youths). Among the examined countries, Austria and Germany are countries where a risk assessment appears to play a particularly important role when determining the retention period.

In certain jurisdictions, the courts have a margin of discretion when deciding on the retention periods. In Belgium, for example, the court can decide on a shorter retention period than the general 30 year period.

While most countries apply retention periods exceeding 20 years, there are jurisdictions that are more restrictive. In Sweden, for example, DNA profiles must be deleted 10 years after prison release and, in cases of conditional sentence, the ten year limit starts to run from the date of the judgment of conviction.

Indefinite retention is only permitted under Canadian and UK law. In the UK, this is the case for more serious offenses only, usually punishable by imprisonment. In both jurisdictions, specific rules with time-limited retention periods apply to juveniles.

The rules on maximum retention period have an impact on the size of databases: while the proportion of the population in the database in the UK is 8.8 %, the restrictive German rules results in much lower figures (1 %).

3.3 Circumstances requiring the deletion of the DNA Profile

Regulation requiring the deletion of DNA data vary largely in the examined countries. In some jurisdictions, a DNA profile must, in principle, be deleted in cases of acquittal or where prosecution is not pursued, whereas others allows for continuous retention.

Certain countries such as Sweden and Taiwan require immediate *ex-officio* deletion, irrespective of the reason for the acquittal or the non-pursuance of the prosecution. In other jurisdictions, it may be necessary for the person concerned to file for a deletion of his or her DNA profile.

In several jurisdictions such as Austria and Germany continuing storage - in cases of acquittal and non-pursued prosecution - is permitted if it is considered necessary by the law enforcement authorities. This means that the law enforcement authorities make a risk assessment taking into consideration the hypothesis that the person in question may nevertheless have committed the offence and/or that the person will commit offences in the future. The risk assessment under the Austrian Security Police Act (*Sicherheitspolizeigesetzes*) is particularly concerned with the severity of the offence and the risk of future offences. The risk assessment under German law focuses on the reason for the acquittal or the decision not to pursue a prosecution: the DNA profile must be deleted if the acquittal or the decision to not pursue prosecution is expressly based on the fact that the individual has not committed the offence.

There are also examples where the general principle supports retention even in cases of acquittal or non-pursued prosecution. Under Danish law, the DNA profile is retained for 10 years (in cases of acquittal) unless another person is subsequently charged and convicted of the offence. A 10-year period also applies if the prosecution is not pursued except when charges are declared to be unfounded (immediate deletion). Similar rules that allow for retention irrespective of whether or not prosecution is pursued can be found in other jurisdictions, such as Spain.

The UK is also among the jurisdictions that allow for retention of DNA from individuals who are ultimately not convicted of an offence. The retention depends on whether they are charged with an offence but subsequently not convicted of that offence or, instead, arrested but subsequently not charged. A person charged with a qualifying offence who is subsequently not convicted of that offence will have their DNA data retained for a period of three years. An individual who is arrested for a qualifying offence but not charged may have their biometric data retained only with the consent of the *Biometrics Commissioner*.

3.4 Specific Rules for Young Offenders

In some of the examined countries, the retention of DNA profiles of young offenders is governed by specific rules that are less strict than those applicable to adults.

In Canada, retention periods of DNA profiles depend on separate legislation governing the retention of criminal records of young offenders. They broadly range from 2 months to 5 years. For serious violent crimes they are however indefinite.

In Germany, the necessity of retaining the DNA profiles of young offenders must be examined more often than for adults: For youths (age 14 to 17) every 5 years and for children (age 0-13) every 2 years. In practice, the data will normally be removed following the first examination.

Under Swedish law, DNA profiles of offenders under the age of 18 must be deleted within 5 years after the termination of the protective supervision or conditional sentence. For serious crimes, the retention period is 10 years following the release from closed juvenile detention.

The general principle in Taiwanese law provides that the DNA profile must be deleted three years after the protective measure has been completed.

The UK rules provide for an indefinite retention period also for individuals under 18, but this is limited to so-called “qualifying” (generally more serious) offences. For conviction or a warning or reprimand in relation to minor offences, the retention period is however limited: a non-custodial sentence will result in data being retained for a period of five years. A custodial sentence of up to five years will mean data is retained for the period of the term imposed plus five years.

3.5 Destruction of the Sample used for the Creation of the DNA profile

The rules on the destruction of the samples used for the DNA analysis vary considerably in the examined countries. In some countries, the destruction depends on the deletion of the corresponding DNA profile (the Netherlands, Spain) whereas in others deletion takes place upon establishment of the DNA profile and the identification of the person in question (France, Italy). There are also examples of a fixed time period (under Swedish law, the sample must be destroyed within six months from the date it was taken). Most countries, however, have a mixture of those rules. In particular, different rules may apply depending on whether the DNA profile is retained in a register for convicted individuals or for

suspects. Thus, under Belgian law the destruction of a sample from a suspect must be destroyed within six months, whereas a sample taken from an already convicted individual must be destroyed immediately.

Under Canadian law, the sample is to be destroyed at the discretion of the Commissioner of the National DNA Data Bank, except in those situations where destruction is mandatory (acquittal or if an order to collect bodily substances is set aside).

In Germany, the general rule is that the sample must be destroyed after the final verdict. The sample may be kept longer if a re-trial is probable. As regards samples used for analysis of DNA profiles for probable future criminal proceedings, they must be destroyed as soon they are no longer necessary for that analysis.

In the UK, the sample must be destroyed as soon as the DNA profile is derived from it and in any event, within 6 months of the date it was taken. The Police may apply to a District Judge for a 12-month extension, but only in connection with the investigation of a qualifying offence and where the officer considers that the sample is likely to be needed in any proceedings for the offence.

III. COUNTRY REPORTS

A. AUSTRIA

1. Analyse persönlicher Eigenschaften aus dem DNA-Profil

Die zentralen Regelungen betreffend die Gewinnung und Verwendung von DNA-Informationen zu Zwecken der Strafverfolgung im österreichischen Recht finden sich in § 124 der Strafprozessordnung (StPO)¹⁹ sowie in § 67 des Sicherheitspolizeigesetzes (SPG)²⁰. Diese Bestimmungen sind eng miteinander verknüpft, haben aber unterschiedliche Anwendungsbereiche: Während sich die Strafprozessordnung auf ein konkretes Strafverfahren bezieht und die Aufklärung einer bestimmten Straftat regelt, hat das Sicherheitspolizeigesetz die Prävention von Straftaten zum Ziel; dementsprechend finden sich im SPG die Bestimmungen über die Speicherung von DNA-Profilen in einer Datenbank, die auch mit Daten aus strafprozessualen Ermittlungen gespeist werden kann (s. dazu näher unten Fragen 2 und 3).²¹ Im Folgenden werden jeweils die massgebenden Bestimmungen zuerst der StPO und dann des SPG dargestellt.

1.1 Molekulargenetische Untersuchung nach der StPO

Gemäss § 124 Abs. 1 StPO ist es zur Aufklärung einer Straftat zulässig, *„einerseits biologische Spuren und andererseits Material, das einer bestimmten Person zugehört oder zugehören dürfte, molekulargenetisch zu untersuchen, um die Spur einer Person zuzuordnen oder die Identität einer Person oder deren Abstammung festzustellen, und mit nach diesem Gesetz oder nach dem Sicherheitspolizeigesetz rechtmässig gewonnenen Ergebnissen molekulargenetischer Untersuchungen abzugleichen“*.

Eine Auswertung persönlicher Eigenschaften ist nicht vorgesehen; das Gesetz schränkt den Untersuchungsgegenstand ein, nämlich auf die Zuordnung einer Spur zu einer Person sowie die Feststellung der Identität und der Abstammung einer Person. Eine andere Verwendung der DNA – etwa für die Bestimmung von Merkmalen einer Person – ist eindeutig verboten. § 124 Abs. 3 StPO ordnet ausdrücklich an, dafür Sorge zu tragen, dass Daten aus molekulargenetischen Untersuchungen nur insoweit einer bestimmten Person zugeordnet werden können, als dies für den Untersuchungszweck erforderlich ist.²² Dieser ist, wie soeben dargestellt, sehr eng gefasst und erlaubt neben der Identitäts- und Abstammungsfeststellung keine Analyse von Merkmalen einer Person. Da somit bereits die Zuordnung von Merkmalen zu einer Person ausserhalb dieses engen Untersuchungszwecks unzulässig ist, stellt sich die Frage nach dem Umgang mit sensiblen Daten etwa betreffend Krankheiten nicht. Solche Informationen dürfen erst gar nicht gewonnen bzw. analysiert werden, und zwar ausnahmslos, das heisst auch nicht zur Aufklärung besonders schwerer Straftaten oder mit spezieller Genehmigung.

In den Erläuternden Bemerkungen (Botschaft) zur Regierungsvorlage zu dieser Gesetzesbestimmung heisst es in diesem Zusammenhang: *„Aus dem strafprozessualen Verwendungszweck ergibt sich [...], dass weiterführende Untersuchungen, etwa zu wissenschaftlichen Forschungszwecken oder zu einer*

¹⁹ BGBl. Nr. 631/1975.

²⁰ BGBl. Nr. 566/1991.

²¹ Vgl. grundlegend Weiland, Die DNA-Analyse im Strafverfahrens- und Sicherheitspolizeirecht (2011), 141 ff.

²² § 124 Abs. 3 S 2 StPO.

über den Aufklärungszweck hinausgehenden Untersuchung im Hinblick auf das Erbmateriale und dadurch bedingte Krankheitsverläufe, unzulässig sind ...“.²³

Im Übrigen ist die Untersuchung ohnehin auf die nicht-codierenden Abschnitte der DNA beschränkt, die keine Informationen zu persönlichen Eigenschaften beinhalten²⁴, sodass von vornherein keine Analyse der persönlichen Merkmale möglich ist. Das Gesetz enthält keine solche ausdrückliche Beschränkung auf nicht-codierende Bereiche. Jedoch kann aus § 117 Ziffer 5 StPO, welcher die molekulargenetische Untersuchung als „die Ermittlung jener Bereiche in der DNA einer Person, die der Wiedererkennung dienen“, definiert, geschlossen werden, dass bereits die Ermittlung anderer Bereiche der DNA (das heisst der codierenden Abschnitte) unzulässig ist. Denn gerade die nicht-codierenden Abschnitte sind zur treffenden Bestimmung der Identität einer Person geeignet.²⁵ Zudem entspricht ein Verbot der Untersuchung der codierenden Bereiche dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, der den mit einer DNA-Untersuchung einhergehenden Grundrechtseingriff (insbes. in Art. 8 EMRK sowie das Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 Datenschutzgesetz 2000) auf das zur Erfüllung des Wiedererkennungszwecks Notwendige (d. h. die Untersuchung der nicht-codierenden Abschnitte) beschränkt.²⁶

Eine weitergehende, auf codierende Abschnitte bzw. persönliche Merkmale bezogene Analyse der DNA ist nur unter den Voraussetzungen des Gentechnikgesetzes zu medizinischen Zwecken zulässig.²⁷

1.2 DNA-Untersuchungen nach dem SPG

Auch die für den sicherheitspolizeilichen, d. h. über ein konkretes Strafverfahren hinausgehenden, Bereich²⁸ massgebende Regelung des § 67 SPG beschränkt den Untersuchungszweck auf die Wiedererkennung einer Person. Ihr Abs. 1 bestimmt die Voraussetzungen für die Gewinnung und Analyse einer DNA-Probe:

„Eine erkennungsdienstliche Behandlung, bei der die DNA eines Menschen ermittelt werden soll, ist zulässig, wenn der Betroffene im Verdacht steht, eine strafbare Handlung gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung oder eine mit mindestens einjähriger Freiheitsstrafe bedrohte vorsätzliche gerichtlich strafbare Handlung begangen zu haben und wegen der Art oder Ausführung der Tat oder der Persönlichkeit des Betroffenen zu befürchten ist, er werde gefährliche Angriffe²⁹ begehen und dabei Spuren hinterlassen, die seine Wiedererkennung auf Grund der ermittelten genetischen Daten im Sinne des § 36 Abs. 2 Z 12 DSG³⁰ ermöglichen würden. Soweit dies zur Auswertung vorhandener DNA-Spuren

²³ ErlRV 25 BlgNR XXII. GP 174 f.

²⁴ Vgl. zB Weiland, DNA-Analyse, 6, 13.

²⁵ Birklbauer/Tipold/Zerbes in Fuchs/Ratz, WK StPO § 117 Rz. 42.

²⁶ Ibid.

²⁷ Vgl. § 65 ff Gentechnikgesetz, BGBl. Nr. 510/1994.

²⁸ Die praktische Bedeutung der sicherheitspolizeirechtlichen DNA-Vorschriften gegenüber den strafprozessualen Regelungen besteht insbes. in der Speicherungsmöglichkeit (DNA-Datenbank); s. dazu unten Frage 3.

²⁹ Vgl. dazu unten Frage 3.

³⁰ § 36 Abs. 2 Z 12 DSG:

„[...] (2) Im Sinne dieses Hauptstücks bezeichnet der Ausdruck: [...]

12. „genetische Daten“ personenbezogene Daten zu den ererbten oder erworbenen genetischen Eigenschaften einer natürlichen Person, die eindeutige Informationen über die Physiologie oder die Gesundheit dieser natürlichen Person liefern und insbesondere aus der Analyse einer biologischen Probe der betreffenden natürlichen Person gewonnen wurden; [...]“

erforderlich ist, darf eine solche erkennungsdienstliche Behandlung auch bei Menschen im Sinne des § 65 Abs. 2³¹ erfolgen. [...]“

Diese Bestimmung knüpft an § 65 SPG an, der grundsätzlich die erkennungsdienstliche Behandlung von Tatverdächtigen (Abs. 1) und sogenannten Gelegenheitspersonen (Abs. 2) regelt. Aufgrund der besonderen Sensibilität von DNA-Untersuchungen ist der Kreis der Tatverdächtigen in § 67 Abs. 1 SPG gegenüber anderen erkennungsdienstlichen Behandlungen enger gefasst und bezieht sich nur auf vorsätzliche Straftaten mit einer Freiheitsstrafdrohung von mindestens einem Jahr und Sexualdelikte.³² Abs. 1a dieser Bestimmung erlaubt darüber hinaus die Ermittlung der DNA in Bezug auf Abgänger (Vermisste) und Leichen.

Abs. 2 und 3 des § 67 SPG beschränken die Untersuchung auf erkennungsdienstliche Zwecke und sehen entsprechende Sicherheitsvorkehrungen gegen eine Umgehung dieser Beschränkung vor:

„(2) Genetische Daten, die durch erkennungsdienstliche Massnahmen ermittelt wurden, dürfen ausschliesslich für Zwecke des Erkennungsdienstes ausgewertet werden. Die molekulargenetische Untersuchung hat durch einen Auftragsverarbeiter zu erfolgen, dem zwar das gesamte Untersuchungsmaterial auszufolgen, nicht aber erkennungsdienstliche Identitätsdaten des Betroffenen zu übermitteln sind.

„(3) Die Sicherheitsbehörden haben vertraglich dafür vorzusorgen, dass der Auftragsverarbeiter nur jene Bereiche in der DNA untersucht, die der Wiedererkennung dienen, sowie dafür, dass er das Untersuchungsmaterial vernichtet, wenn die Sicherheitsbehörde zur Löschung der erkennungsdienstlichen Daten verpflichtet ist.“ (Abs. 3).

Es dürfen also nur die der Wiedererkennung dienenden Bereiche der DNA untersucht werden, was eine Analyse persönlicher Eigenschaften und Merkmale eindeutig ausschliesst.

Auch für den Bereich des SPG gilt das bereits zur strafprozessualen Parallelregelung Ausgeführte, dass nur die nicht-codierenden Abschnitte der DNA analysiert werden dürfen.³³ So heisst es in den erläuternden Bemerkungen (Botschaft) zur Regierungsvorlage zur SPG-Novelle 1999:³⁴ *„Untersuchungsgegenstand sind [bei der DNA-Analyse] ausschliesslich die nicht codierten (informationslosen) Bereiche der menschlichen DNA. Diese lassen keine Rückschlüsse auf die Persönlichkeit jener Menschen (zB körperliche Eigenschaften oder denkbare Verhaltensweisen), deren DNA untersucht wird, zu. Mit der Untersuchung sollen nur wissenschaftliche Einrichtungen, die auf dem Gebiet der Humangenetik tätig sind, auf Grund eines Vertrages betraut werden, in dem ausdrücklich vorgesehen wird, dass ausschliesslich die nicht codierten Bereiche der menschlichen DNA untersucht werden dürfen.“*

Zu beachten ist allerdings der im Mai 2018³⁵ erneuerte § 51 SPG. Im Rahmen der damaligen Novelle des SPG sowie der Anpassung verschiedener Vorschriften an die Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung³⁶ wurde die genannte Vorschrift datenschutzrechtlich ausgebaut. Absatz 1 der

³¹ Gelegenheitspersonen; s. dazu unten Frage 3 (Speicherung nach dem SPG).

³² Vgl. näher unten zu Frage 3.

³³ *Birklbauer in Fuchs/Ratz, WK StPO § 124 Rz. 24 f.*

³⁴ ErIRV 1479 BlgNR XX. GP 19.

³⁵ BGBl. I Nr. 29/2018 vom 16.05.2018, verfügbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/i/2018/29> (29.06.2020).

³⁶ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A32016R0679> (29.06.2020).

Norm steht dem Teil 4 über das Verarbeiten von Daten im Rahmen der Sicherheitspolizei voran, welcher auch die zuvor genannten §§ 67 und 65 SPG umfasst, und besagt nunmehr Folgendes: „Die Sicherheitsbehörden haben beim Verarbeiten (§ 36 Abs. 2 Z 2 DSG) personenbezogener Daten die Verhältnismäßigkeit (§ 29) zu beachten. Die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten gemäß § 39 DSG ist zulässig, soweit dies zur Erfüllung der Aufgaben im Rahmen der Sicherheitspolizei unbedingt erforderlich ist; dabei sind angemessene Vorkehrungen zur Wahrung der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen zu treffen. [...]“³⁷ Die dort genannten besonderen Kategorien personenbezogener Daten sind in § 39 DSG legaldefiniert und umfassen unter anderem genetische Daten und biometrische Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person.³⁸

Der neue § 51 SPG gestattet es nun also, genetische Daten und andere besondere Kategorien personenbezogener Daten unter Wahrung der Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Person zu verarbeiten, soweit dies unbedingt erforderlich ist, um die Aufgaben im Rahmen der Sicherheitspolizei zu erfüllen. Der Begriff des Verarbeitens umfasst seit den 2018 vorgenommenen Änderungen des Gesetzes alle Schritte, die zuvor in Ermitteln, (Weiter-)Verarbeiten, Verwenden und Übermitteln aufgeteilt wurden.³⁹ Eine detailliertere Legaldefinition findet sich ausserdem im DSG.⁴⁰ Mithin darf die Sicherheitspolizei immer dann, wenn sie grundsätzlich Daten für das Erfüllen der jeweiligen Aufgabe verarbeiten darf, auch genetische Daten und andere besondere Kategorien personenbezogener Daten verarbeiten.⁴¹

2. Durchführung von sog. Verwandtenrecherchen (familial search)

In Österreich findet sich keine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung zur Regelung einer Durchführung von „Verwandtenrecherchen“. Darunter versteht man den Abgleich einer Spur mit in der DNA-Datenbank gespeicherten Profilen zwecks Identifikation nicht (nur) unmittelbar eines Täters, sondern auch potentieller Verwandter dieses Täters. Dabei müssen die Profile der Verwandten in der Datenbank gespeichert sein und somit eine Eingrenzung des Täterumfeldes erlauben können, was

³⁷ § 51 Abs. 1 SPG.

³⁸ § 39 DSG:

„Die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische oder ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person für die in § 36 Abs. 1 genannten Zwecke ist nur zulässig, wenn die Verarbeitung unbedingt erforderlich ist und wirksame Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen getroffen werden und

1. die Verarbeitung gemäß § 38 zulässig ist oder
2. sie sich auf Daten bezieht, die die betroffene Person offensichtlich selbst öffentlich gemacht hat.“

³⁹ R. Keplinger & L. Pühringer, Sicherheitspolizeigesetz, 18. Aufl., Linz 2020, § 51 Z 4.

⁴⁰ § 36 Abs. 2 Z 2 DSG:

«[...]»

(2) Im Sinne dieses Hauptstücks bezeichnet der Ausdruck:

[...]

„Verarbeitung“ jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung; [...]“

⁴¹ R. Keplinger & L. Pühringer, Sicherheitspolizeigesetz, 18. Aufl., Linz 2020, § 51 Z 7.

letztlich zum Täter selbst (dessen DNA-Profil noch nicht in der Datenbank gespeichert ist) führen könnte.

Aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Regelung folgt, dass diese Thematik nach den allgemeinen Bestimmungen, insbesondere den unter Frage 1 dargestellten, zu beurteilen ist. Zu beachten ist zunächst, dass auch aus dem Titel einer „Verwandtenrecherche“ die Beschränkungen der in den §§ 117 Z 5 und 124 StPO sowie 67 SPG enthaltenen Bestimmungen nicht umgangen werden dürfen und vor allem keine Ausdehnung der Analyse auf codierende Abschnitte der DNA zulässig ist. Da aber Informationen bezüglich der Abstammung und Verwandtschaft einer Person in den nicht-codierenden Bereichen enthalten sind, können diese grundsätzlich im Rahmen der genannten Bestimmungen für eine Suche nach Verwandten des Täters herangezogen werden. Gemäss § 124 Abs. 1 StPO zählt die Feststellung der Abstammung einer Person ausdrücklich zum Untersuchungszweck einer molekulargenetischen Untersuchung für Zwecke der Strafverfolgung.

Ergebnisse, die auf strafprozessualer Grundlage gewonnen werden, dürfen nach § 124 Abs. 1 StPO mit solchen, die nach dem SPG rechtmässig ermittelt wurden – und die daher in der Datenbank nach den §§ 67 und 75 SPG vorhanden sind –, abgeglichen werden.⁴² Da für die Durchführung dieses Abgleichs keine weiteren Beschränkungen vorgesehen sind, spricht grundsätzlich nichts dagegen, in der Datenbank nicht nur nach direkten (völligen) Übereinstimmungen zu suchen, sondern auch nach Treffern, die anhand ähnlicher Profile auf eine Verwandtschaft mit dem direkten Spurenverursacher hindeuten und somit zu diesem – dem präsumtiven Täter – führen können.

Allerdings müssten dann im Fall mehrerer in Frage kommender Verwandter des in der Datenbank gespeicherten Profils alle deren DNA-Profile ermittelt werden, was nur unter den Voraussetzungen des § 123 Abs. 2 StPO zulässig ist. Dieser erweitert die in § 123 Abs. 1 Z 1 vorgesehene Möglichkeit zur Durchführung einer körperlichen Untersuchung⁴³ (die hier für die Entnahme der DNA-Probe eines Verwandten des „Datenbank-Treffers“ notwendig wäre), für welche grundsätzlich auf Grund bestimmter Tatsachen angenommen werden können muss, dass eine – bestimmte – Person aufklärungsrelevante Spuren hinterlassen hat. Zudem muss sie *„einem durch bestimmte Merkmale individualisierbaren Personenkreis angehören [und es muss] auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen [sein], dass sich der Täter in diesem Personenkreis befindet und die Aufklärung einer mit mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedrohten Straftat oder eines Verbrechens nach dem 10. Abschnitt des Strafgesetzbuches⁴⁴ andernfalls wesentlich erschwert wäre.“* Eine solche sogenannte „Reihenuntersuchung“⁴⁵ (auch „Massentest“ genannt) ist also nur zur Aufklärung von schwereren Straftaten (über fünf Jahre Strafdrohung bzw. über drei Jahre bei Sexualdelikten) zulässig. Diesfalls dürfte wohl ein „Ähnlichkeitstreffer“ in der DNA-Datenbank genügen, um den zu untersuchenden Personenkreis – d. h. die Verwandten des betreffenden Profilinhabers – zu individualisieren.⁴⁶ Bei geringfügigeren Delikten bleibt es bei der Voraussetzung eines konkreten Verdachts gegen eine

⁴² ErlRV 25 BlgNR XXII. GP 174; in der StPO ist keine eigene DNA-Datenbank vorgesehen, sodass es nur ein Datenbanksystem (nach dem SPG) gibt, das von Sicherheits- und Kriminalpolizei nach den jeweiligen Vorschriften genutzt werden kann (vgl. *Birkbauer in Fuchs/Ratz, WK StPO § 124 Rz. 4*).

⁴³ Eine körperliche Untersuchung ist gemäss § 117 Z 4 StPO die „Durchsuchung von Körperöffnungen, die Abnahme einer Blutprobe und jeder andere Eingriff in die körperliche Integrität von Personen“.

⁴⁴ Das sind Sexualdelikte mit einer mehr als dreijährigen Freiheitsstrafdrohung.

⁴⁵ Vgl. eingehend zB *Weiland, DNA-Analyse, 74 ff.* Derartige Massentests sind in Österreich in der Praxis bisher nicht üblich; in dem hier skizzierten Fall einer engen Eingrenzbarkeit auf die Mitglieder einer Familie wäre der Personenkreis aber jedenfalls ausreichend klar bestimmt.

⁴⁶ Denkbar wäre es auch, dass im Zuge einer (auf andere Tatsachen wie etwa die Einwohnerschaft eines bestimmten Gebiets gestützten) Reihenuntersuchung eine DNA-Ähnlichkeit festgestellt wird, aufgrund derer dann eine weitere Reihenuntersuchung unter den Verwandten dieser Person durchgeführt werden könnte.

bestimmte Person für die Anordnung einer körperlichen Untersuchung zwecks Entnahme einer DNA-Probe.

Formal ist für die Durchführung von DNA-Untersuchungen nach dem SPG keine besondere Genehmigung vorgesehen.⁴⁷ Für den strafprozessualen Bereich muss die molekulargenetische Untersuchung gemäss § 124 Abs. 2 StPO von der Staatsanwaltschaft mit gerichtlicher Bewilligung angeordnet werden.⁴⁸ Biologische Tatortspuren kann die Kriminalpolizei allerdings auch von sich aus ohne Anordnung untersuchen. Für den blossen Abgleich eines bereits vorhandenen Profils ist keine Anordnung oder Bewilligung erforderlich; dies kann die Kriminalpolizei autonom durchführen.⁴⁹ Besondere Genehmigungserfordernisse für die Suche nach Verwandten bestehen dabei nicht.

Im Ergebnis ist eine Recherche nach Verwandten eines Spurenträgers in der DNA-Datenbank mangels eines Verbots im Rahmen der oben dargestellten gesetzlichen Bedingungen und unter Bedachtnahme auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz (wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Grundrechte auf Datenschutz und Privatleben) zulässig, sofern die Analyse auf die nicht-codierenden Bereiche der DNA beschränkt bleibt. Praktisch scheint diese Recherchemöglichkeit allerdings (bisher) kaum Bedeutung erlangt zu haben.⁵⁰

3. Aufbewahrungsdauer / Löschfristen für DNA-Profile

3.1 Speicherung und Löschung von DNA-Profilen nach der StPO

In strafprozessualer Hinsicht normiert § 124 Abs. 4 StPO für Fälle, in denen sich ein Tatverdacht nicht bestätigt, eine Verpflichtung zur Löschung personenbezogener DNA-Daten und der entsprechenden Untersuchungsergebnisse bei Nichtübereinstimmung mit den relevanten Spuren: *„Untersuchungsmaterial, das einer bestimmten Person zugehört oder zugehören dürfte, und die Ergebnisse der Untersuchung dürfen nur so lange verwendet und verarbeitet werden, als die Zuordnung zur Spur oder die Feststellung der Identität oder der Abstammung nicht ausgeschlossen ist; danach sind sie zu vernichten. ...“* Allerdings bleiben sicherheitspolizeiliche Vorschriften von dieser Vernichtungspflicht ausdrücklich unberührt, weshalb die Daten bei Erfüllung der Voraussetzungen des SPG (insbes. §§ 67, 73 und 75; s. dazu unten) weiterhin gespeichert und verarbeitet werden dürfen; dazu sind die in einem Strafverfahren gewonnenen DNA-Daten gemäss § 124 Abs. 5 StPO den Sicherheitsbehörden auf deren Verlangen bei Erfüllung dieser Voraussetzungen zu übermitteln. Der strafprozessualen Löschungspflicht kommt daher keine grosse praktische Bedeutung zu.⁵¹

Wenn die Zuordnung eines DNA-Profiles zur Spur eines Täters nicht ausgeschlossen ist bzw. sich der Verdacht (allenfalls vorläufig) bestätigt hat, ist für die weitere Speicherung des Profils die Bestimmung des § 75 Abs. 4 StPO massgebend:

„Personenbezogene Daten, die ausschliesslich auf Grund einer Identitätsfeststellung (§ 118), einer körperlichen Untersuchung (§ 123) oder einer molekulargenetischen Analyse (§ 124) gewonnen

⁴⁷ Weiland, DNA-Analyse, 136.

⁴⁸ Zur Gewinnung von Spurenmaterial kann die Kriminalpolizei Mundhöhlenabstriche von sich aus vornehmen (§ 123 Abs. 3 S 3 StPO); für die Untersuchung ist dann eine Anordnung der Staatsanwaltschaft mit gerichtlicher Bewilligung erforderlich (ausgenommen Tatortspuren).

⁴⁹ Vgl. Birkbauer in Fuchs/Ratz, WK StPO § 124 Rz. 22.

⁵⁰ Vgl. Zehethofer, DNA Profiling in der Abstammungsbegutachtung Rückblick - Status Quo - Ausblick, RZ 12/2007, 272 (277).

⁵¹ Vgl. Birkbauer in Fuchs/Ratz, WK StPO § 124 Rz. 29; ErlRV 25 BlgNR XXII. GP 174.

wurden, dürfen nur solange verwendet werden, als wegen der Art der Ausführung der Tat, der Persönlichkeit der betroffenen Person oder auf Grund anderer Umstände zu befürchten ist, dass diese Person eine strafbare Handlung mit nicht bloss leichten Folgen begehen werde. Wird der Angeklagte rechtskräftig freigesprochen oder das Ermittlungsverfahren ohne Vorbehalt späterer Verfolgung eingestellt, so sind diese personenbezogenen Daten zu löschen. Die §§ 73 und 74 SPG bleiben hievon unberührt.“

Das DNA-Profil ist also bei Einstellung des Verfahrens oder Freispruch jedenfalls zu löschen, es sei denn, eine weitere Speicherung ist nach sicherheitspolizeilichen Vorschriften zulässig (vgl. dazu sogleich unten). Umgekehrt stellt aber eine rechtskräftige Verurteilung für sich allein noch keinen Grund für eine weitere Speicherung des DNA-Profiles dar;⁵² dafür ist als zusätzliche Voraussetzung die weitere Gefährlichkeit des Täters erforderlich, also die auf konkreten Umständen beruhende Prognose, er werde weitere (nicht bloss geringfügige) Straftaten begehen. Da die Voraussetzungen für eine sicherheitspolizeiliche Speicherung ähnlich sind,⁵³ kann festgehalten werden, dass DNA-Profile von Straftätern, bei denen kein Rückfall bzw. keine weitere Gefährlichkeit zu erwarten ist, auch bei erfolgter Verurteilung gelöscht werden müssen.

Darüber hinaus gilt die allgemeine Regelung des § 75 Abs. 2 und 3 StPO, wonach sämtliche Daten nach 60 Jahren ab erfolgtem Vollzug der Strafe (bzw. ab Verurteilung, wenn keine Strafe vollzogen wird) zu löschen sind. Diese Zeitspanne kann bei einer Verurteilung für den (praktisch unwahrscheinlichen) Fall als Höchstfrist für die strafprozessuale Speicherung betrachtet werden, dass der Täter nach seiner Freilassung für eine derart lange Dauer immer noch als gefährlich gilt.

3.2 Speicherung von DNA-Profilen nach dem SPG

Für den sicherheitspolizeilichen Bereich ist die Verarbeitung bzw. Speicherung von DNA-Profilen in der österreichischen DNA-Datenbank in § 75 SPG („Zentrale erkennungsdienstliche Evidenz“) geregelt. § 75 Abs. 2 SPG enthält eine Ermächtigung für die Sicherheitsbehörden, die von ihnen in der Zentralen erkennungsdienstlichen Evidenz gespeicherten Daten zu benützen und zu vergleichen und sie unter anderem für Zwecke der Strafrechtspflege abzufragen und zu übermitteln. Die Österreichische Nationale DNA-Datenbank ist die drittälteste derartige Datenbank Europas und eine der grössten der Welt.⁵⁴

Diese Evidenz dient allgemein zur Speicherung erkennungsdienstlicher Daten, in Bezug auf DNA-Daten sind kraft des Verweises in § 75 Abs. 1 SPG auf § 67 Abs. 1 erster Satz insbesondere Profile von Verdächtigen einer Vorsatzstraftat mit der dort definierten Schwere erfasst, sofern Wiederholungsgefahr besteht. Die Verarbeitung und Speicherung von DNA-Profilen ist also zulässig, wenn erstens der Betroffene entweder irgendeines Sexualdelikts oder einer sonstigen Vorsatzstraftat mit einer Freiheitsstrafandrohung von mindestens einem Jahr verdächtigt wird und zweitens wegen der Art oder Ausführung der Tat oder der Persönlichkeit des Betroffenen zu befürchten ist, er werde (weitere) gefährliche Angriffe (d. h. im Wesentlichen Vorsatzstraftaten) begehen und dabei Spuren hinterlassen, die seine Wiedererkennung auf Grund der ermittelten genetischen Information ermöglichen würden.⁵⁵ Der „gefährliche Angriff“ als zentraler sicherheitspolizeilicher Anknüpfungstatbestand ist in § 16 Abs.

⁵² Vgl. K. Bugelnig, in Fuchs/Ratz, Wiener Kommentar StPO, Wien 2020, § 75, Z 13.

⁵³ Vgl. insbes. § 73 Abs. 1 Z 4 SPG: weitere Speicherung zulässig, wenn „auf Grund konkreter Umstände zu befürchten ist, der Betroffene werde gefährliche Angriffe begehen“; näher dazu sogleich unten.

⁵⁴ Weiland, DNA-Analyse, 79; zur praktischen Vorgehensweise s. Webseite *Österreichisches DNA-Zentrallabor*, <https://gerichtsmedizin.at/dnazentrallabor/> (zuletzt abgerufen am 02.06.2020).

⁵⁵ Vgl. auch oben die Wiedergabe des § 67 Abs. 1 SPG zu Frage 1; zur Notwendigkeit einer konkreten Gefährlichkeitsprognose vgl. aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zB VwGH 18.2.2003, 2001/01/0098; VwGH 7.10.2003, 2003/01/0191.

2 und 3 SPG definiert: er besteht in der „*Bedrohung eines Rechtsgutes durch die rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes einer gerichtlich strafbaren Handlung, die vorsätzlich begangen und nicht bloss auf Verlangen eines Verletzten verfolgt wird*“, sofern es sich um einen der in § 16 Abs. 2 SPG aufgezählten Straftatbestände handelt (das sind im Wesentlichen fast alle Delikte des Strafgesetzbuchs und der wichtigsten strafrechtlichen Nebengesetze), oder in einem „*Verhalten, das darauf abzielt und geeignet ist, eine solche Bedrohung ... vorzubereiten, sofern dieses Verhalten in engem zeitlichen Zusammenhang mit der angestrebten Tatbestandsverwirklichung gesetzt wird*“ (Vorbereitungshandlung).

Bis zum Jahr 2014 genügte als Anlasstat für eine DNA-Ermittlung nach § 67 Abs. 1 SPG (und somit auch für die nachfolgende Speicherung nach § 75 SPG) irgendein „gefährlicher Angriff“ (also im Wesentlichen eine vorsätzliche gerichtlich strafbare Handlung oder eine entsprechende unmittelbare Vorbereitungshandlung, verbunden mit der konkreten Gefahr weiterer spurenverursachender Angriffe) ohne die Voraussetzung einer bestimmten Schwere der Tat oder eines bestimmten Deliktstypus, d. h. beispielsweise bereits ein einfacher Diebstahl konnte für eine Speicherung des DNA-Profiles des Täters (durchaus für lange Zeit, s. unten) ausreichen. Diese Ermächtigung wurde jedoch vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben, weil sie keine hinreichende Differenzierung nach den unterschiedlichen Deliktstypen enthielt und somit neben mangelnder inhaltlicher Bestimmtheit ihrer Kriterien unverhältnismässige Grundrechtseingriffe bei minderschweren Delikten bewirkte.⁵⁶ Daraufhin schränkte der Gesetzgeber die Voraussetzungen für die sicherheitspolizeiliche DNA-Ermittlung auf die oben dargestellten Vorsatzdelikte (Sexualdelikte bzw. mindestens ein Jahr Strafdrohung bei sonstigen Delikten) ein.

Neben Tatverdächtigen bzw. Gefährdern im Sinne des § 67 Abs. 1 1. Satz SPG zählt das Gesetz noch weitere Personenkreise auf, deren DNA-Profile für sicherheitspolizeiliche Zwecke ermittelt bzw. gespeichert werden dürfen:

§ 67 Abs. 1 2. Satz erlaubt eine erkennungsdienstliche Behandlung in Form der DNA-Ermittlung auch bei Menschen im Sinne des § 65 Abs. 2 SPG, soweit dies zur Auswertung vorhandener DNA-Spuren erforderlich ist. Es handelt sich dabei um Personen, die „*nicht im Verdacht stehen, diese Handlung begangen zu haben, aber Gelegenheit hatten, Spuren zu hinterlassen, soweit dies zur Auswertung vorhandener Spuren notwendig ist*“ (sogenannte Gelegenheitspersonen). Dadurch können die Spuren dieser Personen zu Ermittlungszwecken von den Spuren verdächtiger Personen abgesondert werden.⁵⁷ Diese Profile sind allerdings zu löschen, sobald sie ihre Funktion für den Anlassfall erfüllt haben (§ 73 Abs. 1 Z 5 SPG), d. h. eine längerfristige Speicherung ist nicht zulässig. Eine eigene Evidenz ist in § 70 SPG zwecks Vermeidung von Spurenverwechslungen für derartige Spurenverursacher vorgesehen, die Organe der Sicherheitsbehörden (Polizeibedienstete) sind und „*durch ihre berufliche Tätigkeit regelmässig Gelegenheit haben, im Zusammenhang mit der Klärung der Umstände einer mit gerichtlicher Strafe bedrohten vorsätzlichen Handlung solche Spuren zu hinterlassen. Eine Verwendung dieser Daten zu anderen Zwecken als jenen der Ermittlung ist unzulässig*“. Diese Profile dürfen so lange gespeichert werden, als die betreffenden Personen diese berufliche Tätigkeit regelmässig ausüben (§ 73 Abs. 1 Z 5 SPG).

Schliesslich sind nach § 67 Abs. 1a SPG DNA-Untersuchungen in Bezug auf Abgängige (Vermisste) und Leichen möglich (s. näher §§ 65a und 66 SPG).

⁵⁶ VfGH 12.3.2013, G 76/12.

⁵⁷ Vgl. zB Weiland, DNA-Analyse, 119.

Im Rahmen der internationalen Polizeikooperation ist auch ein grenzüberschreitender Austausch von Informationen über DNA-Profile möglich, hierzu sei insbesondere auf die Interpol DNA-Datenbank,⁵⁸ den Prümer Vertrag⁵⁹ und nunmehr das EU-Polizeikooperationsgesetz⁶⁰ verwiesen. Dabei geht aus § 21 des EU-Polizeikooperationsgesetzes hervor, dass sich die DNA-Analysedatei aus denjenigen von den Sicherheitsbehörden gemäss § 75 Sicherheitspolizeigesetz verarbeiteten Daten zusammensetzt, die Personenprofile und offene Spuren enthalten. Personenprofile definiert das Gesetz als DNA-Profile bestimmter Menschen und offene Spuren als DNA-Profile unbekannter Personen.⁶¹ Demnach dürfen DNA-Profile nur in Form von Buchstaben- oder Zahlencodes gespeichert werden, welche Identifikationsmerkmale des nicht codierten Teils einer analysierten menschlichen Molekularstruktur an verschiedenen Stellen abbilden. Im nicht codierten Teil der DNA dürfen keine genetischen Informationen über funktionale Eigenschaften der Person enthalten sein. Zudem dürfen DNA-Profile keine Daten enthalten, mit denen eine Person unmittelbar identifiziert werden kann.⁶² Dies scheint sich jedoch lediglich auf die DNA-Daten selbst zu beziehen: Der Oberste Gerichtshof hat in einer Entscheidung von 2015 den Einwand als irrelevant abgelehnt, dem gerichtsmedizinischen Sachverständigen sei das zu untersuchende Material unter ausdrücklicher Nennung der betroffenen Person zur Verfügung gestellt worden.⁶³

3.3. Löschen von DNA-Profilen nach dem SPG

Für den sicherheitspolizeilichen Bereich – und damit für die DNA-Datenbank nach § 75 SPG relevant – regelt § 73 SPG die Verpflichtung zum Löschen von erkennungsdienstlichen Daten, zu denen auch DNA-Profile zählen. Abs. 1 dieser Bestimmung lautet:

„Erkennungsdienstliche Daten, die gemäss § 65 oder § 67 ermittelt wurden, sind von Amts wegen zu löschen,

1. *wenn der Betroffene das 80. Lebensjahr vollendet hat und seit der letzten erkennungsdienstlichen Behandlung fünf Jahre verstrichen sind;*
2. *wenn die Daten von einer gemäss § 65 Abs. 1 vorgenommenen erkennungsdienstlichen Behandlung eines Strafunmündigen stammen und seither drei Jahre verstrichen sind, ohne dass es neuerlich zu einer erkennungsdienstlichen Behandlung gekommen wäre;⁶⁴*
3. *wenn seit dem Tod des Betroffenen fünf Jahre verstrichen sind;*

⁵⁸ Vgl. *Weiland*, DNA-Analyse, 83.

⁵⁹ BGBl. III Nr. 159/2006; s. dazu näher *Weiland*, DNA-Analyse, 83 ff.

⁶⁰ BGBl. I Nr. 132/2009, s. insbes. die §§ 20-22.

⁶¹ § 21 Abs. 1 EU-Polizeikooperationsgesetz (EU-PolKG).

⁶² § 21 Abs. 2 EU-Polizeikooperationsgesetz (EU-PolKG).

⁶³ Oberster Gerichtshof (OGH), Entscheidung vom 30.06.2015 – 11 Os 64/15v, verfügbar unter https://ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?ResultFunctionToken=49c0f542-68f9-47ea-8157-0c14407c1b72&Position=1&SkipToDocumentPage=True&Abfrage=Justiz&Gericht=OGH&Rechtssatznummer=&Rechtssatz=&Fundstelle=&AenderungenSeit=Undefined&SucheNachRechtssatz=True&SucheNachText=True&GZ=&VonDatum=30.06.2015&BisDatum=30.06.2015&Norm=&ImRisSeitVonDatum=&ImRisSeitBisDatum=&ImRisSeit=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=&Dokumentnummer=JJT_20150630_OGH0002_01100S00064_15V0000_000 (26.06.2020).

⁶⁴ Diese Regelung gilt nicht für DNA-Profile, da diese nach § 67 SPG ermittelt werden und sich der Verweis hier nur auf die für andere erkennungsdienstliche Massnahmen relevante Bestimmung des § 65 bezieht. Für Strafunmündige (Personen unter 14 Jahren) kommt daher bezüglich der Löschung ihrer DNA-Daten die allgemeine Regelung des § 73 Abs. 1 Z 4 SPG zum Tragen; die Strafunmündigkeit hindert grundsätzlich nicht die Speicherung des DNA-Profiles, weil das Gesetz auf die (abstrakte) Rechtswidrigkeit der Tat und die Gefährlichkeit des Täters abstellt, nicht aber auf persönliche Umstände wie das Verschulden oder die Strafmündigkeit des Täters (vgl. zB VwGH 16.6.1999, 96/01/0859).

4. *wenn gegen den Betroffenen kein Verdacht mehr besteht, die mit gerichtlicher Strafe bedrohte vorsätzliche Handlung begangen zu haben, es sei denn, weiteres Verarbeiten wäre deshalb erforderlich, weil auf Grund konkreter Umstände zu befürchten ist, der Betroffene werde gefährliche Angriffe begehen;*
5. *im Fall des § 65 Abs. 2, sobald sie ihre Funktion für den Anlassfall erfüllt haben, im Falle einer Verarbeitung der Daten in der Spurenausscheidungsevidenz nach § 70, sobald das Organ der Sicherheitsbehörde die berufliche Tätigkeit nicht mehr regelmässig ausübt;⁶⁵*
6. *im Fall des § 65 Abs. 3, sobald sie ihre Funktion für den Anlassfall erfüllt haben⁶⁶.*

Diese Löschungspflichten bestehen nicht spezifisch für DNA-bezogene Daten, sondern beziehen sich auf das gesamte Spektrum erkennungsdienstlicher Daten. DNA-Profile sind aber jedenfalls aufgrund des Verweises auf § 67 SPG erfasst.

§ 73 SPG enthält also ein insbesondere nach dem Zweck der Speicherung differenziertes Löschesystem mit unterschiedlichen Aufbewahrungsfristen. Eine zeitliche Befristung der Aufbewahrung besteht für ältere Personen ab 80 Jahren – für diesen Personenkreis müssen die Daten fünf Jahre nach der letzten erkennungsdienstlichen Behandlung (s. dazu insbes. die Definition in § 64 Abs. 2 SPG und die Voraussetzungen in § 65 Abs. 1 und 2 SPG) gelöscht werden – sowie bei Verstorbenen für die Dauer von fünf Jahren nach ihrem Tod. Die für die vorliegende Untersuchung zentrale Regelung in Bezug auf Tatverdächtige findet sich in Ziffer 4: Grundsätzlich ist die Speicherung von DNA-Profilen von Personen, die eines gerichtlich strafbaren Vorsatzdelikts verdächtig sind, nur bis zur Klärung des Tatverdachts zulässig; erhärtet sich dieser nicht, so sind die Daten zu löschen. Von diesem Grundsatz macht das Gesetz jedoch eine bedeutende Ausnahme für den Fall, dass konkrete Umstände dafür sprechen, der (ehemals) Verdächtige werde gefährliche Angriffe (im Wesentlichen vorsätzliche gerichtlich strafbare Handlungen und deren unmittelbare Vorbereitung;⁶⁷ s. dazu näher im vorhergehenden Abschnitt über die Speicherung nach dem SPG) begehen.

Für Minderjährige bestehen an sich keine besonderen Bestimmungen hinsichtlich der Speicherung bzw. Löschung ihrer DNA-Profile; eine Strafunmündigkeit (Alter von weniger als 14 Jahren) stellt ebenso wie mangelndes Verschulden (zB Zurechnungsunfähigkeit) kein Hindernis für die Ermittlung und Speicherung der DNA dar, da diese nur die blosser Begehung einer strafbaren Handlung und die Gefährlichkeit des Täters voraussetzt (was bei Unmündigen der Fall sein kann).⁶⁸

Die DNA-Profile sind bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen von Amts wegen zu löschen, ein diesbezüglicher Antrag ist nicht erforderlich.⁶⁹

Da die Aufbewahrungsdauer grossteils von der Gefährlichkeitsprognose des Verdächtigen bzw. Straftäters abhängt und somit ohnehin flexibel ausgestaltet ist, besteht kein Bedarf an einer Verlängerungsmöglichkeit im Einzelfall durch die zuständige Behörde.

⁶⁵ S. dazu oben im vorhergehenden Abschnitt über die Speicherung nach dem SPG.

⁶⁶ Für DNA-Profile nicht relevant.

⁶⁷ So auch Bundesverwaltungsgericht (BVwG), Entscheidung vom 03.07.2018 – W258 2192861-1 und D. Jahnel, Anmerkung zu BVwG: Rechtmässigkeit der Speicherung von DNA-Daten; anwendbares Recht, in *Datenschutz & E-Government Judikatur (jusIT) 2019*, S. 38, 38.

⁶⁸ Vgl. auch FN 33.

⁶⁹ Der Verfassungsgerichtshof hat die frühere Bestimmung des § 74 Abs. 1 und 2 SPG über das Löschen erkennungsdienstlicher Daten auf Antrag des Betroffenen aufgehoben, weil dadurch bei verurteilten Straftätern praktisch eine unbefristete Speicherung möglich war (VfGH 12.3.2013, G 76/12).

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass DNA-Profile nach der StPO bei Nichtbestätigung eines Verdachts, spätestens aber bei Freispruch oder Einstellung des Strafverfahrens gelöscht werden müssen. Im Fall einer Verurteilung dürfen die Daten (bis zur Höchstgrenze von 60 Jahren nach Vollzug der Strafe) nur so lange gespeichert werden, als aufgrund bestimmter Umstände (insbesondere Art der Ausführung der Tat oder Persönlichkeit des Täters) zu befürchten ist, dass der Täter eine (weitere) Straftat mit nicht bloss leichten Folgen begehen werde. Eine längerfristige Speicherung kann nach den Vorschriften des SPG (unabhängig von einer strafrechtlichen Verurteilung) in der auf der Grundlage dieser Vorschriften eingerichteten DNA-Datenbank vor allem bei Gefährlichkeit der betroffenen Person zulässig sein. Im Fall von (verdächtigen bzw. verurteilten) Gefährdern ist die Speicherung solange zulässig, als auf Grund konkreter Umstände zu befürchten ist, der Betroffene werde (weitere) gefährliche Angriffe (d. h. im Wesentlichen Vorsatzstraftaten) begehen (höchstens bis zum Tod des Betroffenen oder bis zur Vollendung seines 80 Lebensjahrs, ausser bei erkennungsdienstlicher Behandlung in den letzten fünf Jahren).

B. BELGIUM

1. Analyse des caractéristiques personnelles du profil ADN

En matière de test ADN dans le contexte d'une procédure pénale, il convient de citer **la Loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale** (ci-après : Loi de 1999), **la Loi du 7 novembre 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la Loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale** (ci-après : Loi de 2011), et **l'arrêté royal du 17 juillet 2013** portant exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 7 novembre 2011 modifiant le Code d'instruction criminelle et la Loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale⁷⁰. Une Circulaire du Collège des procureurs généraux fournit une vue d'ensemble du cadre légal qui résulte de ces différentes lois, ainsi que de ses implications concrètes en terme de procédure⁷¹.

Le droit belge ne contient **pas de disposition spécifique** relative aux expertises génétiques aux fins de déterminer **les caractéristiques personnelles** d'individus dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Cependant, plusieurs dispositions insérées dans le Code d'instruction criminelle (ci-après : C. instr. crim.) tour à tour par les Lois de 1999⁷² et de 2011⁷³ **traitent, de manière générale, du recours à l'analyse ADN dans le cadre d'une procédure judiciaire** en cours.

Dans un premier temps, l'article 44ter C. instr. crim.⁷⁴ propose une liste de **définitions** des notions pertinentes utilisées en matière de prélèvement ADN. Ainsi, le **profil ADN** est défini comme étant un « code alphanumérique, spécifique à chaque individu et établi exclusivement à partir de séquences non codantes⁷⁵ du patrimoine génétique »⁷⁶. L'**échantillon de référence** correspond aux « bulbes pileux, cellules buccales ou de sang, prélevés sur une personne afin d'établir son profil ADN »⁷⁷. Enfin, la **comparaison de profils ADN** s'entend comme étant « la comparaison de profils génétiques de traces découvertes avec les profils génétiques d'échantillons de référence, ou la comparaison de ces profils entre eux »⁷⁸.

⁷⁰ Pour une description générale du cadre légal, voir notamment : BAILLEUX, A., "Grootschalig DNA-onderzoek: heiligt de efficiënte strafprocedure de opoffering van grondrechten van het individu?", N.C. 2013, liv. 4, 269-285; STAPPERS, C., VANHOODONCK, B., VANVOOREN, V., DUBBOCAGE, L., RENARD, B., "De Belgische DNA-gegevensbanken: beantwoordt de nieuwe DNA-wet aan de verwachtingen van de beheerder?", Panopticon 2017, liv. 6, 416-432 ; LERICHE, A., VANDERMEERSCH, D., « L'expertise ADN: de nouvelles perspectives à la suite de la loi du 7 novembre 2011 », Rev. dr. pén. 2012, liv. 12, 1121-1154

⁷¹ Circulaire nr. COL 21/2013 ADN - procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale - Version révisée 29 mars 2019.

⁷² L'arrêté royal du 4 février 2002 pris en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale a fixé l'entrée en vigueur de la loi du 22 mars 1999 (art. 22).

⁷³ L'arrêté royal du 17 juillet 2013 a fixé l'entrée en vigueur de la loi du 7 novembre 2011 au 1^{er} janvier 2014 (art. 36).

⁷⁴ Tel qu'inséré par la loi du 7 novembre 2011 (art. 2).

⁷⁵ Voir ci-après pour une analyse de la pertinence scientifique de la distinction entre séquence codante ou non-codante.

⁷⁶ Art. 44ter 1° C. instr. crim..

⁷⁷ Art. 44ter 2° C. instr. crim..

⁷⁸ Art. 44ter 3° C. instr. crim..

Ensuite, l'article 44^{quater} § 1 C. instr. crim.⁷⁹ donne pouvoir au procureur du Roi (ci-après : le procureur) de désigner un expert attaché à un laboratoire⁸⁰, afin « **d'établir le profil ADN des traces découvertes** » (1°) ou de **comparer, le cas échéant, les profils ADN des traces découvertes entre elles** (2°). Quant à l'article 44^{quater} § 3 C. instr. crim., il prévoit que dans les quinze jours suivant la transmission de son rapport au procureur et que sauf décision motivée contraire de ce dernier, l'expert mandaté communique d'office les profils ADN obtenus au gestionnaire des banques nationales de données ADN⁸¹ aux fins de comparaison avec les profils ADN enregistrés dans les banques nationales de données ADN (article 5^{quater}, §§ 1^{er}, 2, 3 et 4 de la Loi de 1999). L'expert communique également au gestionnaire **la nature biologique** (bulbes pileux, cellules buccales ou sanguines, par exemple) des échantillons analysés (art. 44^{quater} §3, 2^{ème} phr., 4° C. instr. crim.), **le sexe de la personne** dont le profil ADN a été établi (art. 44^{quater} § 3, 2^{ème} phr., 5° C. instr. crim.), ainsi que, le cas échéant, le lien positif entre les profils ADN obtenus (art. 44^{quater} § 3, 2^{ème} phr., 6° C. instr. crim.).

Quant à l'article 44^{quinquies} § 1 C. instr. crim.⁸², il donne la possibilité au procureur, moyennant **l'accord écrit de l'intéressé**, d'ordonner le prélèvement d'un échantillon de référence sur une **personne ayant atteint l'âge de seize ans contre laquelle il existe des indices de culpabilité dans la commission des faits de l'affaire dont il a la charge, ou dans la commission de faits similaires** (plusieurs affaires de vol par exemple)⁸³. Ledit accord ne peut être valablement donné par l'intéressé que s'il lui est transmis un certain nombre d'informations, notamment au sujet de l'existence d'indices de sa culpabilité, de la comparaison de son profil ADN avec les profils des traces retrouvées ou avec les profils ADN enregistrés dans les banques nationales de données ADN. Ensuite, le procureur désigne un expert attaché à un laboratoire pour établir le profil ADN de l'échantillon de référence ou effectuer, le cas échéant, une comparaison du profil ADN avec les profils ADN des traces découvertes dans le cadre de cette affaire (art. 44^{quinquies} § 4 C. instr. crim.). Puis, sauf décision contraire motivée du procureur, le profil ADN est transmis aux banques nationales de données ADN pour comparaison (art. 44^{quinquies} § 7) En complément, l'article 44^{sexies} C. instr. crim. indique qu'**il est possible pour le procureur d'ordonner le prélèvement d'un échantillon de référence sur une personne ayant atteint l'âge de 16 ans, qui a donné son accord écrit, mais contre laquelle il n'existe pas d'indice de culpabilité** (donc qui ne serait pas visée par l'article 44^{quinquies} précité). Cependant, dans ces cas, **la comparaison de son profil ADN ne pourra être effectuée qu'avec les profils ADN des traces découvertes dans le cadre de l'affaire concernée** et non avec les banques nationales de données ADN (art. 44^{sexies} § 3 C. instr. crim.).

Enfin, l'article 90^{undecies} C. instr. crim. traite de la possibilité offerte au **juge d'instruction** et donc à un stade plus avancé de la procédure, d'ordonner, cette fois-ci **sous la contrainte**, le prélèvement d'un échantillon d'ADN, sur une personne contre laquelle il existe des **indices de culpabilité dans la commission des faits, si ceux-ci sont punissables d'une peine maximale de 5 ans d'emprisonnement ou d'une peine plus lourde**.

⁷⁹ Tel qu'inséré par la loi du 7 novembre 2011 (art. 3).

⁸⁰ « Laboratoire d'analyse ADN qui satisfait aux conditions d'agrément fixées par le Roi » (art 44^{ter} 4° C. instr. crim.).

⁸¹ Voir question 3 pour plus de détails sur ces banques de données.

⁸² Tel qu'inséré par la Loi de 2011 (art. 4).

⁸³ Par exemple, s'il n'existe pas d'indices suffisants dans l'affaire principale ayant conduit en premier lieu à la demande de prélèvement mais que des indices existent dans d'autres affaires similaires, un prélèvement pourra tout de même être ordonné ; entretien téléphonique du 4 septembre 2017, avec Mme. V. Van Vooren, responsable bases de données ADN, INCC.

En résumé et comme présenté ci-dessus, l'analyse ADN dans le cadre d'une procédure pénale repose **uniquement sur l'établissement et la comparaison de profils ADN**. Ceci ressort également de l'article 3 § 1^{er} et 2 de la Loi de 1999⁸⁴ :

« Sans préjudice de ce qui est prévu au § 2, l'analyse ADN et la comparaison de profils ADN peuvent uniquement être effectuées dans le cadre de procédures pénales, afin de permettre d'identifier directement ou indirectement les personnes impliquées dans la commission d'une infraction, de lever les soupçons qui pèsent sur d'autres personnes ou de prouver leur innocence.

Toutefois, l'analyse ADN et la comparaison de profils ADN peuvent également être effectuées afin de permettre d'identifier directement ou indirectement des personnes décédées inconnues ou de faciliter la recherche de personnes disparues. »

Ladite comparaison peut être effectuée d'une part entre les profils issus de traces découvertes sur les lieux d'une infraction ou entre ceux-ci et les profils ADN prélevés sur certaines personnes. Elle peut également avoir lieu entre les profils de traces découvertes sur les lieux d'une infraction et les profils ADN répertoriés dans les bases de données ou entre ces derniers et les profils ADN prélevés sur certaines personnes⁸⁵.

De plus, comme évoqué plus haut, **l'analyse des profils ADN se limite aux séquences non-codantes**⁸⁶ du patrimoine génétique⁸⁷. Cette distinction scientifique fût considérée par le législateur, à la fois en 1999 et lors de la réforme de 2011, comme un garde-fou garantissant une certaine proportionnalité dans l'atteinte à la vie privée, du fait que les séquences non-codantes ne permettent pas de déduire des données quant « aux propriétés physiologiques, morphologiques ou psychiques d'une personne (par exemple son état de santé) »⁸⁸. Cependant, le caractère codant ou non de l'ADN apparaît comme étant une notion mouvante et la communauté scientifique ne semble pas unanime sur cette question, ce qui implique que la limitation juridique censée garantir une atteinte à la vie privée proportionnée pourrait se retrouver dépassée et aboutir sur une fiction juridique⁸⁹. Si cette dernière remarque ouvre la voie à l'émergence de débats au gré des évolutions scientifiques, en pratique, ces débats n'ont pas encore lieu. La science a progressé mais la limitation légale ci-avant exposée ne semble pas remise en question. Il est intéressant de relever qu'en 2018, la rumeur relative à une autorisation exceptionnelle d'utiliser des séquences codantes dans le cadre d'un cold case majeur n'a pas été en mesure de soulever un véritable débat sur ce point⁹⁰. A cet égard, nous soulignons qu'il n'y a aucune information vérifiée concernant la véracité de cette autorisation et la manière dont celle-ci aurait été rendue possible malgré l'interdiction légale subsistante.

⁸⁴ Tel que modifié par la Loi de 2013 (art. 6).

⁸⁵ M. Franchimont, A. Jacobs, A. Masset, Manuel de procédure pénale, 4^{ème} éd., Liège 2012, p. 1215.

⁸⁶ Sans entrer dans les détails techniques, l'ADN codant fournit des informations beaucoup plus précises sur l'information génétique de la personne concernée, alors que l'ADN non-codant vise à déterminer le profil d'identification de base ; voir B. Renard, I. Gallala, Le droit, traducteur des enjeux des dispositifs sociotechniques ? étude de cas à propos de l'identification par analyse génétique en justice pénale en Belgique, Cahiers Droit, Sciences & Technologies, 6, 2016, N. 43.

⁸⁷ Art. 44ter 1° C. instr. crim..

⁸⁸ Chambre des représentants de Belgique, Projet de loi modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale, exposé des motifs, p. 6, disponible sous : <http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/53/1504/53K1504001.pdf> (20.08.2020).

⁸⁹ B. Renard, I. Gallala, Le droit, traducteur des enjeux des dispositifs sociotechniques ?, op. cit., N. 44-45.

⁹⁰ Voir à ce sujet notamment, <https://www.levif.be/actualite/sciences/une-technique-d-analyse-de-l-adn-interdite-aurait-ete-utilisee-pour-resoudre-les-tueries-du-brabant/article-normal-987359.html>

2. Recherche élargie en parentèle

Sous réserve du cas des personnes disparues, il **n'existe pas**, en droit belge, **de disposition spécifique autorisant ou interdisant explicitement le rapprochement en parentalité.**

Les règles relatives au prélèvement d'ADN se limitent à la comparaison entre un profil ADN découvert ou prélevé et les profils contenus dans les banques de données, **sans que soit prévue la possibilité d'étendre la recherche à des profils ADN similaires mais non identiques.**

L'INCC nous a indiqué, lors d'un entretien téléphonique le 4 septembre 2017⁹¹, qu'**un rapprochement en parentalité n'est pas autorisé**, selon le droit belge en vigueur, **dans le cadre de recherches dans les bases de données.** Cependant, toujours selon l'INCC, il se peut que selon le cas d'espèce, le magistrat compétent demande, **au moment de l'analyse en laboratoire**, et en présence de profils ADN proches mais pas identiques, quelles sont les chances qu'il s'agisse de parents proches (frère, sœur, ou parents)⁹².

Enfin, et en tout état de cause, **il est interdit d'utiliser les profils ADN des personnes l'ayant donné dans le cadre de recherches de personnes disparues de leur famille, pour d'autres fins que celle de retrouver ces personnes disparues** (article 44septies § 4 du C. instr. crim., lu en combinaison avec les articles 5quater § 5 et 3 § 2 de la Loi de 1999 telle que modifiée par la Loi du 21 décembre 2013 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale, en vue de créer une banque de données ADN « Personnes disparues » (ci-après : Loi de 2013)).

3. Conservation et effacement des profils ADN

3.1. Banques de données

En tant que corollaire à la réglementation du prélèvement ADN, un deuxième volet de la Loi de 1999 a créé, au sein de l'Institut national de Criminalistique et de Criminologie (ci-après : « INCC »), **deux banques de données ADN**, l'une dite « **Criminalistique** » et l'autre dite « **Condamnés** »⁹³. Les articles 4 et 5 de la Loi de 1999 y relatifs ont tous deux été modifiés par la Loi de 2011⁹⁴.

L'article 4 § 1 de la Loi de 1999, tel que modifié par la Loi de 2011, prévoit que **la banque de données ADN « Criminalistique »** contient les informations suivantes :

1° **les profils ADN des traces découvertes dans le cadre d'affaires pénales** (en application de l'article 44quater § 3 C. instr. crim.) ;

⁹¹ Entretien téléphonique du 4 septembre 2017 avec Mme V. Van Vooren, responsable bases de données ADN, INCC.

⁹² Sans que ne cela n'ait pu nous être confirmé par notre interlocutrice scientifique de l'INCC, nous estimons que le fondement légal de cette possibilité est l'article 3 § 1 de la Loi de 1999 ; lequel prévoit que « la comparaison de profils ADN peuvent [...] permettre d'identifier directement ou **indirectement** les personnes impliquées dans la commission d'une infraction, de lever les soupçons qui pèsent sur d'autres personnes ou de prouver leur innocence » (mise en évidence ajoutée).

⁹³ Art. 4 et 5 de la Loi de 1999 ; voir ég. B. Renard, I. Gallala, Le droit, traducteur des enjeux des dispositifs sociotechniques ?, op. cit., N. 16.

⁹⁴ Modifiés par les art. 13 et 14 de la Loi de 2011.

- 2° **les profils ADN d'échantillons de référence prélevés sur les personnes suspectées** (en application des articles 44quinquies § 8 et 90undecies § 7 C. instr. crim.) ;
- 3° **les profils ADN d'échantillons de référence pour lesquels un lien positif avec un profil se trouvant déjà dans la banque de données est établi**, conformément à l'article 5quater § 2 alinéa 2 de la Loi de 1999⁹⁵ ;
- 4° pour chacun des profils ADN visés aux points 1° à 3°, les données énumérées à l'article 44quater, § 3, alinéa 2 C. instr. crim., c'est-à-dire, entre autres, la **nature biologique** des échantillons analysés, le **sexe** de la personne dont le profil ADN a été établi et le cas échéant, le **lien positif entre les profils ADN** obtenus ;
- 5° les données visées aux articles 5quater § 3 (**le lien positif** et, le cas échéant, **le numéro de code ADN correspondant**) et 8 § 3 de la Loi de 1999 (concernant la **transmission d'informations à l'étranger** dans le but de procéder à des comparaisons internationales).

Il convient de noter en outre que les profils ADN des échantillons de référence (2° et 3° ci-dessus) ne peuvent être enregistrés dans la banque de données ADN « Criminalistique » **que sous leur numéro de code ADN**⁹⁶, et non pas référencés selon des données à caractère personnel, tel que leur nom de famille.

L'article 5 § 1 alinéa 2 de la Loi de 1999, tel que modifié par la Loi de 2011, prévoit que **la banque de données ADN « Condamnés »** contient les profils ADN « des personnes qui, par décision judiciaire coulée en force de chose jugée, ont été **condamnées à une peine de travail, à une peine d'emprisonnement ou à une peine plus lourde, ou ont fait l'objet d'une mesure d'internement**, pour avoir commis une des **infractions visées** à l'alinéa 3 » ; lequel contient **une liste des infractions visées** comprenant, entre autres, le viol, le meurtre, le vol qualifié ou encore la traite d'êtres humains⁹⁷.

De plus et en vertu de l'alinéa 4 du même article, la **condamnation pour tentative** de commettre une des infractions visées suffit pour donner lieu à un enregistrement dans la banque de données « Condamnés ».

⁹⁵ L'art 5quater, § 2 al. 1 et 2 de la Loi de 1999 se lit comme suit :

« § 2. Le gestionnaire des banques nationales de données ADN ou son délégué ne compare qu'une seule fois les profils ADN qui lui ont été transmis conformément aux articles 44quinquies, § 7, 90undecies, § 6, du Code d'instruction criminelle, avec les profils ADN enregistrés dans les banques nationales de données ADN.

Si un lien positif est établi, les profils ADN concernés sont enregistrés dans la banque de données ADN. »

⁹⁶ Le numéro de code ADN est défini comme « le numéro de référence unique attribué par la cellule nationale [cellule nationale ADN, dépendant du Parquet fédéral, voir art. 3bis de la Loi de 1999 tel que modifié par la Loi de 2011] et qui permet de relier un profil ADN au nom d'une personne » (art. 44ter 8° C. instr. crim.).

⁹⁷ L'art. 5 § 1, al. 3 de la Loi de 1999 se lit comme suit :

« Donnent lieu à un enregistrement dans la banque de données ADN, les infractions visées : 1° aux articles 136bis à 136septies, du Code pénal; 2° aux articles 137 à 141, du même Code; 3° aux articles 322 à 324ter, du même Code; 4° à l'article 347bis, du même Code; 5° aux articles 372 à 378, du même Code; 6° aux articles 379, 380, §§ 1er à 5, et 381, du même Code; 7° à l'article 383bis, §§ 1er et 3, du même Code; 8° aux articles 393 à 397, du même Code; 9° aux articles 400 et 401, du même Code; 10° aux articles 417ter et 417quater, du même Code; 11° aux articles 428 à 430, du même Code; 12° aux articles 433sexies à 433octies, du même Code; 13° aux articles 467, alinéa 1er, 471 à 475, du même Code; 14° à l'article 477sexies, du même Code; 15° aux articles 518, 531 et 532, du même Code; 16° aux articles 77ter, 77quater et 77quinquies, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers; 17° à l'article 2bis, § 3, b, et § 4, b, de la loi 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, désinfectantes ou antiseptiques ».

Quant à l'alinéa 5, il prévoit que les données relatives aux profils ADN, énumérées aux articles 5*bis* alinéa 2, 5*ter*, § 3, alinéa 2, 5*quater*, § 3, et 8 § 3 (il s'agit, entre autres, de la **nature biologique** des échantillons analysés, du **sexe** de la personne dont le profil ADN a été établi et le cas échéant, du **lien positif** entre les profils ADN obtenus), sont également enregistrés dans la banque de données.

Enfin, l'alinéa 6 dispose que les profils ADN des échantillons ne peuvent être enregistrés dans la banque de données « Condamnés » que **sous leur numéro de code ADN**.

Depuis et en complément de ces deux premières banques de données, deux banques supplémentaires ont été créées, l'une dite « **personnes disparues** »⁹⁸ et plus récemment, une banque regroupant les profils dits des « **intervenants** »⁹⁹.

En premier lieu, la **banque de données « personnes disparues »** créée en 2013 contient les informations suivantes¹⁰⁰ :

- 1° les **profils ADN des traces découvertes de personnes disparues ou de dépouilles mortelles non identifiées**, (l'article 44*quater*, § 3 C. instr. crim.);
- 2° les **profils ADN d'échantillons de référence d'un ascendant, d'un descendant ou d'un collatéral d'une personne disparue**, (l'article 44*septies* C. instr. crim.).

Enfin, le **contenu de la nouvelle banque de données « Intervenants »** créée en 2017, devra être déterminé par le Roi dans un arrêté d'exécution, en vertu de l'article 5*quinquies* alinéa 3 de la Loi de 1999, tel qu'inséré par l'article 6 de la Loi du 17 mai 2017 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale, en vue de créer une banque de données ADN « Intervenants » (ci-après : Loi de 2017). Il est déjà possible de dire qu'elle contiendra le profil ADN de **tous intervenants, tels que par exemple des policiers, secouristes ou collaborateurs des laboratoires, prenant part aux informations judiciaires**. Compte tenu du fait que ces personnes sont, de par leur implication, susceptibles de laisser leurs empreintes sur les lieux d'une infraction, la nouvelle banque de données ADN donnera la possibilité aux enquêteurs d'exclure plus rapidement leur ADN de l'enquête¹⁰¹. L'article 5*quinquies* alinéa 4 de la Loi de 1999 dispose que les profils ADN des échantillons de référence ne peuvent être inscrits dans la banque de données « Intervenants » que sous leur numéro de code ADN.

3.2. Conservation et effacement des profils ADN

En ce qui concerne la conservation et la destruction de ces échantillons de référence prélevés sur certaines **personnes suspectes** en application de l'article 44*quinquies* C. instr. crim. (Cf. réponse à la question 1 ci-dessus), ce même article prévoit que, sauf décision contraire du procureur, l'expert doit détruire ledit échantillon, **au plus tard 6 mois** après la transmission du rapport au procureur (art. 44*quinquies* § 9 C. instr. crim.).

⁹⁸ Créée par la Loi de 2013.

⁹⁹ Créée par la Loi du 17 mai 2017 modifiant le Code d'instruction criminelle et la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale, en vue de créer une banque de données ADN « Intervenants », en vigueur depuis le 10 juin 2017, soit dix jours après sa publication au Moniteur belge.

¹⁰⁰ Art. 4*bis* § 1^{er} de la Loi de 1999, tel qu'introduit par l'art. 9 de la loi de 2013.

¹⁰¹ L. Lemmens, K. Mees, La Belgique se dote d'une banque de données ADN 'Intervenants', 2017, disponible sous : <https://legalworld.wolterskluwer.be/fr/nouvelles/moniteur/la-belgique-se-dote-d-une-banque-de-donnees-adn-intervenants/> (20.08.2020).

Lorsqu'il est procédé à un prélèvement sur une **personne condamnée** qui ne serait pas encore enregistrée dans la banque de données « Condamnés », en vertu de l'article 5ter de la Loi de 1999 tel qu'inséré par la Loi de 2011, l'expert doit détruire les échantillons contenant de l'ADN **immédiatement** après la transmission.

De la même manière, lors d'un **prélèvement relatif à une personne « intervenante »**, l'expert procède également **immédiatement** à la destruction de l'échantillon (art. 5quinquies § 3, al. 2 Loi de 1999¹⁰²).

Lorsqu'il s'agit de **traces découvertes**, selon l'article 44quater C. instr. crim. (par opposition aux prélèvements effectués sur des personnes) et que l'expert est parvenu à conserver une fraction suffisante de cette trace permettant une contre-expertise, ce dernier doit permettre sa conservation pendant **au maximum 30 ans**, sauf si le magistrat compétent décide d'un autre délai¹⁰³.

Quant aux modalités de conservation et d'effacement des **profils ADN** eux-mêmes, il convient de distinguer là encore les différentes banques de données créées successivement au sein de l'INCC (« criminalistique » et « condamnés », puis « personnes disparues » et « intervenants »).

Le gestionnaire des banques nationales de données ADN, ou son délégué, enregistre dès réception les profils ADN qui lui ont été transmis¹⁰⁴. Ces profils sont sauf décision contraire motivée du procureur du Roi, transmis d'office par l'expert qui a été chargé de les établir, dans les quinze jours suivant la transmission de son rapport¹⁰⁵.

Pour ce qui est de la **banque de données « criminalistique »**, l'article 4 § 2 alinéa 1, 2 et 3 de la Loi de 1999, telle que modifiée par la Loi de 2011, prévoit 3 cas de figure. Premièrement, le principe veut que les profils ADN et les données y relatives¹⁰⁶ soient « effacés de la banque de données ADN « Criminalistique » sur ordre du ministère public, **dès lors que leur conservation dans la banque de données n'est pas ou plus utile aux fins de la procédure pénale** » (art. 4 § 2 al. 1). Deuxièmement, les profils et les données ADN y relatives sont de toute façon effacées de la banque de données et selon le cas : **de manière automatique, 30 ans après** leur enregistrement dans la banque de données, pour **les profils qui n'ont pas été identifiés** ; et **sur ordre du ministère public, dès qu'une décision judiciaire est passée en force de chose jugée, pour les profils identifiés** (art. 4 § 2 al. 2). Finalement, une troisième possibilité existe **pour toute personne « ayant fait l'objet d'un acquittement ou d'un non-lieu** coulé en force de chose jugée » de demander au procureur d'ordonner **l'effacement immédiat** de leur profil ADN et des données y relatives (art. 4 § 2 al. 3)¹⁰⁷.

Quant à la **banque de données « Condamnés »**, l'article 5 § 2 alinéas 1 et 2 de la Loi de 1999 prévoit deux possibilités relatives à l'effacement des profils ADN. Tout d'abord, il est prescrit que les profils ADN et les données y relatives sont **automatiquement effacées 30 ans après leur enregistrement, sauf si le magistrat compétent a fixé un délai différent, qui ne peut être que plus court** (art. 5 § 2 al.

¹⁰² Tel qu'introduit par la Loi de 2017 (art. 6).

¹⁰³ Art. 44quater § 1, al. 2 C. instr. crim..

¹⁰⁴ Article 5quater, §1er de la Loi 1999

¹⁰⁵ Article 44 quater §3, 44 quinquies §7, 44 septies §4 et 90 undecies §6 du C. instr. Crim (pour les personnes suspectes),

¹⁰⁶ Les données relatives aux profils ADN sont celles visées à l'article 4; en vertu du renvoi aux art. 44quater § 3, al. 2 C. instr. crim. et 5quater § 3 et 8 § 3 de la Loi de 1999, ces données sont notamment la nature biologique des échantillons, le sexe de la personne, le lien positif et le numéro de code ADN.

¹⁰⁷ Il s'agit là d'une consécration en droit interne belge de la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme, *Affaire S. et Marper c. Royaume-Uni*, 04.12.2008, requêtes n° 30562/04 et 30566/04, disponible sous: <http://hudoc.echr.coe.int/fre/?i=001-90052> ; voir ég. B. Renard, I. Gallala, *Le droit, traducteur des enjeux des dispositifs sociotechniques ?*, op. cit., N. 26.

1). Ils sont également effacés lorsque le condamné ou l'interné a formé opposition et qu'il est **acquitté** du chef des infractions qui justifiaient son enregistrement ou lorsque la décision de condamnation ou d'internement est **annulée** à la suite d'une procédure de révision (art. 5 § 2 al. 2).

Il sied de relever encore l'article 23 § 1 de la Loi de 2011 qui prévoit « **qu'au plus tard 6 mois après l'entrée en vigueur de la présente loi, les laboratoires détruisent les échantillons** contenant de l'ADN, qu'ils ont **conservés depuis [l'entrée en vigueur de la loi de 1999]**, en ce **qui concerne les dossiers dans lesquels leur mission est finalisée** ».

Pour la **banque de données « Personnes disparues »**, l'article *4bis* § 2 alinéa 1 de la Loi de 1999¹⁰⁸ prévoit que les profils ADN et les données qui s'y rapportent sont effacés de la banque de données ADN « Personnes disparues » **sur ordre du ministère public, si leur conservation dans la banque de données n'est pas ou n'est plus utile pour la recherche de la personne disparue concernée**. De plus, les profils ADN non identifiés ainsi que les données y relatives sont, **dans tous les cas**, effacés de la banque de données, **de manière automatisée 30 ans** après leur enregistrement (art. *4bis* § 2 al. 2). Enfin, les personnes visées à l'article *4bis* § 1^{er} 2^o (c'est-à-dire **les ascendants, descendants ou collatéraux**), peuvent demander au procureur d'ordonner la **destruction immédiate de leur profil ADN** et des données s'y rapportant (art. *4bis* § 3 al. 3).

Quant à la nouvelle **banque de données « Intervenants »**, l'article *5quinquies* § 4 de la Loi de 1999¹⁰⁹ dispose que les profils ADN et les données y relatives sont **effacées sur ordre du ministère public, soit d'office, soit à la demande de l'intervenant, lorsque leur conservation dans la banque de données n'est pas ou plus utile et au maximum 50 ans** après leur enregistrement.

Enfin, à notre connaissance, **il n'existe pas de législation particulière** prévoyant un régime différent applicable aux personnes concernées qui seraient **mineures**.

¹⁰⁸ Tel qu'introduit par la Loi de 2013 (art. 9).

¹⁰⁹ Tel qu'introduit par la Loi de 2017 (art. 6).

C. CANADA

1. Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile

There are **no legal provisions** regulating, identifying or limiting the types of DNA analyses that may be carried out for forensic purposes in Canada.¹¹⁰

However, the *DNA Identification Act*,¹¹¹ which established Canada's **National DNA Data Bank** (the "National Data Bank") in 2000,¹¹² does contain provisions which set out what may be done with a DNA profile submitted to the National Data Bank, and what information may be communicated in relation to it for the purpose of the investigation of a criminal offence.

These confirm that a DNA profile belonging to a convicted offender or from a crime scene which is submitted to the data bank is simply to be compared with existing DNA profiles contained in the data bank.¹¹³ In broad terms, the information which may be shared about the profile goes no further than confirming whether or not the profile (or a similar profile) already exists in the data bank, and what that information is.¹¹⁴ Despite a number of amendments to the *DNA Identification Act* in 2018,¹¹⁵ there are **no new provisions concerning phenotyping** in the field of criminal investigation.

Moreover, it is understood that the **DNA markers** that are used for the analysis of profiles contained on the National Data Bank have historically been based on what is known as DNA short tandem repeat loci ("STR") which **do not, in any event, reveal any recognisable characteristic other than sex**.¹¹⁶ More recently, it has, however, been reported that the National Data Bank has purchased state-of-the-art equipment to analyse mitochondrial DNA obtained in missing persons and human remains investigations, two new indices added to the National Data Bank as part of the amendments to the legislation which took effect in 2018.¹¹⁷

¹¹⁰ Amelia Bellamy-Royds and Sonya Norris, Library of Parliament, *New Frontiers in Forensic DNA Analysis: International Practices and Implications for Canada*, 3 March 2009, PRB 08-29E, available at <https://ceadstorage.blob.core.windows.net/cead-images/NewFrontiersinForensicDNAAnalysis.pdf> (14.04.2020), p.16.

¹¹¹ *DNA Identification Act, Statute of Canada* 1998, chapter 37, available at <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/D-3.8.pdf> (14.04.2020). This was passed in 1998 but has been in force since 2000.

¹¹² For more information, see section 3 of this country report.

¹¹³ Each new DNA profile entered into one of the National Data Bank's DNA indices is automatically compared against all existing profiles contained in other DNA indices as permitted by the *DNA Identification Act*: see Royal Canadian Mounted Police, *The National DNA Data Bank of Canada – Annual Report 2018/2019*, 6th September 2019, available at <https://www.rcmp-grc.gc.ca/en/the-national-dna-data-bank-canada-annual-report-20182019#a3> (09.04.2020).

¹¹⁴ *DNA Identification Act, op. cit.*, sections 5.5(1) and 6(1). Royal Canadian Mounted Police, *The National DNA Data Bank of Canada – Annual Report 2018/2019, op. cit.*

¹¹⁵ Implemented under Division 17 of the *Economic Action Plan 2014 Act, No. 2*, assented to 16th December 2014, in force on 6th March 2018, available at <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/41-2/bill/C-43/royal-assent/page-272#13> (09.04.2020). For further detail, see section 3 of this country report, below.

¹¹⁶ Amelia Bellamy-Royds and Sonya Norris, Library of Parliament, *New Frontiers in Forensic DNA Analysis: International Practices and Implications for Canada, op. cit.*, pp. 4 and 16, and National Police Services, *The National DNA Data Bank of Canada – Annual Report 2002-2003*, HM The Queen in Right of Canada 2003, available at http://publications.gc.ca/collections/collection_2011/grc-rcmp/PS61-4-2003-eng.pdf (14.04.2020), p. 15.

¹¹⁷ Royal Canadian Mounted Police, *The National DNA Data Bank of Canada – Annual Report 2018/2019, op. cit.* See section 3. of this country report, below, for further detail.

Outside of the National Data Bank, Canadian police forces have been known to seek the services of forensic testing agencies to predict physical traits from a DNA sample. Anecdotal evidence, however, suggests that any **information obtained is used only to screen suspects or to confirm investigative leads**.¹¹⁸ DNA testing carried out by such agencies are commonly used to predict a person's racial background by looking for DNA markers which are common in one group but rare in others. However, these, and other existing analysis methods for determining physical characteristics, such as eye or hair colour, are said **not to demonstrate a sufficient level of accuracy** to be relied on as credible evidence for presentation before a criminal court.¹¹⁹ It is also for this reason that there is limited information about the current extent of their use in the criminal justice system.

An example of phenotyping being adopted as part of a criminal investigation was reported in 2018, when Calgary police employed the technology to create and publish an image of a woman said to be the mother of an infant found dead in a dumpster.¹²⁰ Although the mother was eventually caught and prosecuted with the use of CCTV footage, the phenotype sketch was praised as bearing a strong resemblance to the woman arrested. This was the first time Calgary police are said to have used the technology, and it is reported as having since been relied in at least two further homicide investigations.¹²¹ Although biological forensic testing in criminal investigations is initially conducted by Royal Canadian Mounted Police ("RCMP")-run forensic laboratories in Ottawa and Edmonton, the data generated to enable DNA phenotyping may then be handed over to private laboratories in the United States or in Canada, who provide such services for a fee.¹²²

2. Familial DNA Searches

Familial searching of the National Data Bank for the purposes of criminal investigation is implicitly **not permitted under the terms of the DNA Identification Act**, the legislation which regulates state use of the database.¹²³ Although not expressly prohibited, provisions of the Act require that an offender's identity can only be revealed from the National Data Bank if there is an exact match found between a profile and the crime scene sample.¹²⁴ The **only exception to this is where there is a "questionable"**

¹¹⁸ Amelia Bellamy-Royds and Sonya Norris, Library of Parliament, *New Frontiers in Forensic DNA Analysis: International Practices and Implications for Canada*, *op. cit.*, pp. 15-16. See Carolyn Abraham of The Globe & Mail, *Molecular eyewitness: DNA gets a human face; controversial crime-scene test smacks of racial profiling, critics say*, 25 June 2005.

¹¹⁹ Amelia Bellamy-Royds and Sonya Norris, Library of Parliament, *New Frontiers in Forensic DNA Analysis: International Practices and Implications for Canada*, *op. cit.*, p.15. See also Sarah Rieger, Canadian Broadcasting Corporation, *Canada still isn't using a leading forensic technique to solve crimes – here's why*, 7th December 2018, available at <https://www.cbc.ca/news/canada/calgary/rockne-harmon-dna-1.4549629> (14.04.2020).

¹²⁰ Sammy Hudes of Calgary Sun, *What is DNA phenotyping and just how useful is it to police*, 24th January 2020, available at <https://calgarysun.com/news/crime/what-is-dna-phenotyping-and-just-how-useful-is-it-to-police> (16.04.2020).

¹²¹ Thia James of Saskatoon StarPhoenix, *Saskatoon Police show interest in Calgary infant death investigation which used DNA phenotyping*, 15th February 2020, available at <https://thestarphoenix.com/news/local-news/forensic-identification/> (16.04.2020).

¹²² *Ibid.*

¹²³ *DNA Identification Act, Statute of Canada 1998*, chapter 37, *op. cit.*

¹²⁴ *Ibid.*, section 6(1). See also Amy Conroy, *Combining Familial Searching and Abandoned DNA: Potential Privacy Outcomes and the Future of Canada's National DNA Data Bank*, Canadian Journal of Law & Technology, Vol. 12, no. 2, 2014, p.172 at p. 175.

match: where a mixed or degraded crime scene sample is searched, identifying information is transmitted only if an exact match cannot be ruled out following further analysis of the two profiles.¹²⁵

For more than 15 years, the possibility of recognizing **familial searching has been the subject of debate** in Canada. Reports of the *DNA Data Bank Advisory Committee*, an independent body set up to advise the Royal Canadian Mounted Police Commissioner on matters related to the operation of the database have encouraged the debate and offered some support to the utilization of partial matches.¹²⁶ In its 2008-2009 Annual Report, it said:

“The Advisory Committee has followed the deliberate searching and mining of forensic DNA data bases using partial DNA matches for several years and is of the general opinion that familial searching could be of benefit to the Canadian justice system if implemented through a controlled process with full recognition of the privacy rights of Canadian Citizens.”¹²⁷

In order to better balance the benefits of the technique with privacy rights, it suggests that Parliament **give consideration to authorizing use of the technology in limited and controlled circumstances**. It suggests, first, this only be in unsolved cases falling within the 16 most grave Criminal Code offences for which DNA orders are automatic upon conviction, and secondly, that it only be carried out after authorization from Provincial prosecutors for approval or subject to a warrant procedure.¹²⁸ However, privacy concerns associated with familial searching have gained prominence in recent years, and continue to be highlighted by those who argue that Canada should be cautious about adopting the familial searching models of other developed countries.¹²⁹

As discussed below, the scope of the National Data Bank was extended in 2018 to include a National Missing Persons DNA Program. Proposed reforms to authorise familial searching in criminal investigations did not, however, form part of the legislative amendments to provisions dealing with

¹²⁵ *DNA Identification Act, Statute of Canada 1998*, chapter 37, *op. cit.*, section 6.1(1). Former provision as referred to in Amelia Bellamy-Royds and Sonya Norris, Library of Parliament, *New Frontiers in Forensic DNA Analysis: International Practices and Implications for Canada*, *op. cit.*, p. 12.

¹²⁶ In its 2005-2006 annual report, the Committee is said to have offered tentative support for the release of information where partial matches were detected in the course of normal searches, subject to, “stringent operational procedures....to avoid intrusive practices.” (see National DNA Data Bank Advisory Committee, *Annual Report 2005-2006*, May 2006, p. 6, available at http://publications.gc.ca/collections/collection_2013/grc-rcmp/JS61-13-2006-eng.pdf (15.04.2020)) In its 2006-2007 annual report, the Committee recommended that the broader topic of familial searching, “be discussed in a public forum where both the privacy rights of citizens as well as the right of the state to utilize this technology in the interests of the justice system can be discussed in some depth.” (see National DNA Data Bank Advisory Committee, *Annual Report 2006-2007*, undated, p. 8, available at http://publications.gc.ca/collections/collection_2013/grc-rcmp/JS61-13-2007-eng.pdf (15.04.2020)). Noting successes in other jurisdictions such as the UK, and California, the Committee, in its 2011-2012 annual report said that the, “novel searching methods could allow for the expanded use of the [National DNA Data Bank] to aid in the possible identification of criminal suspects who may be closely related to known offenders (already in the Convicted Offender Index).” (see National DNA Data Bank Advisory Committee, *Annual Report 2011-2012*, undated, pp. 11-12, available at http://publications.gc.ca/collections/collection_2015/grc-rcmp/JS61-13-2012-eng.pdf (15.04.2020)).

¹²⁷ National DNA Data Bank Advisory Committee, *Annual Report 2008-2009*, available at http://publications.gc.ca/collections/collection_2013/grc-rcmp/JS61-13-2009-eng.pdf (15.04.2020), p. 18.

¹²⁸ *Ibid*, pp. 18-19.

¹²⁹ See, for example, Patricia Kosseim, Office of the Privacy Commissioner of Canada, *A Family Affair: Forensic DNA Databases and Privacy Implications for Biological Relatives*, 27th March 2015, available at https://www.priv.gc.ca/en/opc-news/speeches/2015/sp-d_20150327_pk/#fn2 (15.04.2020).

the analysis and sharing of DNA records.¹³⁰ It should nevertheless be noted that, as part of the changes, three new ‘humanitarian’ indices were added to the National Data Bank: the *Missing Persons Index*, the *Unidentified Human Remains Index* and the *Relatives of Missing Persons Index*. The *Relatives of Missing Persons Index* contains DNA profiles submitted by family members of missing persons, and the Act permits searches to be conducted with such profiles against the DNA profiles stored in the *Missing Persons Index* and the *Unidentified Human Remains Index*. Family member DNA profiles cannot, however, be compared against the DNA profiles from convicted offenders, crime scenes, or others in the National DNA Data Bank, and are not eligible for international comparison.¹³¹

3. Retention and Deletion of DNA Profiles

3.1. The National DNA Data Bank

As discussed above, Canada’s **National DNA Data Bank (the “National Data Bank”)** was established in 2000 by the *DNA Identification Act*.¹³² This legislation created a new statute governing the establishment and administration of the National Data Bank as well as amending the *Criminal Code*¹³³ to allow a judge to make what is known as a **DNA collection order following the conviction of an offender**. This authorizes the collection of DNA from certain offenders after sentencing,¹³⁴ in order that their DNA profile may be included in the National Data Bank for comparison against evidence in ongoing investigations, or for future consideration. Judicial discretion with regard to the taking of DNA samples is **said to be necessary from a constitutional perspective**: such interference with an individual’s bodily integrity in order to obtain bodily substances for law enforcement purposes may be considered an “unreasonable search or seizure” in contravention of section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or be viewed as a breach of the right to life, liberty and security, under section 9.¹³⁵

The only other way in which a DNA sample may be required from an individual in a criminal investigation is pursuant to a judge-issued **DNA warrant**. This type of warrant had previously been introduced following amendments to the *Criminal Code* in 1995. It authorises the collection of a DNA sample from an individual suspected of a specific crime from which DNA evidence has been obtained. However, DNA profiles derived from a suspect pursuant to a *DNA warrant* are only to be used in the investigation and prosecution of a designated offence and are **not to be included in the National Data Bank**.¹³⁶ Accordingly, the National Data Bank does not contain DNA profiles of suspects or arrestees.

¹³⁰ See Sarah Rieger, Canadian Broadcasting Corporation, *Canada still isn’t using a leading forensic technique to solve crimes – here’s why*, *op. cit.*

¹³¹ *DNA Identification Act*, *op. cit.*, section 5.5(2). See also RCMP, *A Family’s Guide to the National Missing Persons DNA Program*, 19th March 2018, available at <https://www.rcmp-grc.gc.ca/en/a-family-s-guide-the-national-missing-persons-dna-program> (15.04.2020).

¹³² *DNA Identification Act*, *Statute of Canada* 1998, chapter 37, *op. cit.* This was passed in 1998 but has been in force since 2000.

¹³³ *Criminal Code* 1985, R.S.C., 1985, chapter 46, available at <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-46.pdf> (15.04.2020).

¹³⁴ This is discussed in more detail below in this section 3 of the country report.

¹³⁵ *Constitution Act 1982 – Canadian Charter of Rights and Freedoms*, available at <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html> (15.04.2020). See Government of Canada, Department of Justice, *DNA Data Bank Legislation – Consultation Paper 2002 – Criminal Code DNA Provisions*, available at <http://www.justice.gc.ca/eng/cons/dna-adn/code.html> (15.04.2020).

¹³⁶ *Criminal Code* 1985, R.S.C., 1985, chapter 46, *op. cit.*, section 487.09.

The National Data Bank is **maintained by the Royal Canadian Mounted Police (“RCMP”)** in Ottawa. The RCMP are assisted by the **DNA Data Bank Advisory Committee**, an independent body set up by secondary legislation to ensure that the National Data Bank operates in compliance with regulations and to provide other strategic guidance and direction with regard to scientific advancements, legislative changes, privacy issues and ethical practices.¹³⁷

3.2. Profiles contained on the National DNA Data Bank

The National Data Bank respects considerations of genetic privacy and follows strict guidelines as specified in the *DNA Identification Act*. The biological samples collected from convicted offenders and the resulting DNA profiles **can only be used for law enforcement purposes**.¹³⁸ Until 2018, the Data Bank contained two collections, or indices, of DNA profiles:

- (a) the **Convicted Offenders Index (“COI”)** is the electronic index that has been developed from DNA profiles collected from offenders convicted of what are known as designated primary and secondary offences (see below);¹³⁹ and
- (b) the **Crime Scene Index**: a separate electronic index composed of DNA profiles obtained from crime scene investigations of the same designated offences.

On 6th March 2018, two additional criminal indices were added as part of amendments to the *DNA Identification Act*: the *Victims Index (“VI”)* and the *Voluntary Donors Index (“VDI”)*.¹⁴⁰ These indices allow police officers to collect biological samples from victims of designated offences and from voluntary donors. The indices are said to support criminal investigations by helping to identify unknown victims, link crime scenes together through victim and voluntary donor DNA profiles or eliminate the voluntary donors from the focus of an investigation.¹⁴¹

Designated offences are identified in section 487.04 of the *Criminal Code*. The list of offences is divided into **“primary” and “secondary” designated offences**, and these are subject to different procedures for DNA collection orders. There are over 265 offences that can lead to the inclusion of an offender’s DNA on the National Data Bank, ranging from very serious crimes, such as murder, manslaughter and aggravated assault to non-violent and non-sexual crimes such as perjury, libel known to be false and various drug-related offences.¹⁴² **Primary designated offences are the most serious of these**, and include murder, manslaughter and serious violent and sexual offences, as well as certain terrorist

¹³⁷ See Royal Canadian Mounted Police, National DNA Data Bank Advisory Committee, *2014-2015 Annual Report*, Introduction, available at <http://www.rcmp-grc.gc.ca/dnaac-adncc/annurp/2014-2015-annurp-eng.htm> (24.07.2020).

¹³⁸ Royal Canadian Mountain Police, *National DNA Data Bank*, available at <http://www.rcmp-grc.gc.ca/nddb-bndg/index-accueil-eng.htm> (24.07.2020).

¹³⁹ As of 31st March 2020, the COI contained 401,546 DNA profiles: Royal Canadian Mountain Police, *Statistics for National DNA Data Bank*, 31st March 2020, available at <https://www.rcmp-grc.gc.ca/nddb-bndg/stats-eng.htm> (15.04.2020).

¹⁴⁰ Implemented under Division 17 of the *Economic Action Plan 2014 Act, No. 2*, *op. cit.*, assented to 16th December 2014, in force on 6th March 2018.

¹⁴¹ Royal Canadian Mounted Police, *The National DNA Data Bank of Canada – Annual Report 2018/2019*, 6th September 2019, available at <https://www.rcmp-grc.gc.ca/en/the-national-dna-data-bank-canada-annual-report-20182019#a3> (09.04.2020). As discussed in section 2 of this country report, above, a National Missing Persons DNA Program was also launched on 6th March 2018, adding three ‘humanitarian’ indices to be maintained by the National Data Bank: the *Missing Persons Index*, the *Relatives of Missing Persons Index* and the *Human Remains Index*.

¹⁴² Amy Conroy, *Combining Familial Searching and Abandoned DNA: Potential Privacy Outcomes and the Future of Canada’s National DNA Data Bank*, *op. cit.*, p. 175.

offences.¹⁴³ **Secondary designated offences are less serious** but include any offence attracting a maximum prison sentence of five years or more, certain drugs offences and specific crimes such as criminal harassment, assault and arson.

A court is required to make a *DNA collection order* (for retaining a DNA profile in the Data Bank) **where an offender is convicted or discharged¹⁴⁴ of a primary designated offence** unless the judge is satisfied that the impact on the offender's privacy and security of the person would be grossly disproportionate to the public interest in the protection of society.¹⁴⁵ The **burden of proof is on the offender** to convince the court not to make the order.¹⁴⁶

Where an offender is convicted or discharged in relation to a secondary designated offence, a *DNA collection order* may be granted if the judge is satisfied that it is in the best interests of justice to do so. This time, the **burden of proof is on the prosecution** to convince the court to make the order. In deciding whether to grant the order, the courts are required to **consider the following factors**:

- the criminal record of the offender;
- the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, and
- the impact such an order would have on the offender's privacy and security of person.

The principles applying to secondary designated offences also apply to any designated offence where a person is judged to have committed an offence but is found to be **not criminally responsible on account a mental disorder**.¹⁴⁷

3.3. Rules for the retention and deletion of DNA profiles

Regulations on the retention and destruction of DNA profiles contained in the National Data Bank are set out in the *DNA Identification Act*. Subject to specific exceptions, the DNA profiles of convicted adult offenders (as contained in the COI) are, according to section 9, **to be retained indefinitely**.¹⁴⁸ By way of **exception**, DNA profiles must be deleted:¹⁴⁹

- where any **order** for collection of bodily substances from the person to whom the DNA profile relates **is set aside**; or
- where the **person is finally acquitted** of every designated offence in connection with which an order was made or an authorization was granted.¹⁵⁰

¹⁴³ *Criminal Code, op. cit.*, section 487.04 sets out primary designated offences.

¹⁴⁴ Under section 730 of the *Criminal Code*, after a person has pleaded guilty or been found guilty, a court, "may, if it considers it to be in the best interests of the accused and not contrary to the public interest, instead of convicting the accused, by order direct that the accused be discharged absolutely or on the conditions prescribed in a probation order."

¹⁴⁵ *Criminal Code, op. cit.*, section 487.051(1) and (2).

¹⁴⁶ *Ibid*, section 487.051(2).

¹⁴⁷ *Ibid*, section 487.051(3)

¹⁴⁸ *DNA Identification Act, op. cit.*, section 9(1).

¹⁴⁹ *Ibid*, sections 9(2)(a) and (b).

¹⁵⁰ A further exception, set out in a section 9(2)(c), was repealed as part of the 2018 amendments to the *DNA Identification Act*. This concerned deletion of the DNA profile in relation to a person discharged of a designated offence after a certain period of time.

With regard to **young offenders**, the permanent removal of access to a DNA profile will depend on separate legislative provisions governing the retention of criminal records of young offenders.¹⁵¹ Permanent removal of access to the DNA profile must take place when the record relating to the offence is required to be destroyed, “sealed” or transmitted to the National Archivist of Canada in accordance with **Part 6 of the Youth Criminal Justice Act**.¹⁵² Part 6 sets out specific periods during which criminal records remain active. Retention periods concerning the criminal records of young offenders will **depend on the type of offence and the verdict**. Certain rules regulate at what point the record is to be considered “sealed” and no longer available for inspection.¹⁵³ Inspection periods range from a few months to 5 years. After this time, the records may, subject to certain exceptions, be destroyed or transmitted to the National Archivist of Canada.¹⁵⁴

Regardless of the specific rules applying to young offenders, however, indefinite retention of a DNA profile under section 9 of the *DNA Identification Act* (and the associated exceptions set out above) will apply in all **cases of serious violent crime** (murder, attempt to commit murder, manslaughter and aggravated sexual assault)¹⁵⁵ as well as **where the young offender is convicted of a further offence as an adult** during the retention period of the existing criminal record.¹⁵⁶

¹⁵¹ *Ibid*, section 9.1(1).

¹⁵² *Youth Criminal Justice Act (Statute of Canada 2002, chapter 1)*, available at <http://www.laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/Y-1.5/index.html> (15.04.2020).

¹⁵³ See *Youth Criminal Justice Act, op. cit.*, section 119(2).

¹⁵⁴ *Ibid*, section 128.

¹⁵⁵ *DNA Identification Act, op. cit.*, section 9.1(2)(a). “Serious violent offence” is defined in *Youth Criminal Justice Act, op. cit.*, section 2(1).

¹⁵⁶ *DNA Identification Act, op. cit.*, section 9.1(2)(b) and *Youth Criminal Justice Act, op. cit.*, section 120(6).

D. DENMARK

1. Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile

Registration and analysis of DNA is regulated in the **Act on the Central DNA Profile Register** (*Lov 2000-05-31 nr. 434 om Det Centrale Dna-profil-register*). According to section 2 in that Act, information registered in the DNA database is limited to information used in law enforcement for the **identification of a person**. The registered DNA profiles are only based on non-coded DNA sequences.¹⁵⁷ DNA profiles that are derived from unidentified crime scene stains are registered in the Trace Database (*spordel*).¹⁵⁸

The use of phenotyping as an investigatory tool (i.e. making a phantom image from the DNA sample without retention or use of information in a DNA register), is **not regulated under Danish law**. According to our research, the Danish **Police does not use this method**.

2. Familial DNA Searches

Familial DNA searches are not regulated in Denmark.

However, the use of this kind of searches is currently the subject of discussion by law enforcement authorities and the political parties. It seems as if a clear majority of stakeholders favour that the Police should be able to make familial searches, but that it must be done in a careful manner combined with other investigative tools avoiding any risks of wrongful accusations.¹⁵⁹ The **Danish Police has started an inquiry on the technical, professional and financial challenges of using familial searches** and a report is scheduled for mid-2020. The report, which will include an international outlook with experiences in other countries, will be an important basis for the Police's position on the matter.¹⁶⁰

3. Retention and Deletion of DNA profiles

The Danish DNA Database (*Det Centrale Dna-profil-register*) was established in 2000 through the adoption of the **Act on the Central DNA Profile Register** (*Lov 2000-05-31 nr. 434 om Det Centrale Dna-profil-register*). The database consists of two sections: an **Individual Database** (*persondel*) and a **Trace Database** (*spordel*).¹⁶¹

In the **Individual Database**, the DNA profiles that can be registered are limited to persons who are or have been charged with any offense that could lead to **imprisonment for 1 year and 6 months** or more, and for violations of section 235(2) in the Danish Penal Code (possession and distribution of child abuse

¹⁵⁷ C. A. Gulisano, Commentary to the Act on the Central DNA profile register, Karnov 2020, note 3 to section 2 in the Act.

¹⁵⁸ Act on the Central DNA Profile Register (*Lov 2000-05-31 nr. 434 om Det Centrale Dna-profil-register*), section 2.

¹⁵⁹ <https://solidaritet.dk/politiet-overvejer-ny-dna-teknologi/> (03.03.2020).

¹⁶⁰ <https://www.ft.dk/samling/20191/almindel/reu/spm/596/svar/1630511/2143853.pdf> (03.03.2020).

¹⁶¹ Act on the Central DNA Profile Register (*Lov 2000-05-31 nr. 434 om Det Centrale Dna-profil-register*), section 2.

images).¹⁶² The **Trace Database** consist of DNA profiles that are derived from a crime scene or from a victim's clothes or body.¹⁶³

3.1. Retention periods for DNA profiles

Rules on **retention periods for DNA profiles** are laid down in section 3 and 4 in the Act on the Central DNA Profile Register. Section 3 provides that if the charges against a person are unfounded, the DNA profile must be deleted immediately. Further, DNA profiles for **convicted persons** are kept until two years after their death or when they have reached the age of 80.¹⁶⁴ In cases of acquittal of the persons in question in a final judgment (*frifindelse*), or decision to dismiss the prosecution because of lack of evidence against the suspect (*påtaleopgivelse*) or waived prosecution because of mitigating circumstances, the DNA profiles must be deleted 10 years after the date of the judgment.¹⁶⁵ The 10-year rule was adopted in 2010 as a response to the European Courts of Human Rights' Marper v the United Kingdom case¹⁶⁶. Previous rules allowed for retention of the DNA profile until the acquitted person had reached 80 years of age.¹⁶⁷

DNA profiles must also be deleted if they are analysed from a DNA sample that has been taken in violation of the rules on bodily examination in Chapter 72 of the Danish Administration of Justice Act (*Retsplejeloven*). Furthermore, deletion must be made of a DNA profile of a person charged with an offense, if subsequently another person is convicted for the offense.¹⁶⁸

DNA profiles in the **Trace Database** shall be deleted when a person is identified or if the information is no longer of interest for the Police in its law enforcement activity.¹⁶⁹ A DNA profile may, however, be kept in the Trace Database also after the person is identified, but only if charges are or have not been pressed against that person and subject to his or her approval.¹⁷⁰ DNA profile of an identified deceased victim is also kept if it is important for the criminal investigation.¹⁷¹

3.2. Taking and destruction of DNA samples

The taking of DNA samples must be carried out in accordance with the rules on bodily examinations laid down in Chapter 72 of the Danish Administration of Justice Act (*Retsplejeloven*).¹⁷² According to

¹⁶² Act on the Central DNA Profile Register (Lov 2000-05-31 nr. 434 om Det Centrale Dna-profil-register), section 2(2) point 1.

¹⁶³ Act on the Central DNA Profile Register (Lov 2000-05-31 nr. 434 om Det Centrale Dna-profil-register), section 2(2) point 2.

¹⁶⁴ Act on the Central DNA Profile Register (Lov 2000-05-31 nr. 434 om Det Centrale Dna-profil-register), section 3.

¹⁶⁵ Ibid. See also C. A. Gulisano, Commentary to the Act on the Central DNA profile register, Karnov 2020, note 7 to section 3 in the Act.

¹⁶⁶ S and Marper v United Kingdom 30562/04 [2008] ECHR 1581 (4 December 2008).

¹⁶⁷ C. A. Gulisano, Commentary to the Act on the Central DNA profile register, Karnov 2020, introductory note under *Ændringslove*.

¹⁶⁸ C. A. Gulisano, Commentary to the Act on the Central DNA profile register, Karnov 2020, note 11 to section 3 in the Act.

¹⁶⁹ Act on the Central DNA Profile Register (Lov 2000-05-31 nr. 434 om Det Centrale Dna-profil-register), section 4.

¹⁷⁰ Ibid, paragraph 3.

¹⁷¹ C. A. Gulisano, Commentary to the Act on the Central DNA profile register, Karnov 2020, note 16 to section 4 in the Act.

¹⁷² Act on the Central DNA Profile Register (Lov 2000-05-31 nr. 434 om Det Centrale Dna-profil-register), section 2(2) point 1.

the general rule in section 792(2) a, a DNA sample can be taken from a person that is **suspected on reasonable grounds** (*begrundet mistanke*) for an offence that could lead to imprisonment for 1 year and 6 months or more, provided that the taking of the sample has substantial value for the purpose of the investigation.

The Danish law does not address the retention or destruction of DNA samples. This was subject to criticism in the doctrine at the time of the adoption of the law because of the sensitive personal information that can be extracted from those samples.¹⁷³ Under Danish law, the Police is only hindered from retaining material or information seized by means of bodily examination if the person concerned has not been charged with an offence.¹⁷⁴ Accordingly, **if the person has been charged with an offense, the Police may keep the material.** This also applies where the charges at a later stage have been dropped or the person acquitted. In a case from 2000 concerning vandalism, an appeals court (*landsretten*) held that the Police's keeping of fingerprint from a person after the charges were dropped, was not in violation of Article 6(2) or Article 8(1) of the European Convention on Human Rights nor of domestic administrative law principles on equality.¹⁷⁵

The Act on the Central DNA Profile Register was amended in 2010 with a provision stating that the Ministry of Justice can adopt more detailed rules on storing of biological material that have been used as basis for the creation of DNA profiles kept in the DNA register.¹⁷⁶ The reason for this was that in the light of the the European Courts of Human Rights' *Marper v the United Kingdom* case, it was considered suitable to have more detailed rules governing such material.¹⁷⁷ To our knowledge, no such rules have been adopted to date. **In practice, the DNA sample is kept at the Department of Forensic Medicine at the University of Copenhagen as long as the corresponding DNA profile is kept in the DNA register.** If the DNA profile is not registered, the Police department concerned decides after a year whether or not the sample should be destroyed.¹⁷⁸

¹⁷³ P. Blume & M. Hartlev, Registrering af dna-profiler, 1999, UfR Online U.1999B.1, p. 4.

¹⁷⁴ Danish Administration of Justice Act (Retsplejeloven), section 792 f (2).

¹⁷⁵ Case U.2000.2101, V.L.D. 26. juni 2000 i sag 8. afd. B-1269-98.

¹⁷⁶ Section 7(2) in the Act on the Central DNA Profile Register.

¹⁷⁷ Government bill LFF 2009-12-16 nr 90 Ændring af lov om Det Centrale Dna-profil-register (Frist for sletning af oplysninger om dna-profiler vedrørende sigtede, men ikke dømte personer), p. 5.

¹⁷⁸ Government bill LFF 2009-12-16 nr 90 Ændring af lov om Det Centrale Dna-profil-register (Frist for sletning af oplysninger om dna-profiler vedrørende sigtede, men ikke dømte personer), p. 3.

E. FRANCE

1. Analyse des caractéristiques personnelles du profile ADN

Le droit national français ne contient **pas de disposition spéciale** régissant les expertises génétiques aux fins de détermination de caractéristiques personnelles pour les besoins d'une procédure judiciaire.

Toutefois, une **décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 juin 2014**¹⁷⁹ a tranché la question de savoir si une expertise génétique aux fins de déterminer des traits morphologiques apparents pouvait être légalement ordonnée afin de faciliter la recherche de l'identification du coupable de viols. En l'espèce, les traces biologiques relevées sur deux des victimes n'avaient pas permis l'identification de l'auteur des faits par ses empreintes génétiques car celles-ci n'étaient pas encore répertoriées dans le Fichier nationale des empreintes génétiques. Le juge d'instruction en charge de l'affaire avait alors ordonné une analyse de ces traces pour en extraire l'ADN et en déduire les traits morphologiques apparents du suspect.

Pour ce faire, le juge d'instruction s'était fondé sur l'article 81 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale autorisant le juge d'instruction à procéder « à **tous les actes d'information qu'il juge utiles** à la manifestation de la vérité ». Ce même juge d'instruction a néanmoins saisi la chambre de l'instruction afin qu'elle se prononce sur la légalité de la mesure qu'il avait ordonnée, au regard des articles 16-10 et 16-11 du Code civil qui posent un cadre légal en matière d'utilisation de l'ADN dans deux cas de figure différents. L'article 16-10 du Code civil **interdit l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins autres que médicales ou de recherche scientifique. Il impose que la personne concernée ait donné son consentement.** En effet, il dispose :

« L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique.

Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révocable sans forme et à tout moment. »

L'article 16-11 du Code civil prévoit la possibilité de **rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques dans le cadre de mesures d'enquêtes ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire.** Cependant, il s'agit ici d'identification et non pas d'examen des caractéristiques génétiques : **seule la comparaison des empreintes avec celles recueillies dans le Fichier national des empreintes génétiques est prévue.** Les alinéas pertinents de l'article 16-11 du Code civil sont rédigés comme suit :

« L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que :

1° Dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire [...] ».

Néanmoins, l'applicabilité de ces articles 16-10 et 16-11 du Code civil à une expertise génétique aux fins de détermination des traits morphologiques apparents a été écartée dans l'arrêt de chambre d'instruction qui sera ensuite examiné par la Cour de cassation dans l'affaire susmentionnée, au motif

¹⁷⁹ Cour de cassation, chambre criminelle, 25.06.2014, pourvoi n° 13-87493, disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000029152345&fastReqId=1622039649&fastPos=1> (07.05.2020).

que le matériel biologique s'était naturellement détaché du corps humain, alors que les articles 16-10 et 16-11 du Code civil ont pour seul fondement le respect de la protection du corps humain. La Cour de cassation a confirmé cette interprétation ; elle a ajouté que dans la mesure où « l'expertise ordonnée par le magistrat instructeur [...] consistait exclusivement à révéler les **caractères morphologiques apparents** de l'auteur inconnu d'un **crime** à partir de **l'ADN que celui-ci avait laissé sur les lieux, à seule fin de faciliter son identification** », la procédure était légale.

Ainsi, selon cette décision, **l'expertise génétique aux fins de détermination des traits morphologiques apparents du suspect d'un crime est permis sur la base du régime général de l'article 81 du Code de procédure pénale.**

Toutefois, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme considèrent que la collecte, l'analyse, la conservation ou le traitement des données génétiques constituent une ingérence dans la vie privée de l'individu, qui ne peut être justifiée que si elle est prévue par la loi, qu'elle poursuit un but légitime et qu'elle est nécessaire et proportionnée¹⁸⁰. Or, la doctrine estime que ces exigences ne sont pas remplies en l'état actuel du droit français¹⁸¹. La Commission nationale consultative des droits de l'homme, saisi par la Ministre de la justice en 2015, a abondé en ce sens et appelé le législateur à légiférer¹⁸². La **Commission nationale consultative des droits de l'homme** lui recommande par exemple de réserver aux juges d'instructions la compétence d'ordonner des expertises génétiques visant à dessiner un portrait-robot. Elle est d'avis que ces expertises doivent se limiter à la détermination des traits objectifs, extérieurs, pertinents pour l'identification d'une personne et appréhendables facilement, tels que par exemple le sexe, la couleur des yeux et des cheveux, ou encore de la taille. Elle appelle à exclure des expertises les autres caractéristiques génétiques et en particulier les anomalies génétiques. Pour finir, elle recommande que les données d'une expertise ne soient utilisées que pour les besoins de l'enquête concernée, qu'elles soient traitées par des personnes habilitées à cet effet, dans des conditions de sécurité élevées et conservées pour une durée limitée au besoin de l'enquête et du procès, puis détruites¹⁸³. D'après nos recherches, aucun travail législatif n'est initié à l'heure actuelle.

En l'absence de norme encadrant les expertises génétiques ici en question, peuvent seulement être relevés les critères posés par la Cour de cassation dans sa décision de 2014 susmentionnée pour valider l'expertise génétique:

- l'ADN n'a pas été prélevé sur le suspect mais **à partir d'un matériel biologique s'étant naturellement détaché** du corps humain ;
- l'expertise consiste exclusivement à révéler les **caractères morphologiques apparents** ;
- l'expertise est menée **à seule fin de faciliter l'identification de l'auteur** de l'infraction.

¹⁸⁰ Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire S. et Marper c. Royaume-Uni*, 04.12.2008, requêtes n° 30562/04 et 30566/04, disponible sous : <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-90052> (07.05.2020).

¹⁸¹ E. Vergès, *Vers un portrait-robot génétique ? Le profil morphologique d'un suspect face aux droits fondamentaux* (Cass. Crim., 25-06-2014, n° 13-87, 493, P+B+R+I), 2014, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, disponible sous : <http://www.revuedlf.com/droit-penal/vers-un-portrait-robot-genetique-le-profil-morphologique-dun-suspect-face-aux-droits-fondamentaux-cass-crim-25-06-2014-n-13-87-493-pbri/> (07.05.2020).

¹⁸² Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis relatif à l'expertise génétique aux fins de détermination des traits morphologiques apparents*, 17.03.2016, § IV A, disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=307CB3B66DE02C8B6E32145C708D449E.tpdila23v_2?idArticle=JORFARTI000032377273&categorieLien=id&cidTexte=JORFTEXT000032377272&dateTexte= (07.05.2020).

¹⁸³ Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis relatif à l'expertise génétique aux fins de détermination des traits morphologiques apparents*, *op. cit.*, § IV B.

En l'espèce, les infractions sont des viols aggravés ; **la Cour de cassation semble tenir compte du fait qu'il s'agit d'un crime**. Toutefois, la lecture de la décision ne permet pas d'exclure que l'expertise génétique aux fins de détermination des traits morphologiques serait aussi permise pour des délits. La procédure à suivre pour ordonnée une expertise génétique visant à la détermination des traits morphologiques n'est pas non plus spécialement définie. **C'est la procédure générale qui s'applique**, c'est-à-dire que le juge d'instruction est compétent.

2. Recherche élargie en parentèle

L'article 706-56-1-1 du Code de procédure pénale, créé en 2016¹⁸⁴, prévoit la possibilité de procéder à une comparaison entre une empreinte génétique établie à partir d'une trace biologique issue d'une personne inconnue et les empreintes génétiques de parents en ligne directe éventuellement répertoriées dans le Fichier national des empreintes génétiques¹⁸⁵. L'alinéa 1 de cet article est rédigé comme suit :

« Lorsque les nécessités d'une enquête ou d'une information concernant l'un des crimes prévus à l'article 706-55 l'exigent, le procureur de la République ou, après avis de ce magistrat, le juge d'instruction, peut requérir le service gestionnaire du fichier afin qu'il procède à une comparaison entre l'empreinte génétique enregistrée au fichier établie à partir d'une trace biologique issue d'une personne inconnue et les empreintes génétiques des personnes mentionnées aux premier et deuxième alinéas de l'article 706-54 **aux fins de recherche de personnes pouvant être apparentées en ligne directe à cette personne inconnue.** »¹⁸⁶

La recherche en parentèle n'est donc pas permise pour toutes les infractions. Elle est **limité aux crimes prévus** à l'article 706-55 du Code de procédure pénale ; lequel renvoie à des **crimes contre les personnes principalement, mais pas exclusivement**¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, disponible sous : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=9A043F76BE140E91EC84520522E59CBB.tpdila08v_2?cidTexte=JORFTEXT000032627231&idArticle=&categorieLien=id (13.05.2020).

¹⁸⁵ Se prononçant sur une affaire dont les faits ont eu lieu avant l'adoption de cette disposition, la Cour de cassation avait estimé que l'extension de la recherche en parentèle aux collatéraux pouvait être exceptionnellement justifiée (les profils génétiques des collatéraux pouvant avoir des caractéristiques analogues à celles d'ascendants ou de descendants) (Cour de cassation, chambre criminelle, 28.06.2017, n° 17-80.055). Un auteur n'exclut pas que cette exception puisse encore être jugée autorisée par la Cour de cassation dans le cadre normatif actuel, en dépit de l'adoption de l'article 706-56-1-1 prévoyant expressément la limitation de la recherche aux parents en ligne directe (D. Thomas-Taillandier, Précisions sur l'utilisation des données contenues dans le FNAEG, AJ Pénal 2017, p. 451).

¹⁸⁶ Gras ajouté.

¹⁸⁷ Les crimes prévus à l'article 706-55 du Code de procédure pénale (par renvoi à de multiples dispositions du Code pénal) sont les suivants : crimes de viol, crimes de proxénétisme, crimes contre l'humanité, crimes d'atteintes volontaires à la vie de la personne, crimes de torture et actes de barbarie, crimes de violences volontaires, crimes de menaces d'atteintes aux personnes, crimes de trafic de stupéfiants, crimes d'atteintes aux libertés de la personne, crimes de traite des êtres humains, crimes d'exploitation de la mendicité, crimes de mise en péril des mineurs, crimes de vols (vols accompagnés ou suivis de violence sur autrui ayant entraîné une mutilation, infirmité permanente ou la mort, ou de tortures ou d'actes de barbarie, vols commis avec arme, ou vols en bande organisée), crimes d'extorsions (extorsions précédées, accompagnées ou suivies de violences sur autrui ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours, une mutilation ou infirmité permanente ou la mort, ou de tortures ou d'actes de barbarie, extorsions commises avec arme, ou extorsions en bande organisée), crimes de destructions, de dégradations et de détériorations (destructions, dégradations ou détériorations de bien appartenant à autrui par l'effet de substance explosive, d'incendie ou de tout

Il convient par ailleurs de préciser que **la comparaison avec les empreintes génétiques contenues dans le fichier est limitée** à celles des personnes déclarées coupables, poursuivies et déclarées irresponsable pénalement¹⁸⁸ ou à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale.

L'article cité prévoit que la comparaison des empreintes génétiques doit être requise par le procureur de la République, pour les nécessités d'une affaire dont il a la charge. Le juge d'instruction peut également la requérir, après avis du procureur de la République. C'est au gestionnaire du fichier qu'il revient ensuite de procéder à la comparaison. **Hors les cas de recherche en parentèle**, l'article 706-54 alinéa 3 du Code de procédure pénale **ouvre plus largement la compétence** de faire procéder à un rapprochement d'empreintes, puisque peuvent le faire les procureurs de la République, juge d'instruction mais aussi officier de police judiciaire. Cette disposition prévoit en effet :

« Les officiers de police judiciaire peuvent [...], d'office ou à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction, faire procéder à un rapprochement de l'empreinte de toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 avec les données incluses au fichier, sans toutefois que cette empreinte puisse y être conservée. »

3. Conservation et effacement des profils ADN

En France, les profils ADN sont enregistrés dans le **Fichier national des empreintes génétiques** (ci-après FNAEG).

L'article 706-54 du Code de procédure pénale dispose qu'il centralise les empreintes génétiques :

- issues des **traces biologiques** laissées par des personnes inconnues et recueillies dans le cadre d'une enquête relative à l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du même code¹⁸⁹,

autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes, lorsque cela a entraîné pour autrui une incapacité totale de travail, une mutilation ou infirmité permanente, ou la mort d'autrui, lorsque l'infraction a été commise en bande organisée ou en raison de la qualité de dépositaire de l'autorité publique ou de sapeur-pompier, de la personne propriétaire ou utilisatrice du bien, et lorsqu'il s'agit de l'incendie de bois, forêts, landes, maquis, plantations ou reboisements d'autrui dans des conditions de nature à exposer les personnes à un dommage corporel ou à créer un dommage irréversible à l'environnement), crimes d'atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, crimes d'actes de terrorisme, crime de fausse monnaie et crimes de guerre.

¹⁸⁸ « N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. » (article 122-1 alinéa 1 du Code pénal). Cela ne signifie pas que la personne n'a pas commis les faits qui lui sont reprochés.

¹⁸⁹ L'article 706-55 du Code de procédure pénale dispose : « Le fichier national automatisé des empreintes génétiques centralise les traces et empreintes génétiques concernant les infractions suivantes : 1° Les infractions de nature sexuelle visées à [l'article 706-47](#) du présent code ainsi que le délit prévu par [l'article 222-32](#) du code pénal ; 2° Les crimes contre l'humanité et les crimes et délits d'atteintes volontaires à la vie de la personne, de torture et actes de barbarie, de violences volontaires, de menaces d'atteintes aux personnes, de trafic de stupéfiants, d'atteintes aux libertés de la personne, de traite des êtres humains, de proxénétisme, d'exploitation de la mendicité et de mise en péril des mineurs, prévus par les [articles 221-1 à 221-5](#), [222-1 à 222-18](#), [222-34 à 222-40](#), [224-1 à 224-8](#), [225-4-1 à 225-4-4](#), [225-5 à 225-10](#), [225-12-1 à 225-12-3](#), [225-12-5 à 225-12-7](#) et [227-18 à 227-21](#) du code pénal ; 3° Les crimes et délits de vols, d'extorsions, d'escroqueries, de destructions, de dégradations, de détériorations et de menaces

- des personnes déclarées **coupables** de l'une de ces mêmes infractions,¹⁹⁰
- des personnes qui ont été poursuivies pour l'une de ces mêmes infractions mais qui ont ensuite fait l'objet d'une décision d'**irresponsabilité pénale**¹⁹¹,
- des personnes « à l'encontre desquelles il existe des **indices graves ou concordants** rendant vraisemblable qu'elles aient commis » l'une de ces mêmes infractions,
- recueillies à l'occasion des procédures de **recherche des causes de la mort ou de recherche des causes d'une disparition**¹⁹²,
- recueillies à l'occasion des recherches aux fins d'**identification de personnes décédées** dont l'identité n'a pu être établie (néanmoins ces données font l'objet d'un enregistrement distinct au sein du fichier)¹⁹³.

L'article R53-10 précise cette disposition¹⁹⁴. Il prévoit en particulier que les empreintes génétiques sont **inscrites au FNAEG sur décision de l'officier de police judiciaire, agissant soit d'office, soit à la**

d'atteintes aux biens prévus par les [articles 311-1 à 311-13](#), [312-1 à 312-9](#), [313-2](#) et [322-1 à 322-14](#) du code pénal ; 4° Les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, les actes de terrorisme, la fausse monnaie, l'association de malfaiteurs et les crimes et délits de guerre prévus par les [articles 410-1 à 413-12](#), [421-1 à 421-6](#), [442-1 à 442-5](#), [450-1](#) et [461-1 à 461-31](#) du code pénal ; 5° Les délits prévus aux articles [222-52 à 222-59](#) du code pénal, aux articles [L. 2339-2](#), [L. 2339-3](#), [L. 2339-4](#), [L. 2339-4-1](#), [L. 2339-10](#) à [L. 2339-11-2](#), [L. 2353-4](#) et [L. 2353-13](#) du code de la défense et aux articles [L. 317-1-1](#) à [L. 317-9](#) du code de la sécurité intérieure ; 6° Les infractions de recel ou de blanchiment du produit de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 5°, prévues par les [articles 321-1 à 321-7](#) et [324-1 à 324-6](#) du code pénal. ».

¹⁹⁰ L'article 706-56-1 du Code de procédure pénale prévoit en outre la possibilité de répertorier les empreintes génétiques des personnes résidant habituellement sur le territoire français (qu'ils soient ou non de nationalité française) et qui ont été condamnés par une juridiction pénale étrangère pour une infraction de même nature que celles mentionnées aux 1° et 2° de l'article 706-55 du Code de procédure pénale (cf. note de bas de page précédente). Cette possibilité est ouverte lorsque les condamnations, en application d'une convention ou d'un accord international, ont fait l'objet d'un avis aux autorités françaises ou ont été exécutées en France.

¹⁹¹ Comme cela a déjà été précisé, « [n]'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. » (article 122-1 alinéa 1 du Code pénal). Cela ne signifie pas que la personne n'a pas commis les faits qui lui sont reprochés.

¹⁹² L'article R53-10 du Code de procédure pénale précise, en son 3°, qu'il s'agit des « échantillons biologiques prélevés sur des cadavres non identifiés et des traces biologiques issues de personnes inconnues » ; il précise encore en son 5°, que, dans le cadre d'une disparition, il peut aussi s'agir des échantillons prélevés, avec leurs accords, sur les ascendants et descendants de la personne disparue.

¹⁹³ L'article 706-54 du Code de procédure pénale précise, en son alinéa 6, que les « empreintes génétiques des ascendants, descendants et collatéraux des personnes dont l'identification est recherchée ne peuvent être conservées dans le fichier que sous réserve du consentement éclairé, exprès et écrit des intéressés ».

¹⁹⁴ L'article R53-10 du Code de procédure pénale est rédigé comme suit : « I. Sur décision de l'officier de police judiciaire, agissant soit d'office, soit à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction, font l'objet d'un enregistrement au fichier les résultats des analyses d'identification par empreintes génétiques : 1° Des traces biologiques issues de personnes inconnues, recueillies dans le cadre d'une enquête préliminaire, d'une enquête pour crime ou délit flagrant, ou d'une instruction préparatoire, relatives à l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 ; 2° Des échantillons biologiques prélevés dans le cadre d'une enquête préliminaire, d'une enquête pour crime ou délit flagrant, ou d'une instruction préparatoire sur les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 ; 3° Des échantillons biologiques prélevés sur des cadavres non identifiés et des traces biologiques issues de personnes inconnues, recueillies dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes de la mort ou pour recherche des causes d'une disparition inquiétante ou suspecte prévue par les articles 74,74-1 ou 80-4 ; 4° Des échantillons biologiques issus ou susceptibles

demande du procureur de la République ou du juge d'instruction. Seul l'enregistrement des empreintes des **personnes définitivement condamnées** pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale est effectué **exclusivement sur décision du procureur de la République** ou du procureur général.

Différents temps de conservation des données sont prévus. La règle générale est que les informations sont enregistrées pour une **durée maximale de quarante ans**, sauf **exceptions** :

- les empreintes des personnes « à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis » l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale sont conservées dans le FNAEG pour une durée de **vingt-cinq ans**^{195 196} ; le procureur de la République peut, sans attendre l'expiration de ce délai, faire effacer ces empreintes lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire¹⁹⁷ ;
- il y a effacement des données **dès** réception par le service gestionnaire du fichier d'un avis l'informant de **l'identification définitive de la personne décédée**¹⁹⁸ ;
- il y a effacement des données d'une personne disparue et de ses ascendants et descendants **dès** réception par le service gestionnaire du fichier d'un avis de **découverte de cette personne**¹⁹⁹ ;
- les empreintes recueillies à l'occasion des recherches aux fins d'identification de personnes décédées dont l'identité n'a pu être établie sont effacées sur instruction du procureur de la République **lorsqu'il est mis fin aux recherches d'identification**²⁰⁰ ;
- **dès que les ascendants et descendants des personnes disparues en font la demande**, leurs données sont effacées²⁰¹.

d'être issus d'une personne disparue, recueillis dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes d'une disparition inquiétante ou suspecte prévue par les articles 74-1 ou 80-4 ; 5° Des échantillons biologiques prélevés, avec leur accord, sur les ascendants et descendants d'une personne disparue, dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes d'une disparition inquiétante ou suspecte prévue par les articles 74-1 ou 80-4. Dans les cas prévus à l'alinéa précédent, l'accord des personnes est recueilli par procès-verbal. Les personnes intéressées précisent également, par une mention expresse à ce même procès-verbal, qu'elles autorisent la comparaison entre leur empreinte génétique et l'ensemble des traces et empreintes enregistrées ou susceptibles d'être enregistrées dans le fichier jusqu'à la découverte de la personne disparue ou, à défaut, pendant une durée de vingt-cinq ans, à moins qu'il n'y ait dans ce délai un effacement par application du troisième alinéa de l'article R. 53-13-1. En l'absence d'une telle autorisation, ces empreintes ne peuvent être comparées qu'avec les empreintes des cadavres non identifiés. II. Sur décision, selon le cas, du procureur de la République ou du procureur général, font l'objet d'un enregistrement au fichier les résultats des analyses d'identification par empreintes génétiques des échantillons biologiques prélevés sur des personnes définitivement condamnées pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55. »

¹⁹⁵ La diminution du délai de conservation de 40 à 25 ans n'est pas possible lorsque la personne a fait l'objet d'une décision de classement sans suite, de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement exclusivement fondée sur l'existence d'un trouble mental (article R53-14 alinéa 4 *in fine* du Code de procédure pénale).

¹⁹⁶ Article R53-14 du Code de procédure pénale.

¹⁹⁷ Article R53-14 alinéa 4 du Code de procédure pénale.

¹⁹⁸ Articles R53-14-1 du Code de procédure pénale.

¹⁹⁹ Article R53-14-2 du Code de procédure pénale ; l'article R53-10 du Code de procédure pénale précise qu'à défaut de découverte de la personne disparue, les empreintes génétiques des ascendants et descendants peuvent être comparées pendant une durée de vingt-cinq ans.

²⁰⁰ Article 706-54 alinéa 6 du Code de procédure pénale.

²⁰¹ Article R53-13-1 du Code de procédure pénale.

D'autres types de personnes peuvent également **demandeur l'effacement** de leurs empreintes génétiques du FNAEG avant l'expiration des durées de conservation. Premièrement, les **personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions** mentionnées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale, les personnes déclarées coupables de l'une des infractions mentionnées au même article et les personnes poursuivies pour l'une des infractions mentionnées au même article ayant fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale peuvent en faire la demande au procureur de la République, « lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier »²⁰². Si le magistrat n'ordonne pas l'effacement, la personne peut exercer un recours devant le président de la chambre de l'instruction²⁰³. La **possibilité de demander l'effacement pour les personnes jugées coupables ou irresponsables pénalement** a été introduite en 2019²⁰⁴, suite à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme²⁰⁵. Cette nouvelle disposition prévoit que les intéressés ne pourront demander l'effacement qu'**à l'issue d'un délai**²⁰⁶ qui n'est, pour l'heure, **pas encore fixé**. Deuxièmement, les personnes dont les empreintes génétiques ont été recueillies à l'occasion de **recherches aux fins d'identification de personnes décédées** dont l'identité n'a pu être établies peuvent demander l'effacement de leurs empreintes génétiques au procureur de la République, lorsqu'il est mis fin aux recherches d'identification qui ont justifié leur recueil²⁰⁷. Troisièmement, **les ascendants et descendants d'une personne disparue** peuvent demander au procureur de la République d'effacer leurs empreintes génétiques ; il est obligatoirement fait droit à leur demande²⁰⁸.

Nos recherches n'ont pas permis d'identifier des règles spéciales pour les mineurs²⁰⁹.

En matière de conservation des prélèvements, **seule est prévue la conservation des traces et échantillons mentionnés aux 1°, 3° et 4° de l'article R53-10 du Code de procédure pénale**, à savoir, respectivement :

- les traces biologiques issues de personnes inconnues, recueillies dans le cadre d'une enquête relative à l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale ;
- les échantillons biologiques prélevés sur des cadavres non identifiés et des traces biologiques issues de personnes inconnues, recueillies dans le cadre d'une enquête pour recherche des causes de la mort ou pour recherche des causes d'une disparition ;
- les échantillons biologiques issus ou susceptible d'être issus d'une personne disparue recueillis dans le cadre d'une enquête.

²⁰² Article 706-54-1 alinéa 3 du Code de procédure pénale.

²⁰³ Article 706-54-1 alinéa 3 du Code de procédure pénale.

²⁰⁴ Loi n° 2019-222 du 23.03.2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

²⁰⁵ Cour européenne des droits de l'homme, *Affaire Aycaguer c. France*, 22.06.2017, requête n°8806/12, disponible sous : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-174441%22%5D%7D> (07.05.2020). Pour une affaire faisant suite à cette décision de la Cour européenne, mais concernant "une personne qui n'était pas condamnée mais à l'encontre de laquelle il existait des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55" du Code de procédure pénale, voir : Cour de cassation, chambre criminelle, 15.01.2019, n° 17-87.185.

²⁰⁶ Article 706-54-1 alinéa 1 du Code de procédure pénale.

²⁰⁷ Article 706-54 alinéa 6 du Code de procédure pénale.

²⁰⁸ Article R53-13-1 alinéa 3 du Code de procédure pénale.

²⁰⁹ Voir néanmoins : Cour de cassation, chambre criminelle, 12.09.2007, n° 06-85.687, où la Cour estime qu'une mesure de protection judiciaire décidée par un tribunal pour enfants à l'égard d'un mineur ne constitue pas une condamnation pénale justifiant l'inscription au FNAEG.

La conservation de ces traces et échantillons biologiques n'est effectuée que pour ceux à partir desquels ont été déterminés des **profils génétiques qui sont enregistrés au FNAEG**²¹⁰. Répondant à notre sollicitation, le Pôle judiciaire de la gendarmerie nationale nous a indiqué que les traces et prélèvements qui n'ont pas donné lieu à un enregistrement au FNAEG sont renvoyés au greffe de la juridiction compétente²¹¹.

L'article R53-20 du Code de procédure pénale prévoit que le procureur de la République, l'officier de police judiciaire ou le juge d'instruction peuvent décider que les scellés de ces prélèvements sont adressés au **service central de préservation des prélèvements biologiques** en vue de leur conservation. Ils y sont conservés pendant **quarante ans**, après quoi il est procédé à leur destruction. Toutefois, en cas d'effacement au FNAEG avant ce délai, le service procède, sur instruction de l'autorité judiciaire, à la destruction du scellé.

En ce qui concerne **les autres échantillons**, c'est-à-dire ceux prélevés dans le cadre d'une enquête sur les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordant rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale (échantillons mentionnés au 2° de l'article R53-10 du Code de procédure pénale), ceux prélevés sur les ascendants et descendants d'une personne disparue (échantillons mentionnés au 5° de l'article R53-10 du Code de procédure pénale) et ceux des personnes définitivement condamnées pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale (échantillons mentionnés au II de l'article R53-10 du Code de procédure pénale), **leur conservation n'est pas prévue**. La doctrine en déduit qu'ils ne sont pas conservés²¹². Répondant à notre sollicitation, le Pôle judiciaire de la gendarmerie nationale le confirme, puisqu'il nous a indiqué que « depuis 2004, les prélèvements effectués sur les **individus identifiés** ne sont plus conservés au service central de préservation des prélèvements biologiques. Ils sont **détruits à l'issue de l'analyse** »²¹³.

²¹⁰ Article R53-20 du Code de procédure pénale.

²¹¹ Capitaine Côte P., Chef de la section Relations extérieures du Pôle judiciaire de la Gendarmerie nationale, courrier électronique du 06.06.2017, disponible sur demande.

²¹² Byk C., Fasc. 20: Fichier national automatisé des empreintes génétiques, 12.07.2018 (dernière mise à jour le 16.05.2019), in JurisClasseur Procédure pénale. Art. 706-54 à 706-56, N. 83.

²¹³ Capitaine Côte P., Chef de la section Relations extérieures du Pôle judiciaire de la Gendarmerie nationale, courrier électronique du 06.06.2017, disponible sur demande.

F. GERMANY

1. Analyse persönlicher Eigenschaften aus dem DNA-Profil

1.1. Persönliche Eigenschaften

Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens ist das **Ermitteln von Persönlichkeitsmerkmalen aus der DNA ausdrücklich verboten, soweit sie über die im Folgenden dargestellten Merkmale hinausgehen.**²¹⁴ Die entsprechenden Vorschriften wurden mit Wirkung ab Ende August 2017²¹⁵ ein wenig und mit Wirkung ab Mitte Dezember 2019²¹⁶ nochmals deutlich erweitert.

Nach § 81e Strafprozessordnung (StPO)²¹⁷ dürfen sogenannte molekulargenetische Untersuchungen zur Erforschung des zu ermittelnden Sachverhalts vorgenommen werden, soweit sie dazu dienen, das **DNA-Identifizierungsmuster**, die **Abstammung** oder das **Geschlecht** festzustellen und die Ergebnisse **mit Vergleichsmaterial abzugleichen**. Dies ist sowohl bei Material vom Beschuldigten als auch von möglichen Zeugen gestattet, wenn das Material rechtmässig²¹⁸ erlangt wurde. Das Gesetz besagt ausdrücklich, dass „[a]ndere Feststellungen [...] nicht erfolgen [dürfen]“ und dass „hierauf gerichtete Untersuchungen [...] unzulässig [sind].“²¹⁹ Dies gilt jeweils nicht nur für Material, welches dem Beschuldigten oder möglichen Zeugen entnommen wurde, sondern auch für solches, das aufgefunden, sichergestellt oder beschlagnahmt wurde.²²⁰

Bei **Spurenmaterial, von dem nicht bekannt ist, von wem es stammt**, dürfen seit Ende 2019 auch Feststellungen über die **Augen-, Haar- und Hautfarbe** sowie über das **Alter** der Person getroffen werden, soweit dies der Erforschung des Sachverhalts erforderlich ist.²²¹ Die so gewonnenen Erkenntnisse soll es im Rahmen des Ermittlungsverfahrens den möglichen Täterkreis eingrenzen.²²² Damit wurde die Möglichkeit einer molekulargenetischen Untersuchung vom uncodierten auch auf den codierten Teil der DNA erweitert.²²³ Obwohl dies im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zunächst diskutiert worden war,²²⁴ sieht das Gesetz eine Auswertung **äusserlich nicht sichtbarer Merkmale** wie insbesondere der biogeografischen Herkunft nicht vor. Dies steht mit einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in Einklang, welches eine Analyse als **verfassungswidrig** verbietet, die das Erstellen eines Persönlichkeitsprofils aufgrund persönlichkeitsrelevanter Merkmale wie Erbanlagen, Charaktereigenschaften oder Krankheiten des Betroffenen ermöglichen könnte.²²⁵

²¹⁴ § 81e Abs. 1 S. 2 Strafprozessordnung (StPO).

²¹⁵ Bundesgesetzblatt (BGBl.) I 2017, S. 3202, 3203.

²¹⁶ Bundesgesetzblatt (BGBl.) I 2019, S. 2121, 2122.

²¹⁷ § 81e Abs. 1 S. 1, 2 Strafprozessordnung (StPO).

²¹⁸ Für den Beschuldigten richtet sich dies nach § 81a Strafprozessordnung (StPO), für mögliche Zeugen nach § 81c StPO.

²¹⁹ § 81 Abs. 1 S. 2 Strafprozessordnung (StPO).

²²⁰ § 81e Abs. 2 S. 1, 3 in Verbindung mit Abs. 1 S. 2 Strafprozessordnung (StPO).

²²¹ § 81e Abs. 2 S. 1 Strafprozessordnung (StPO).

²²² Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf, Drucksache 19/14747 vom 05.11.2019, verfügbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/147/1914747.pdf> (25.05.2020), S. 27.

²²³ M. Schneider, DNA-Analyse und Strafverfahren de lege ferenda, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ) 20198, S. 692, 693; M. Schreiber, Einführung des „genetischen Steckbriefs“, in Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2019, S. 105, 105;

²²⁴ Bundesrat, Plenarprotokoll 953. Sitzung vom 10.02.2017, verfügbar unter http://www.bundesrat.de/SharedDocs/downloads/DE/plenarprotokolle/2017/Plenarprotokoll-953.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (25.05.2020), S. 20 ff.

²²⁵ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 14.12.2000 – 2 BvR 1741/99.

Angestossen wurden diese Erweiterungen durch **bundesweit geführte Diskussionen in der Gesellschaft**. Anlass hierfür waren einerseits zwei Mordfälle in Freiburg²²⁶ und andererseits der Mord an einer Polizistin in Heilbronn²²⁷ sowie zahlreiche weitere Straftaten. In Freiburg wurden innerhalb weniger Monate zwei Morde an jungen Frauen begangen, wobei beide Taten nicht miteinander in Verbindung stehen. Sie haben jedoch gemein, dass während der Suche nach den jeweiligen Tätern vermehrt die Forderung laut wurde, aufgefundenenes Spurenmaterial molekulargenetisch zu untersuchen, um dadurch mehr Informationen über den Täter zu erfahren und diesen schneller ausfindig machen zu können. In Heilbronn hingegen wurde im Rahmen der gestatteten Analyse von aufgefundenem Spurenmaterial festgestellt, dass dies von einer osteuropäischen²²⁸ Frau stammt. An 40 anderen Tatorten wurden ebenfalls Spuren gefunden, die der gleichen Person zugeordnet wurden. Aufgrund der Entfernung zwischen den Tatorten wurde lange Zeit nach Frauen gesucht, die dem Volk der Sinti und Roma angehört und damit dem sogenannten „Fahrenden Volk“, welches regelmässig den Ort wechselt. Schliesslich wurde jedoch festgestellt, dass die DNA-Spuren von verunreinigten Wattestäbchen herrühren, die am Tatort zur Spurensicherung verwendet wurden und die bei ihrer Herstellung versehentlich mit Spuren einer Fabrikarbeiterin verunreinigt wurden. Der Mord an der Polizistin in Heilbronn wird inzwischen hingegen einem Mitglied des Nationalsozialistischen Untergrunds NSU zugeordnet.²²⁹

Parallel hierzu gestattet es § 81g Strafprozessordnung, dem Beschuldigten unter bestimmten **Voraussetzungen** Körperzellen zur **Feststellung seines DNA-Identifizierungsmusters sowie seines Geschlechts** zu entnehmen.²³⁰ Hierfür muss der Beschuldigte entweder einer **Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung** oder einer **Straftat von erheblicher Bedeutung** verdächtig sein. Als letztere gelten Verbrechen und damit Straftaten, für welche das Gesetz eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr anordnet,²³¹ sowie schwerwiegende Vergehen^{232, 233}. Zusätzlich muss **Grund zur Annahme** bestehen, dass **in Zukunft Strafverfahren wegen einer Straftat von erheblicher Bedeutung** gegen ihn geführt werden müssen, wobei das wiederholte Begehen einer Straftat dem Unrechtsgehalt

²²⁶ Siehe hierzu beispielsweise M. Schreiber, Einführung des «genetischen Steckbriefs», in Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2019, S. 105, 105; Ch. Berndt, Wie der Täter wahrscheinlich aussieht, in Süddeutsche Zeitung vom 09.06.2017, verfügbar unter <http://www.sueddeutsche.de/politik/kriminalitaet-wie-der-taeter-wahrscheinlich-aussieht-1.3538626> (28.05.2020).

²²⁷ Siehe hierzu beispielsweise Der Spiegel vom 27.03.2009, Ermittlungspanne: „Phantom-Mörderin“ ist ein Phantom, verfügbar unter <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/ermittlungspanne-phantom-moerderin-ist-ein-phantom-a-615969.html> (28.05.2020); F. Jansen, Mord aus Hass auf die Polizei, in Der Tagesspiegel vom 16.01.2014, verfügbar unter <http://www.tagesspiegel.de/politik/nsu-prozess-die-verunreinigten-wattestaebchen-und-die-angebliche-massenmoederin/9342416-2.html> (28.05.2020).

²²⁸ Diese Information stammte von einem österreichischen Wissenschaftler, da auch in Österreich und Frankreich Spuren derselben DNA gefunden wurden, J. Diehl, Aktenzeichen UWP ungelöst, in Der Spiegel vom 18.03.2009, verfügbar unter <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/heilbronner-polizistenmord-aktenzeichen-uwp-ungeloest-a-613763.html> (28.05.2020).

²²⁹ Siehe zusammenfassend zu diesen beiden Fällen die Rede von Justiz- und Verbraucherschutzminister H. Maas anlässlich der Eröffnung des Symposiums „Möglichkeiten und Grenzen der DNA-Analyse“ am 21.03.2017, vormals verfügbar unter http://www.bmiv.de/SharedDocs/Reden/DE/2017/03212017_Symposium_DNA-Analyse.html (09.06.2017), inzwischen nicht mehr online verfügbar.

²³⁰ § 81g Abs. 1 S. 1 Strafprozessordnung (StPO).

²³¹ § 12 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB).

²³² Hier wurden in der Rechtsprechung beispielsweise anerkannt: Vergehen nach dem Betäubungsmittelgesetz, nach dem Aufenthaltsgesetz, dem Waffengesetz, Hehlerei, gewerbsmässige Steuerhehlerei oder -hinterziehung; S. Ritzert, in J.-P. Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, 27. Ed., München 2017, § 81g StPO, Rn. 2.1.

²³³ A. Hadamitzky, in R. Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl., München 2019, § 81g, Rn. 5.

einer Straftat von erheblicher Bedeutung gleichstehen kann.²³⁴ Diese Annahme kann entweder auf der Art oder Ausführung der Tat beruhen oder auf der Persönlichkeit des Beschuldigten oder auf anderen Erkenntnissen.²³⁵

1.2. Genehmigungsverfahren

Für Material, das einer Person entnommen wurde, gestattet das Gesetz die molekulargenetische Untersuchung, wenn die betroffene Person **schriftlich eingewilligt** hat und darüber **belehrt** wurde, für welchen Zweck die Daten verwendet werden.²³⁶ In diesem Fall kann die stets erforderliche²³⁷ schriftliche Anordnung der Untersuchung nicht nur vom Gericht, sondern auch von der Staatsanwaltschaft oder den ermittelnden Polizisten erteilt werden. **Ohne eine solche Einwilligung** ist eine Untersuchung nur dann möglich, wenn das **Gericht diese angeordnet** hat, wobei im Falle von Gefahr im Verzug auch die **Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen** die Anordnung treffen können.²³⁸ Gefahr im Verzug kann nach den Erläuterungen zum Gesetzesentwurf auch dann vorliegen, wenn ohne das Ergebnis einer molekulargenetischen Untersuchung der für Untersuchungshaft erforderliche dringende Tatverdacht nicht vorliegen würde.²³⁹ Die Anordnung muss auch den **unabhängigen Sachverständigen** beauftragen, welcher das Material ohne Kenntnis von Namen, Anschrift, Geburtstag und -monat untersucht und dabei gewährleisten muss, dass unzulässige molekulargenetische Untersuchungen sowie eine unbefugte Kenntnisnahme durch Dritte ausgeschlossen sind.²⁴⁰

Dieselben Vorgaben gelten nun auch für die molekulargenetische Untersuchung von **aufgefundenem, beschlagnahmtem oder sichergestelltem Material, wenn bekannt ist, von wem es stammt.**

Ist ein Beschuldigter einer Straftat gegen die **sexuelle Selbstbestimmung** oder einer **Straftat von erheblicher Bedeutung** verdächtig, so kann gemäss **§ 81g Strafprozessordnung** unter bestimmten Voraussetzungen die Entnahme und Untersuchung von Körperzellen angeordnet werden, um sein **DNA-Identifizierungsmuster und sein Geschlecht festzustellen**. Dies ist jedoch nur dann möglich, wenn **künftige Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung gegen ihn zu befürchten sind**. Entnahme und molekulargenetische Untersuchung von Körperzellen können sowohl **im Laufe des Ermittlungsverfahrens** als auch **nach rechtskräftiger Verurteilung** oder in bestimmten, dieser in diesem Zusammenhang **gleichgestellten Fällen**²⁴¹ angeordnet werden.²⁴² Nicht gestattet sind Entnahme und Untersuchung von Körperzellen allerdings bei Kindern.²⁴³ Der Beschuldigte muss in die Entnahme der Körperzellen sowie in deren Untersuchung **einwilligen**, jedoch muss dies schriftlich

²³⁴ § 81g Abs. 1 S. 2 Strafprozessordnung (StPO).

²³⁵ § 81g Abs. 1 S. 1 Strafprozessordnung (StPO).

²³⁶ § 81f Abs. 1 S. 1 Strafprozessordnung (StPO).

²³⁷ M. Goers, in J.-P. Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, 36. Ed., München 2020, § 81f StPO, Rn. 1.

²³⁸ § 81f Abs. 1 S. 1, 2 Strafprozessordnung (StPO).

²³⁹ Bundestags-Drucksache (BT-Drs.) 15/5674 vom 14.06.2005, verfügbar unter <http://dip21.bundestag.de/doc/btd/15/056/1505674.pdf> (25.05.2020), S. 8.

²⁴⁰ § 81f Abs. 2 S. 3, 2 Strafprozessordnung (StPO).

²⁴¹ Der Beschuldigte wurde nicht verurteilt wegen (1) erwiesener oder nicht auszuschliessender Schuldunfähigkeit, (2) auf Geisteskrankheit beruhender Verhandlungsunfähigkeit oder (3) fehlender oder nicht auszuschliessender fehlender Verantwortlichkeit im Sinne des § 3 Jugendgerichtsgesetz (JGG); § 81g Abs. 4 Nr. 1-3 Strafprozessordnung (StPO).

²⁴² § 81g Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit Abs. 4 Strafprozessordnung.

²⁴³ G. Pfeiffer, Strafprozessordnung: Kommentar, 5. Aufl., München 2005, § 81g, Rn. 2; M. Goers, in J.-P. Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, 36. Ed., München 2020, § 81g StPO, Rn. 1.

geschehen und er muss darüber belehrt worden sein, zu welchem Zweck die zu erhebenden Daten verwendet werden.²⁴⁴ Hat die betroffene Person nicht schriftlich eingewilligt, so ist lediglich das Gericht dazu befugt, die Entnahme der Körperzellen sowie deren Untersuchung **anzuordnen**. Bei Gefahr im Verzug dürfen auch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen, also die im jeweiligen Verfahren beteiligten Polizisten, die Entnahme der Körperzellen anordnen, nicht jedoch deren molekulargenetische Untersuchung.²⁴⁵

1.3. Entdecken von Krankheiten

Weder im Rahmen der molekulargenetischen Untersuchung gemäss § 81e Strafprozessordnung **noch** im Rahmen derjenigen nach § 81g Strafprozessordnung regelt das Gesetz den Fall, dass bei der Untersuchung **Krankheiten entdeckt** werden. Beide Vorschriften stellen im Gegenteil klar, dass **anderweitige Feststellungen als die ausdrücklich genannten nicht getroffen werden dürfen**.²⁴⁶ Daraus ergibt sich, dass die Krankheit anlässlich einer an sich schon rechtswidrigen Untersuchung entdeckt würde. Die Kommentar-Literatur ergänzt zudem, dass auch Untersuchungen zur Gefahrenabwehr im Hinblick auf ansteckende Krankheiten verboten sind.²⁴⁷

2. Verwandtenrecherchen

Mit Wirkung ab 24. August 2017 ist im deutschen Strafprozessrecht die sogenannte „**familial search**“ **in gewissem Masse ausdrücklich erlaubt**. Damit ist es nun gestattet, im Rahmen von DNA-Reihenuntersuchungen durch teilweise Übereinstimmungen (**Beinahetreffer**) auf Familienmitglieder der Person als mögliche Verdächtige aufmerksam zu werden. Dieser Aspekt war zuvor offenbar bei Erlass der Regelung über Reihenuntersuchungen übersehen worden.²⁴⁸ Dem **Wortlaut** nach dürfen DNA-Reihenuntersuchungen bei Verbrechen gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung unter bestimmten Voraussetzungen vorgenommen werden, „soweit dies zur Feststellung erforderlich ist, ob das Spurenmaterial von diesen Personen **oder von ihren Verwandten in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grad stammt**“²⁴⁹.

Demnach darf nun DNA-Material, welches im Rahmen einer Reihenuntersuchung freiwillig gegeben wurde, auch dann **deanonymisiert** werden, wenn es zwar nicht mit Spurenmaterial von der Tat übereinstimmt, jedoch **auf eine Verwandtschaft zwischen den Personen schliessen lässt**. Sodann

²⁴⁴ § 81g Abs. 3 S. 3 Strafprozessordnung (StPO).

²⁴⁵ § 81g Abs. 3 S. 1, 2 Strafprozessordnung (StPO).

²⁴⁶ § 81e Abs. 1 S. 3, § 81g Abs. 2 S. 2 Strafprozessordnung.

²⁴⁷ Th. Trüch, in H. Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung Band 1 §§ 1-150 StPO, 1. Aufl. München 2014, § 81g, Rn. 16; A. Hadamitzky, in R. Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 8. Aufl., München 2019, § 81g, Rn. 12.

²⁴⁸ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 13.05.2015 – 2 BvR 616/13; Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 20.12.2012 – 3 StR 117/12; D. Magnus, Beinahetreffer bei Massengentests – Handlungsbedarf für den Gesetzgeber?, in Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2015, S. 13 (13); vgl. Bundestags-Drucksache (BT-Drs.) 15/5674 vom 12.08.2005.

²⁴⁹ § 81h Abs. 1 Strafprozessordnung (StPO); Hervorhebung durch das Institut.

kann **im Verwandtenkreis weiter ermittelt** und, unter Achtung der gesetzlichen Vorgaben hierfür,²⁵⁰ eine molekulargenetische Untersuchung gegenüber der so ermittelten Person angeordnet werden.²⁵¹ Teilnehmende an einer solchen Reihenuntersuchung müssen nun auf diese weitergehende Konsequenz **explizit hingewiesen werden**²⁵² und **schriftlich einwilligen**.²⁵³

Die **bis Mitte des Jahres 2017 bestehende Gesetzeslücke** war insbesondere durch eine **Entscheidung des Bundesgerichtshofes von 2013** deutlich geworden. Dieser hatte einen Fall entschieden, in welchem eine Person auf Grundlage zweier solcher Beinahetreffer als Täter einer brutal begangenen Vergewaltigung ausfindig gemacht wurde. Dadurch, dass die DNA-Untersuchungen seines Vaters und seines Onkels im Rahmen einer Reihenuntersuchung teilweise Übereinstimmungen aufwiesen, wurde die Staatsanwaltschaft auf den minderjährigen Sohn aufmerksam, welcher aufgrund seines Alters nicht an der Reihenuntersuchung teilgenommen hatte. Daraufhin wurde ein molekulargenetischer Abgleich der DNA des Sohnes mit dem am Tatort gefundenen Material angeordnet und die Übereinstimmung festgestellt. Der Sohn wurde sodann zu einer fünfjährigen Jugendstrafe verurteilt. Der Bundesgerichtshof hatte dieses Vorgehen **zumindest für diesen Einzelfall für rechtmässig erklärt**²⁵⁴ und auch das Bundesverfassungsgericht hatte keinen rechtswidrigen Grundrechtsverstoss festgestellt.²⁵⁵ Im deutschen Recht muss zwischen der Beweismittelerhebung, der Beweismittelverwendung im weiteren Ermittlungsverfahren sowie der Beweismittelverwertung im strafgerichtlichen Verfahren unterschieden werden. Ein verfahrensfehlerhaft erhobenes Beweismittel unterfällt nicht automatisch einem Verwertungsverbot, sondern es ist im Einzelfall zu prüfen, ob das Beweismittel verwertet werden darf oder nicht (sogenannte **Abwägungslehre**).²⁵⁶ Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs wurde die **Beweismittelerhebung**, das heisst die DNA-Reihenuntersuchung bei Vater und Onkel, **rechtmässig** durchgeführt. Jedoch stellte die **Verwendung** des Ergebnisses als Grundlage für das Anordnen einer gezielten molekulargenetischen Untersuchung von Körperzellen des Sohnes einen **Verstoss gegen die Grundrechte von Vater und Onkel** dar. Demnach sei gegen deren Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit²⁵⁷ sowie gegen den Schutz ihrer Familie²⁵⁸ verstossen worden, ohne dass hierfür eine ausreichende gesetzliche Grundlage vorgelegen hätte. Dem Sohn hätten keine Körperzellen entnommen werden und diese hätten nicht mit dem Material vom Tatort abgeglichen werden dürfen. Dennoch ist der Bundesgerichtshof der Ansicht, das Ergebnis dieses Abgleichs dürfe **ausnahmsweise im strafgerichtlichen Verfahren gegen den Sohn verwendet werden**. Grund hierfür sei in erster Linie, dass der **Gesetzesverstoss** seitens der ermittelnden Staatsanwaltschaft **nicht beabsichtigt gewesen sei, sondern auf der unklaren Rechtslage beruht habe**. Die Strafprozessordnung sehe in anderen Fällen vor, dass Zufallsfunde verwertet werden dürfen, wie insbesondere im Rahmen einer Durchsuchung gefundene Gegenstände, die Hinweise auf eine andere

²⁵⁰ §§ 81a und 81e Strafprozessordnung (StPO) für Beschuldigte, §§ 81c und 81e StPO für Zeugen. Siehe hierzu unter Punkt 1. in diesem Gutachten zum deutschen Recht.

²⁵¹ T. Niedernhuber, Die StPO-Reform 2017 – wichtige Änderungen im Überblick, in Juristische Ausbildungsblätter (JA) 2018, S. 169, 169f.; M. Goers, in J.-P. Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, 36. Ed., München 2020, § 81h StPO, Rn. 3f.

²⁵² § 81h Abs. 4 S. 2 Nr. 2, 3 Strafprozessordnung (StPO).

²⁵³ § 81h Abs. 1 Strafprozessordnung (StPO).

²⁵⁴ Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 20.12.2012 – 3 StR 117/12.

²⁵⁵ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 13.05.2015 – 2 BvR 616/13. Siehe zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs und teilweise auch des Bundesverfassungsgerichts beispielsweise D. Magnus, Beinahetreffer bei Massengentests – Handlungsbedarf für den Gesetzgeber?, in Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2015, S. 13; R. Busch, Verwertbarkeit von „Beinahetreffern“ aus DNA-Reihenuntersuchungen, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2013, S. 1771.

²⁵⁶ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 13.05.2015 – 2 BvR 616/13; Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 20.12.2012 – 3 StR 117/12.

²⁵⁷ Art. 2 Grundgesetz (GG).

²⁵⁸ Art. 6 Grundgesetz (GG).

Straftat geben²⁵⁹. Daher sei die Verwendung der Erkenntnisse im weiteren Ermittlungsverfahren nachvollziehbar und stelle vor allem keine „bewusste oder gar willkürliche Umgehung des Gesetzes oder grundrechtlich geschützter Positionen“ dar.²⁶⁰

3. Aufbewahrungsdauer/Löschfristen für DNA-Profile

Im deutschen Strafverfahren dürfen die durch eine Analyse von DNA-Material im erlaubten Rahmen gewonnenen **Informationen zur Identitätsfeststellung in eventuellen zukünftigen Verfahren gespeichert** werden. Hierfür werden die Informationen an das **Bundeskriminalamt** übermittelt.²⁶¹ Zweck der Speicherung muss entweder ein **Strafverfahren** sein, **Gefahrenabwehr** oder **internationale Rechtshilfe**.²⁶² Das Speichern solcher Daten ist daher näher im Bundeskriminalamtgesetz geregelt. Mit Wirkung ab 25. Mai 2018 ist ein neues Bundeskriminalamtgesetz in Kraft getreten.²⁶³ Bei den hier einschlägigen Vorschriften wurden jedoch in erster Linie redaktionelle Änderungen sowie eine neue Nummerierung der Vorschriften vorgenommen.

Dies gilt in erster Linie für das gemäss **§ 81g Strafprozessordnung** festgestellte DNA-Identifizierungsmuster und das Geschlecht einer Person, die einer **Straftat von erheblicher Bedeutung oder einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung** verdächtig ist. Zusätzlich muss wegen der Art oder Ausführung der Tat, der Persönlichkeit der Person oder sonstiger Erkenntnisse **angenommen werden können, dass auch in Zukunft Strafverfahren gegen diese Person geführt werden müssen**.²⁶⁴

Durch **Umwidmung** der gemäss **§ 81e Absatz 1 Strafprozessordnung** gesammelten Informationen zu **DNA-Identifizierungsmuster, Abstammung und Geschlecht** sowie zum **Abgleich mit Vergleichsmaterial**²⁶⁵ können auch diese Ergebnisse der molekulargenetischen Untersuchung beim Bundeskriminalamt gespeichert werden. Dies gilt sowohl für Material, welches **der beschuldigten Person entnommen** wurde, als auch für Spurenmaterial, welches **gefunden, beschlagnahmt oder sichergestellt** wurde. Nicht erfasst ist jedoch Material, das einem Zeugen entnommen wurde.

Im Falle einer **Umwidmung** der gewonnenen Daten muss die betroffene Person hierüber sowie über die Speicherung ihrer Daten **informiert** werden.²⁶⁶

²⁵⁹ § 108 Abs. 1 Strafprozessordnung (StPO).

²⁶⁰ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 13.05.2015 – 2 BvR 616/13; Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 20.12.2012 – 3 StR 117/12.

²⁶¹ § 81g Abs. 5 S. 1 Strafprozessordnung (StPO).

²⁶² § 81g Abs. 5 S. 3 Strafprozessordnung (StPO).

²⁶³ Bundesgesetzblatt (BGBl. I 2017, S. 1354, verfügbar unter http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl117s1354.pdf (26.05.2020).

²⁶⁴ Siehe hierzu unter Punkt 1.1. und Punkt 1.2. in diesem Gutachten zum deutschen Recht.

²⁶⁵ Siehe hierzu unter Punkt 1.1. und Punkt 1.2. in diesem Gutachten zum deutschen Recht.

²⁶⁶ § 81g Abs. 5 S. 4 Strafprozessordnung (StPO).

Zusätzlich²⁶⁷ darf das **Bundeskriminalamt** unter bestimmten Voraussetzungen auch solche **DNA-Identifizierungsmuster** in seiner DNA-Analyse-Datei speichern, die im Rahmen einer **erkenntnisdienlichen Massnahme festgestellt** wurden,²⁶⁸ sofern dies zur **Erfüllung seiner Aufgaben**²⁶⁹ **erforderlich** ist.²⁷⁰ Zum einen ist eine solche Speicherung gestattet, wenn eine **andere Rechtsvorschrift dies erlaubt**.²⁷¹ Des Weiteren darf das Bundeskriminalamt solche Daten speichern, wenn bei der beschuldigten oder verdächtigten Person Grund zu der **Annahme** besteht, dass auch **in Zukunft Strafverfahren gegen diese Person geführt werden müssen**.²⁷² Zwar ist diese Voraussetzung auch schon für im Rahmen des § 81g Strafprozessordnung gewonnener Daten erforderlich, anders als dort ist es nach dem Bundeskriminalamtgesetz jedoch nicht erforderlich, dass es sich beim Tatvorwurf um eine Straftat von erheblicher Bedeutung oder eine Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung handelt. Schliesslich ist eine Speicherung der Daten auch gestattet, wenn dies **zur Abwehr erheblicher Gefahren erforderlich** ist.²⁷³ Letzteres ist dann der Fall, wenn es um eine Gefahr für ein bedeutsames Rechtsgut geht wie den Bestand des Staates, Leben, Gesundheit, Freiheit, nicht unwesentliche Vermögenswerte und andere strafrechtlich geschützte Güter.²⁷⁴

Nicht gestattet ist das Speichern im Rahmen einer **DNA-Reihenuntersuchung** festgestellter DNA-Identifizierungsmuster zur Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren.²⁷⁵

3.1. Kategorien von Personen (Verurteilte/Tatverdächtige)

Die Regelungen zur Speicherung von Ergebnissen molekulargenetischer Untersuchungen **unterscheiden nicht** danach, ob die Person bereits verurteilt wurde oder ob sie lediglich einer Straftat verdächtig ist. Das Bundeskriminalamtgesetz unterscheidet zwar bei der **Weiterverarbeitung** personenbezogener Daten nach Personenkategorien,²⁷⁶ allerdings umfassen diese Daten nicht die molekulargenetische Untersuchung an sich, sondern lediglich den **Hinweis** darauf, dass solche **Daten vorliegen**.²⁷⁷

Die Unterscheidung nach verschiedenen Personenkreisen spielt lediglich bei **Entnahme der Körperzellen** und der anschliessenden **Untersuchung** eine Rolle. Demnach kann es sich bei der betroffenen Person im Rahmen einer Untersuchung gemäss **§ 81g Strafprozessordnung** sowohl um

²⁶⁷ K. Graulich, in W.-R. Schenke *et al.* (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2. Aufl., München 2019, § 16 BKAG, Rn. 50.

²⁶⁸ K. Graulich, in W.-R. Schenke *et al.* (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2. Aufl., München 2019, § 16 BKAG, Rn. 46.

²⁶⁹ Gemäss § 2 Abs. 4 Bundeskriminalamtgesetz (BKAG):
„[...] (4) Das Bundeskriminalamt unterhält als Zentralstelle zur Unterstützung und Koordinierung der Polizeien des Bundes und der Länder bei der Verhütung und Verfolgung von Straftaten und der Gefahrenabwehr zentrale Einrichtungen und Sammlungen, insbesondere
1. zentrale erkenntnisdienliche und kriminaltechnische Einrichtungen und Sammlungen sowie
2. zentrale Einrichtungen für die Fahndung nach Personen und Sachen.
Die zentralen Einrichtungen und Sammlungen können auch elektronisch geführt werden. [...]“

²⁷⁰ § 16 Abs. 5 S. 1 Bundeskriminalamtgesetz (BKAG).

²⁷¹ § 16 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 Bundeskriminalamtgesetz (BKAG).

²⁷² § 16 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 lit. a) Bundeskriminalamtgesetz (BKAG).

²⁷³ § 16 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 lit. b) Bundeskriminalamtgesetz (BKAG).

²⁷⁴ K. Graulich, in W.-R. Schenke *et al.* (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2. Aufl., München 2019, § 16 BKAG, Rn. 58.

²⁷⁵ § 81h Abs. 3 Strafprozessordnung (StPO).

²⁷⁶ § 18 Abs. 1, 2 Bundeskriminalamtgesetz (BKAG).

²⁷⁷ K. Graulich, in W.-R. Schenke *et al.* (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2. Aufl., München 2019, § 18 BKAG, Rn. 7 Ziff. 9, 14.

einen **Verurteilten** als auch um einen **Verdächtigen** handeln. Ebenso kommen der Verurteilung in diesem Zusammenhang gleichgestellte Fälle in Frage.²⁷⁸ Untersuchungen im Rahmen des **§ 81e Strafprozessordnung** sind hingegen nur während des Ermittlungsverfahrens zulässig und damit lediglich bei **Verdächtigen**²⁷⁹ vor Eröffnung eines Gerichtsverfahrens.²⁸⁰

3.2. Löschrfristen

Das deutsche Recht sieht **keine bestimmte Löschrfrist** vor für im DNA-Analyse-System des Bundeskriminalamts gespeicherte Daten. Die Informationen müssen jedoch grundsätzlich gelöscht werden, **sobald sie für die Aufgabenerfüllung durch das Bundeskriminalamt nicht mehr benötigt werden**.²⁸¹ Dies ergibt sich aus den allgemeinen Regeln des Bundesdatenschutzgesetzes.²⁸²

Allerdings muss das Bundeskriminalamt sowohl jeweils **bei Bearbeitung der einzelnen Akten** als auch innerhalb einer sogenannten **Aussonderungsprüfrfrist** prüfen, ob die **weitere Speicherung der Daten noch erforderlich** ist oder ob die Informationen gelöscht werden müssen.²⁸³ Diese Frist legt das Bundeskriminalamt im Hinblick auf den Zweck der Speicherung sowie die Art und Schwere der Tat fest. Für **Erwachsene darf die Prüfrfrist höchstens zehn Jahre** betragen, für Jugendliche höchstens fünf Jahre und für Kinder höchstens zwei Jahre.²⁸⁴ Das Bundeskriminalamtgesetz besagt, dass diese Fristen an dem Tag zu laufen beginnen, an welchem das letzte Ereignis stattgefunden hat, das Anlass für die Speicherung der Daten war. Gleichzeitig beginnen die Fristen jedoch frühestens bei Entlassung der Person aus dem Gefängnis oder mit Beendigung einer mit Freiheitsentziehung verbundenen Massnahme der Besserung und Sicherung.²⁸⁵

Dem Wortlaut nach handelt es sich bei den genannten Fristen lediglich um Prüfristen und nicht um ausdrückliche Höchstspeicherfristen. Das **Bundesverwaltungsgericht** hat jedoch entschieden, dass **bei Ablauf der Fristen in der Regel eine weitere Speicherung der Daten nicht mehr erforderlich sein wird** und dass die Informationen daher dann zu löschen sind.²⁸⁶

Zu **Verwaltungszwecken** können die Daten auch länger gespeichert werden,²⁸⁷ dürfen dann jedoch ausschliesslich für die administrative Betreuung der Akte verwendet werden, um Eingang, Bearbeitung und Ausgang dokumentieren zu können. Dies gilt jedoch nur, wenn das Verwalten der Akte ohne die

²⁷⁸ Der Beschuldigte wurde nicht verurteilt wegen (1) erwiesener oder nicht auszuschliessender Schuldunfähigkeit, (2) auf Geisteskrankheit beruhender Verhandlungsunfähigkeit oder (3) fehlender oder nicht auszuschliessender fehlender Verantwortlichkeit im Sinne des § 3 Jugendgerichtsgesetz (JGG); § 81g Abs. 4 Nr. 1, 2, 3 Strafprozessordnung (StPO).

²⁷⁹ Eine molekulargenetische Untersuchung gemäss § 81e Strafprozessordnung (StPO) ist auch bei Zeugen möglich (siehe unter Punkt 1.1 in diesem Gutachten), jedoch dürfen diese Daten nicht gespeichert werden, § 81g Abs. 5 S. 2 Nr. 1 StPO.

²⁸⁰ Siehe hierzu unter Punkt 1.1. und Punkt 1.2. in diesem Gutachten zum deutschen Recht.

²⁸¹ J. Ruthig, in W.-R. Schenke *et al.* (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2. Aufl., München 2019, § 77 BKAG, Rn. 4.

²⁸² § 75 Abs. 2 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), verfügbar unter https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_2018/index.html (28.05.2020). Bis 2018 war dies auch direkt im Bundeskriminalamtgesetz 1997 (BKAG 1997) geregelt, nämlich in § 32 Abs. 2 S. 1 BKAG 1997.

²⁸³ § 77 Abs. 1 S. 1 Bundeskriminalamtgesetz (BKAG).

²⁸⁴ § 77 Abs. 1 S. 2 Bundeskriminalamtgesetz (BKAG).

²⁸⁵ § 77 Abs. 3 S. 1 Bundeskriminalamtgesetz (BKAG).

²⁸⁶ Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 09.06.2010 – 6 C 5/09; J. Ruthig, in W.-R. Schenke *et al.* (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2. Aufl., München 2019, § 77 BKAG, Rn. 17.

²⁸⁷ § 77 Abs. 3 S. 2 Bundeskriminalamtgesetz (BKAG).

gespeicherten Daten tatsächlich nicht mehr möglich wäre; eine reine Arbeitserleichterung reicht hierfür nicht aus.²⁸⁸ Ebenso können die Daten noch benutzt werden, um eine **Beweisnot** zu beheben.²⁸⁹

Unter bestimmten Umständen werden die Daten nicht gelöscht, sondern lediglich für eine weitere Verwertung zum ursprünglichen Zweck **gesperrt**. Dies ist dann der Fall, wenn zwar die Voraussetzung für das Löschen der Daten vorliegen, gleichzeitig jedoch einer der folgenden Fälle vorliegt: (1) Es besteht Grund zu der Annahme, dass das Löschen **schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person** beeinträchtigen würde, oder (2) die Daten werden zur **Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung, Verfolgung oder Ahndung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten** benötigt, oder (3) das Löschen der Daten ist wegen einer **besonderen Art der Speicherung** nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich.²⁹⁰ Gesperrte Informationen dürfen lediglich für **denjenigen Zweck** verwertet oder vermittelt werden, welcher das Löschen verhindert hat.²⁹¹

3.3. Tatverdacht nicht bestätigt und Freispruch

Grundsätzlich müssen die Daten gelöscht werden, **sobald sie für die Aufgabenerfüllung durch das Bundeskriminalamt nicht mehr benötigt werden.**²⁹²

Ergibt sich aus den **Gründen der Entscheidung** ausdrücklich, dass die betroffene Person die vorgeworfene **Tat nicht oder zumindest nicht rechtswidrig begangen** hat, so ist die weitere Speicherung der Daten unzulässig. Als solche begründete Entscheidung kommen ein **rechtskräftiger Freispruch** infrage sowie die **unanfechtbare Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens** durch das Gericht und das **nicht nur vorläufige Einstellen des Verfahrens** durch die Staatsanwaltschaft^{293, 294}. Letzteres erfasst sowohl die Einstellung des Verfahrens bei fehlendem Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage²⁹⁵ als auch verschiedene Formen der Einstellung im Rahmen des Opportunitätsprinzips²⁹⁶ oder das Einstellen aufgrund eines Verfahrenshindernisses²⁹⁷.

Hat die betroffene Person die Tat zwar rechtswidrig begangen oder wird dies vermutet, scheidet eine Verurteilung jedoch an der **Schuldfähigkeit** der Person oder an **Strafausschließungsgründen**, so muss im Einzelfall geprüft werden, ob ein weiteres Speichern der Daten erforderlich ist.²⁹⁸

3.4. Vernichten des Materials

Material, das der beschuldigten oder einer anderen Person im Rahmen des Ermittlungsverfahrens entnommen wurde, um es auf Grundlage des **§ 81e Strafprozessordnung** auf Abstammung, Geschlecht

²⁸⁸ Für den diesbezüglich übereinstimmenden § 32 Bundeskriminalamtgesetz 1997 (BKAG 1997): Bundestags-Drucksache 13/1550 vom 31.05.1995, verfügbar unter <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/13/015/1301550.pdf> (28.05.2020), S. 37; J. Ruthig, in W.-R. Schenke *et al.* (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2. Aufl., München 2019, § 77 BKAG, Rn. 18 (der dortige Hinweis auf Abs. 5 S. 2 scheint ein Redaktionsversehen zu sein).

²⁸⁹ § 77 Abs. 3 S. 2 Bundeskriminalamtgesetz (BKAG).

²⁹⁰ § 58 Abs. 3 S. 1 Nr. 1-3 in Verbindung mit § 75 Abs. 3 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG).

²⁹¹ § 58 Abs. 3 S. 2 in Verbindung mit § 75 Abs. 3 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG).

²⁹² § 75 Abs. 2 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG).

²⁹³ Hierfür ist teilweise die Zustimmung des Gerichts und des Beschuldigten erforderlich.

²⁹⁴ § 18 Abs. 5 in Verbindung mit § 16 Abs. 5 S. 2 Bundeskriminalamtgesetz (BKAG).

²⁹⁵ § 170 Abs. 2 Strafprozessordnung (StPO).

²⁹⁶ §§ 153 ff. Strafprozessordnung (StPO).

²⁹⁷ Z.B. §§ 206a, 260 Abs. 2 Strafprozessordnung (StPO).

²⁹⁸ K. Graulich, in W.-R. Schenke *et al.* (Hrsg.), *Sicherheitsrecht des Bundes*, 2. Aufl., München 2019, § 18 BKAG, Rn. 43.

und Übereinstimmung mit Spurenmaterial zu untersuchen, muss **nach Rechtskraft des jeweiligen Strafverfahrens vernichtet** werden.²⁹⁹ Ist ein Wiederaufnahmeverfahren mit Sicherheit zu erwarten, so wird das Material auch nach Rechtskraft noch aufbewahrt.³⁰⁰ Dies gilt allerdings nicht für das **Spurenmaterial**, mit welchem das Material der beschuldigten oder der anderen Person verglichen wurde. Dieses **darf aufbewahrt werden**.³⁰¹

Dasjenige **Material**, das im Rahmen einer Untersuchung gemäss **§ 81g Strafprozessordnung** zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters und des Geschlechts molekulargenetisch untersucht wird, muss **unverzüglich vernichtet** werden, sobald es für die Untersuchung nicht mehr benötigt wird.³⁰²

3.5. Löschfristen für minderjährige/jugendliche Straftäter

Wie bereits unter Punkt 3.2. in diesem Gutachten dargestellt, existieren keine ausdrücklichen Löschfristen, sondern lediglich **Aussonerungsprüffristen**, mit deren Ablauf jedoch in der Regel auch das Löschen der Daten erforderlich wird. Diese Prüffristen legt das Bundeskriminalamt mit Blick auf den Zweck der Speicherung sowie die Art und Schwere der Tat fest. Während die Frist bei Erwachsenen höchstens zehn Jahre betragen darf, darf sie bei **Jugendlichen** im Alter von 14 bis einschliesslich 17 Jahren nur **höchstens fünf Jahre** und bei **Kindern** bis einschliesslich 13 Jahren³⁰³ nur **höchstens zwei Jahre** betragen.³⁰⁴

3.6. Verlängerung der Aufbewahrungsdauer im Einzelfall

Eine Verlängerung der Frist ist nicht ausdrücklich vorgesehen, jedoch **prüft das Bundeskriminalamt** sowohl anlässlich der Bearbeitung im Einzelfall als auch bei Ablauf der zuvor festgelegten Aussonerungsprüffrist, ob das **Speichern der jeweiligen Daten weiterhin erforderlich** ist.³⁰⁵ Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass dies bei Ablauf der Prüffrist in der Regel nicht mehr der Fall sein wird.³⁰⁶ Mit der Formulierung „**regelmässig**“ hat das Gericht dem Bundeskriminalamt jedoch einen Ermessensspielraum gelassen.

²⁹⁹ § 81a Abs. 3 in Verbindung mit § 81e Strafprozessordnung (StPO) für das Material des Beschuldigten und § 81c Abs. 5 S. 2 in Verbindung mit § 81a Abs. 3 und § 81e StPO für das Material der anderen Person.

³⁰⁰ M. Goers, in J.-P. Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, 36. Ed., München 2020, § 81a, Rn. 36.

³⁰¹ Vgl. § 81e Abs. 2 S. 3 Strafprozessordnung (StPO), klarstellend auch M. Goers, in J.-P. Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, 36. Ed., München 2020, § 81e, Rn. 12. § 81g Abs. 2 S. 1 Strafprozessordnung (StPO).

³⁰² J. Ruthig, in W.-R. Schenke *et al.* (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl., München 2019, § 77 BKAG, Rn. 16.

³⁰³ § 77 Abs. 1 S. 2 Bundeskriminalamtgesetz (BKAG); siehe hierzu auch unter Punkt 3.2. in diesem Gutachten zum deutschen Recht.

³⁰⁴ § 77 Abs. 1 Bundeskriminalamtgesetz (BKAG).

³⁰⁵ Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 09.06.2010 – 6 C 5/09; J. Ruthig, in W.-R. Schenke *et al.* (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl., München 2019, § 77 BKAG, Rn. 17.

G. ITALY

1. Analyse des caractéristiques de la personne à partir de l'ADN

Il n'y a pas de règles spécifiques en Italie sur ce sujet. L'art. 7 du règlement d'application de la base de données ADN précise que les données stockées peuvent être utilisées "exclusivement" pour l'opération de correspondance entre deux champions d'ADN (« trattamento dei dati e' consentito al predetto personale esclusivamente per finalita' di verifica della corrispondenza con la sequenza numerica dell'elettroferogramma fornita dal laboratorio »)³⁰⁷.

1.1 Analyse des caractéristiques de la personne à partir de l'ADN dans le cadre de la Banque de données instituée à la suite du traité de Prüm

Par la **loi du 30 Juin 2009, n. 85** l'Italie a adapté son ordonnancement juridique au Traité de Prüm, le traité contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et l'immigration illégale du 27 mai 2005.³⁰⁸ L'art. 5 de la loi prévoit la création d'une Banque de données nationale d'ADN, au sein du ministère de l'Intérieur, Département de la Sécurité publique, ainsi que la création du laboratoire central de la Banque de données nationale d'ADN, au sein du le ministère de la Justice, Département de l'administration pénitentiaire.

L'art. 7 précise que : « La base de données nationale d'ADN accomplit les activités suivantes »: a) la collecte du profil d'ADN des personnes visées à l'article 9, paragraphes 1 et 2 ; b) la collecte de profils génétiques d'échantillons biologiques acquis au cours d'une procédure pénale; c) la collecte de profils d'ADN des personnes disparues ou de leurs parents, de cadavres et de restes humains non identifiés; d) la comparaison de profils d'ADN à des fins d'identification »³⁰⁹.

Le **décret présidentiel n. 87 du 7 avril 2016** contient le règlement d'application pour la mise en place de la base de données nationale d'ADN et du laboratoire central de la banque de données nationale d'ADN, conformément à l'art. 16 de la loi n. 85, 2009.³¹⁰

Le système qui acquiert et gère des empreintes digitales est le système d'identification automatique d'empreintes digitales (AFIS - *Automated Fingerprint Identification System*) du ministère de la Sécurité publique. A partir de l'empreinte digitale on procède à l'identification à la fois sur la base de l'empreinte digitale soit de l'empreinte génétique, soit du profil ADN du sujet.

Techniquement la Banque nationale de données de l'ADN est, dès le stade initial du prélèvement, une base de données contenant des informations anonymes et qui ne permettent pas l'identification directe du sujet. Pour garantir l'anonymat, le système AFIS génère un numéro d'identification unique et l'associe à un profil ADN donné.

³⁰⁷ Voir le décret présidentiel n. 87 du 7 avril 2016 Regolamento recante disposizioni di attuazione della legge 30 giugno 2009, n. 85, concernente l'istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA, ai sensi dell'articolo 16 della legge n. 85 del 2009 « www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/26/16G00091/sg [24.07.2020]

³⁰⁸ www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2009-06-30;85!vig= [24.07.2020]

³⁰⁹ Traduction de l'auteur du rapport de l'Art. 7. L'original lit: «(Attività' della banca dati nazionale del DNA) 1. La banca dati nazionale del DNA provvede alle seguenti attività': a) raccolta del profilo del DNA dei soggetti di cui all'articolo 9, commi 1 e 2; b) raccolta dei profili del DNA relativi a reperti biologici acquisiti nel corso di procedimenti penali; c) raccolta dei profili del DNA di persone scomparse o loro consanguinei, di cadaveri e resti cadaverici non identificati; d) raffronto dei profili del DNA a fini di identificazione».

³¹⁰ Voir la note 1.

Ainsi l'identification du sujet demande une recherche en deux étapes : d'abord la recherche du numéro d'identification AFIS correspondant à l'ADN qui correspond à celui de l'échantillon trouvé sur la scène du crime, puis la recherche des données personnelles qui correspondent au numéro d'identification. L'art. 12, par. 1 de la loi 85/2009 prévoit expressément que : « les profils d'ADN et des échantillons biologiques connexes ne contiennent pas d'informations permettant l'identification directe du sujet auquel elles se rapportent »³¹¹. L'opération de recherche de données personnelles à partir du numéro AFIS n'est permise qu'à un nombre restreint du personnel de service AFIS par une procédure informatique très similaire aux procédures utilisées pour accéder à un compte bancaire via internet ou par un certificat numérique (ANP, carte à puce, etc.). Le règlement précise les pouvoirs du personnel et les compétences techniques et professionnelles nécessaires pour garantir l'authenticité des opérations (art. 26 et 27). La base de données assure le suivi de toutes les transactions effectuées par les différents utilisateurs dans les médias appropriés. Ces informations sont gardées pendant vingt ans.³¹²

Les *kit* commerciaux utilisés sont les suivants: GlobalFiler™ PCR Amplification Kit pour l'analyse de 21 marqueurs STR autosomiques; PowerPlex® Fusion qui permet l'analyse simultanée de 22 marqueurs autosomiques, alors que la typisation du chromosome Y sera effectuée avec le kit Yfiler®Plus PCR Amplification kit qui permet l'analyse simultanée de 27 marqueurs Y-STR et avec le kit PowerPlex® Y23 System qui permet l'analyse contemporaine de 23 marqueurs Y-STR.³¹³

Le profil d'ADN sera entré dans la base de données en utilisant le logiciel CODIS (*Combined DNA Index System*) fourni par le *Federal Bureau of Investigation*, en particulier pour la gestion des profils d'ADN et utilisé dans environ 80% des pays européens qui ont une base de données nationale de ADN. IL s'agit d'une insertion dite « à double insu » ou « double aveugle ». Avec cette procédure l'opérateur insère la première fois le profil d'ADN, qui n'est pas visualisable dans un premier temps, ensuite le même opérateur insère à nouveau le profil de l'ADN et à la fin de ces opérations, le logiciel compare les données saisies et en cas des valeurs identiques, le profil est accepté par le système et peut être entré dans la base de données.³¹⁴

La gestion des profils se déroule sur deux niveaux distincts: le premier niveau est utilisé **à des fins d'enquête sur le territoire de l'Etat**. Le deuxième niveau concerne les **activités internationales de coopération policière**.³¹⁵ Des points de contact prédisposés au niveau national permettent l'échange de données, sous la responsabilité du service de la coopération policière internationale de la Direction centrale de la police criminelle du ministère de la Sécurité publique. Selon l'art. 12, les points de contact extérieur sont autorisés afin de consulter les profils d'ADN dans la base de données dans un mode automatisé. La transmission des profils d'ADN entre les points de contact nationaux peut être effectuée en mode automatisé ou selon les canaux de communication codés au niveau international, assurant également l'adoption de mesures appropriées, y compris le cryptage, pour assurer la confidentialité et l'intégrité des données transmises.³¹⁶

³¹¹ “I profili del DNA e i relativi campioni non contengono le informazioni che consentono l'identificazione diretta del soggetto cui sono riferiti”.

³¹² R. Biondo, La Banca Dati Nazionale Dna Italiana The Italian National Dna Database, Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario), fasc.1, 2016, pag. 213. R. Biondo (Ministry of the Interior, Public Security Department, Criminal Police Central Directorate, Rome, Italy), F. De Stefano (University of Genoa), Establishment of Italian national DNA database and the central laboratory: Some aspects, Forensic Science International: Genetics Supplement Series, 2011, pp. e236-e237.

³¹³ *Ibidem*.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ Décisions du Conseil n. 2008/615 / JAI et n. 2008/616 / JAI et postérieures.

³¹⁶ E. Colombo, Il Nuovo Regolamento per l'istituzione della Banca Dati Nazionale del DNA: Commento a prima lettura e confronto con le disposizioni di altri stati UE: The New Regulation for the Creation of the

Le règlement (d.pr. n. 87 du 7 avril 2016) fait explicitement référence au d.lgs. n. 196/2003, soit le Texte Unique sur la Vie privée. Comme tout État membre l'Italie applique le nouveau règlement européen sur la vie privée officiellement entré en vigueur le 24 mai 2016, dès le 25 mai 2018.³¹⁷

Selon une décision, en l'absence des scellés sur la chose saisie, la preuve est inutilisable si le juge n'est pas en mesure de vérifier que les échantillons utilisés pour le « match » n'ont pas été confondus ou manipulés³¹⁸.

A l'occasion de la saga processuelle concernant Amanda Knox et Raffaele Sollecito³¹⁹, cette preuve a pu être donnée pour un des accusés (Rudy Guede) mais dans le cas de Knox et Sollecito, les seules deux traces utilisées comme preuve forensique n'offraient aucune garantie de non manipulation successive au moment du crime.³²⁰ La décision a été l'occasion pour préciser qu'il est nécessaire d'établir des normes strictes et non pas de simples *guidelines* pour que le « match » entre l'échantillon trouvé dans la scène du crime et l'ADN des accusés puisse servir de preuve forensique lors d'un procès³²¹.

La Cour constitutionnelle a déclaré non fondée la question de légitimité constitutionnelle concernant la prise de l'empreinte génétique avec le consentement de l'accusé.³²²

1.2 Analyse des caractéristiques de la personne à partir de l'ADN dans le cadre d'un procès

L'analyse des caractéristiques de la personne à partir de son ADN a été utilisé, dans un cas assez unique, pour la décision de réduction de la peine d'un tiers motivée par la présence d'une variation génétique dans l'ADN d'un criminel³²³.

National DNA Database: Interpretation of an Initial Reading and Comparison to Other EU States, Cassazione Penale, fasc.12, 2016, pag. 4615B.

³¹⁷ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

³¹⁸ Cass. pén., sect. III, 16 déc. 2009, n° 2270, *Dir. pen. proc.* 2010, p. 1076 et s.

³¹⁹ Cass. pén., sect. V, 27 mars 2015, n° 36080.

³²⁰ L. Lupária, F. Taroni, J. Vuille, "La prova del DNA nella pronuncia della Cassazione sul caso Amanda Knox e Raffaele Sollecito", *Dir. pen. cont., Riv. Trim.* 1/2016, p. 1

³²¹ A. Biedermann, J. Vuille, F. Taroni, C. Champod, "The need for reporting standards in forensic science", *Law, Probability & Risk* 2015, 14, p. 169; L. Lupária, Mythe et réalité dans la représentation de la preuve génétique, *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 9 | 2019, 71-81.

³²² Corte Costituzionale, 15/11/2017, n.239 *Giurisprudenza Costituzionale* 2017, 6, 2461 (nota di: Morelli); *Diritto & Giustizia* 2017, 16 novembre (nota di: Marino); *Foro it.* 2018, 3, I, 778. Voir aussi Cass. pen. Sez. V, Sent., (ud. 07-02-2017) 16-03-2017, n. 12800: "A questo riguardo si rilevi che, secondo la giurisprudenza di legittimità, in tema di perizia o di accertamenti tecnici irripetibili sul DNA, il prelievo genetico effettuato con il consenso da parte dell'indagato può avvenire anche in assenza del difensore; ciò in ragione della specifica e limitata finalità dell'atto di prelievo, che non implica speciali competenze tecniche comportanti l'esigenza di osservare precise garanzie difensive, necessarie invece per la successiva attività di valutazione dei risultati (Sez. 3, n. 25426 del 01/07/2015 - dep. 20/06/2016, D'A, Rv. 26709701)" ainsi que [Cass. pen. Sez. I Sent., 12/10/2018, n. 52872](#), *Giur. It.*, 2019, 11, 2537 et la note par F. Gigli, *Ammissione e valutazione della prova - il contraddittorio risolve il contrasto tra gli esperti e rende superflua la perizia.*

³²³ Il s'agit du cas *Bayout*, décidé par la Cour d'appel de Trieste, 1er oct. 2009, *Riv. pen.* 2010, p. 70.

En 2007, un homme assassinait brutalement une jeune femme qui l'avait appelé « homosexuel » parce qu'il avait les yeux maquillés. La Cour d'appel de Trieste, pour examiner la capacité de discernement de l'accusé lors des faits, avait désigné un examen psychiatrique. Selon les experts, « la capacité de comprendre de l'accusé aurait été grandement diminuée en raison de son cadre psychiatrique, caractérisé par une personnalité de type dépendant-négativiste avec d'importants troubles d'anxiété et de dépression accompagnés de pensées délirantes et d'altérations de la pensée », le tout « associé à des troubles cognitifs ». De plus, les experts ont observé que les analyses génétiques du sujet révélaient la présence « des polymorphismes génétiques » intéressants la capacité de « moduler les réactions à des variables environnementales », et intéressants, tout particulièrement la réponse à « l'exposition à des événements stressants » et « la réaction à ceux-ci avec un comportement de type impulsif ». Cette « vulnérabilité génétique » devient plus significative si l'individu a grandi dans un contexte familial et social caractérisé, « dans les premières décennies de la vie, par des facteurs environnementaux défavorables, psychologiquement traumatisants ou négatifs.

Cette décision reste à ce jour isolée mais il n'est pas exclu qu'elle sert de précédent à des décisions semblables. L'ADN du prévenu a été analysé dans le cadre d'une expertise sur ses capacités mentales au moment du crime, évoquées par la défense lors du procès, et non pas en tant qu'analyse de routine.

2. Recherches élargies en parentèle

Comme indiqué ci-dessus, une réglementation du phénotypage n'existe pas en Italie et il est discutable que la loi instituant la base de données ADN à la suite du traité de Prüm puisse représenter une base légale suffisante pour procéder au phénotypage.

Ce qui est admis, en revanche, est la prise de l'ADN des individus à leur insu.

Cette collecte, effectuée de manière randomisée, a été utilisée de la même manière que la banque de données pour comparer l'ADN d'un certain nombre d'individus avec celui constituant la preuve forensique.

Dans le cas Gambirasio, le parquet – avec l'aide de la police – a acquis des échantillons de matériel biologique de milliers de résidents à Bergame, pour en extrapoler l'ADN, jusqu'à revenir à un sujet appartenant à la même souche de la famille de la personne dont les traces avaient été trouvées sur la scène du crime. Tout d'abord le parquet a réussi à identifier un sujet qui pouvait correspondre à un demi-frère du violeur et assassin de la victime, en raison d'un ascendant commun. Une fois identifié l'ascendant, on a constaté que ses deux enfants légitimes n'étaient pas en harmonie avec le profil prévu. Les efforts d'enquête se sont donc concentrés sur les femmes qui auraient pu avoir une relation adultérine avec l'ascendant.

Après de longues investigations, la mère du suspect a pu être identifiée. La femme étant mère de trois enfants, il a fallu recueillir un échantillon de substance organique de chacun. Celui du suspect, qui a pu être par la suite condamné, a été obtenu grâce à un **subterfuge** : un test pour la détermination du taux alcoolémique organisé sur le trajet parcouru par l'investigué.

Le cas en question a choqué l'opinion publique italienne, s'agissant d'une fille de treize ans torturée et laissée mourir agonisante dans une prairie isolée et a justifié une réaction robuste de la part de la procure de la République.

Ce cas est important pour le nombre impressionnant des échantillons d'ADN collectés à Bergame et l'individuation d'un membre de la famille a conduit l'investigation vers un individu précis.

L'art. 224 bis du code de procédure pénale italien prévoit que :

“Quando si procede per delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione nel massimo a tre anni, per i delitti di cui agli articoli [589 bis](#) e [590 bis](#) del codice penale e negli altri casi espressamente previsti dalla legge, se per l'esecuzione della perizia è necessario compiere atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA accertamenti medici, e non vi è il consenso della persona da sottoporre all'esame del perito, il giudice, anche d'ufficio, ne dispone con ordinanza motivata l'esecuzione coattiva, se essa risulta assolutamente indispensabile per la prova dei fatti.”

Cette disposition, introduite par la loi n. 85/2009 est considérée autoriser des « screening génétiques de masse » comme celui réalisé à Bergame en vue de l'identification du coupable du meurtre de la jeune Yara Gambirasio. La Cassation a précisé, en effet, que la procédure décrite par l'art. 224bis³²⁴, qui prévoit des garanties pour l'accusé, ne doit pas être suivie dans le cas d'activités de prélèvement de traces biologiques qui sont menées par la police judiciaire à l'insu du suspect (donc sans recourir à un quelconque prélèvement forcé).³²⁵ En va de même, lorsque l'identité du suspect est établie par le recours aux données relatives à l'ADN contenues dans un fichier informatisé détenu par la police judiciaire, et ceci même en violation des précautions prévues par le code de la vie privée.³²⁶

Cette orientation est confirmée par la Cour pénale de cassation n° 28538 du 1er juillet 2019.

Ainsi, la Cour de cassation considère légitime la prise de l'empreinte génétique intervenue au cours des investigations à la suite d'un **séquestre d'objet** de la personne investiguée³²⁷. L'échantillon d'ADN obtenu par la saisie d'objets contenant des résidus organiques « n'est pas caractérisé en tant qu'acte invasif ou constrictif et, étant prodromique à la réalisation d'enquêtes techniques, ne nécessite pas le respect des garanties défensives ».

La Cassation considère également légitime le prélèvement de l'ADN à l'insu de l'intéressé³²⁸, y compris par l'extraction d'échantillons à partir de matériel organique prélevé d'objets séquestrés à l'intéressé³²⁹ ou obtenus par des **escamotages**³³⁰.

³²⁴ Voir aussi l'art. [art. 359 bis c.p.p.](#) applicable aux cas des crimes routiers et également introduit par la loi n. 85 du 2009.

³²⁵ Cass., section I, 20.11.2013, Constantine, in Gdir, 2014, 6, 83.

³²⁶ Cass., section II, 21.9.2017, n° 43433.

³²⁷ Cass. pen. Sez. II, (ud. 10-01-2012) 19-01-2012, n. 2087: “Inoltre in tema di perizia o di accertamenti tecnici irripetibili, il prelievo del DNA della persona indagata attraverso il sequestro di oggetti contenenti residui organici alla stessa attribuibili non è qualificabile quale atto invasivo o costringitivo, ed essendo prodromico all'effettuazione di accertamenti tecnici non richiede l'osservanza delle garanzie difensive. Per contro, le successive operazioni di comparazione del consulente tecnico pretendono l'osservanza delle garanzie difensive. (Cass. Sez. 1, n. 8393 del 2.2.2005 dep. 3.3.2005 rv 233448)”.

³²⁸ Cass. pen. Sez. II Sent., 07/10/2016, n. 51086, rv. 269233; Cass. pen. Sez. I Sent., 20/11/2013, n. 48907, rv. 258269.

³²⁹ Cass. pen. Sez. V, 01/07/2016, n. 49610, Dir. Pen. e Processo, 2017, 2, 189.

³³⁰ Cass. pen. Sez. II, 09/05/2014, n. 33076 (notamment des mégots de cigarettes ou de coton fioc utilisés par le suspect).

L'activité en matière d'analyse de l'ADN s'articule en trois phases : extrapolation du profil génétique sur les échantillons pris dans la scène du crime; empreinte génétique du décodage suspect; comparaison entre les deux profils.³³¹

La comparaison intervient dans le procès en guise de *accertamento tecnico preventivo*, pour lequel on admet qu'il n'est pas possible d'observer, en cas d'enquête menée contre des inconnus, les garanties défensives normalement prévues lors de l'instruction du ministère public.³³²

Le « relief technique » (*rilievo tecnico*), simple collecte des données matérielles relatives à une infraction pénale, ne comporte pas leur étude et évaluation critique selon des canons techniques et scientifiques (phénotypage).³³³

A la lumière de ce qui précède, on peut soutenir qu'il devrait être possible d'effectuer de recherches élargies en parentèle à partir des données présentes dans la base de données AFIS. D'autre part, la loi de base instituant la banque de données ne prévoit explicitement que l'utilisation des données de la banque pour la « comparaison » des ADN et, en application du principe du *favor rei*, on pourrait aussi en déduire que cette loi n'offre pas une base légale suffisante pour l'utilisation de données afin d'effectuer des recherches élargies en parentèle.

3. Conservation et effacement des données ADN

L'art. 9 de la loi précise qui sont les personnes soumises à l'analyse de l'ADN. Il s'agit de sujets suivants:

- a) i soggetti ai quali sia applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari;
 - b) i soggetti arrestati in flagranza di reato o sottoposti a fermo di indiziato di delitto;
 - c) i soggetti detenuti o internati a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo;
 - d) i soggetti nei confronti dei quali sia applicata una misura alternativa alla detenzione a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo;
 - e) i soggetti ai quali sia applicata, in via provvisoria o definitiva, una misura di sicurezza detentiva.
2. Il prelievo di cui al comma 1 può essere effettuato esclusivamente se si procede nei confronti dei soggetti di cui al comma 1 per delitti, non colposi, per i quali è consentito l'arresto facoltativo in flagranza. Il prelievo non può essere effettuato se si procede per i seguenti reati:
- a) reati di cui al libro II titolo III, capo I, tranne quelli di cui agli articoli 368, 371- bis, 371-ter, 372, 374 aggravato ai sensi dell'articolo 375, 378 e 379, e capo II, tranne quello di cui all'articolo 390, del codice penale;
 - b) reati di cui al libro II, titolo VII capo I, tranne quelli di cui all'articolo 453, e capo II, del codice penale;
 - c) reati di cui al libro II titolo VIII, capo I tranne quelli di cui all'articolo 499, e capo II, tranne quello di cui all'articolo 513-bis, del codice penale;
 - d) reati di cui al libro II, titolo XI, capo I, del codice penale;
 - e) reati di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;
 - f) reati previsti dal codice civile;
 - g) reati in materia tributaria;
 - h) reati previsti dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

³³¹ Cass. sec. I, 25 Février 2015, n. 18246.

³³² Cass. Sec. I, 2 Février 2005, n. 8393.

³³³ Sur la distinction entre « relief » et « évaluation », v. Cass. Sec. II, 10 Juillet 2009, n. 34149, Inc.

3. Nel caso di arresto in flagranza di reato o di fermo di indiziato di delitto, il prelievo è effettuato dopo la convalida da parte del giudice.
4. I soggetti indicati al comma 1 sono sottoposti a prelievo di campioni di mucosa del cavo orale a cura del personale specificamente addestrato delle Forze di polizia o di personale sanitario ausiliario di polizia giudiziaria.
5. Le operazioni sono eseguite nel rispetto della dignità, del decoro e della riservatezza di chi vi è sottoposto. Delle operazioni di prelievo è redatto verbale.
6. Il campione prelevato è immediatamente inviato, a cura del personale procedente, al laboratorio centrale di cui all'articolo 5, comma 2, per la tipizzazione del relativo profilo e la successiva trasmissione alla banca dati del DNA.

Sur le temps de stockage des échantillons le règlement prévoit que l'ADN extrait à partir d'échantillons biologiques, après la typisation complète doit être détruit et l'activité doit être verbalisée. Au cours de la phase entre l'extraction de l'ADN et sa destruction, les opérations auxquelles est soumis l'échantillon d'ADN et son emplacement à une température contrôlée dans un réfrigérateur ou un congélateur doivent être enregistrées dans le système. La partie de **l'échantillon biologique non utilisé et le deuxième échantillon de réserve doivent être conservés pendant une période de huit ans**, puis doivent être détruit (art. 24 et 25 du règlement).³³⁴

Les profils d'ADN obtenus sont conservés pendant trente ans à compter de la date d'enregistrement.

Il est possible de proroger la période de stockage jusqu'à quarante ans si le profil se rapporte à une personne condamnée par un jugement définitif dans lequel la rechute est fréquente. De même, la période est de quarante ans depuis le dernier enregistrement lorsque le profil d'ADN appartient aux personnes condamnées par un jugement définitif pour un ou plusieurs des infractions pour lesquelles la loi prévoit l'arrestation obligatoire en flagrant délit, ou pour un délit pour lesquels la durée de l'enquête préliminaire peut être prorogée de 18 mois à deux ans (art. 407, paragraphe 2, lettre. a) Code de procédure pénale.³³⁵

Les articles 29 à 32 traitent spécifiquement des méthodes d'effacement de données et la destruction des échantillons biologiques prélevés, en assurant la protection de la vie privée.

Les données sont effacées en deux cas.

Tout d'abord, selon l'art. 25 de du décret présidentiel 87/2016 :

Art. 25 Tempi di conservazione dei profili del DNA 1. I profili del DNA ottenuti dai soggetti di cui all'articolo 9 della legge sono conservati per **trenta anni dalla data dell'ultima registrazione** di cui all'articolo 5, comma 1. 2. Quando il profilo del DNA si riferisce a persone condannate con sentenza irrevocabile per uno o più dei reati per i quali la legge prevede l'arresto obbligatorio in flagranza, o per taluno dei reati di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, il periodo di conservazione è **elevato a quaranta anni** dalla data dell'ultima registrazione di cui all'articolo 5. 3. Il profilo del DNA ottenuto da un soggetto di cui all'articolo 9 della legge nei cui confronti, in sede di emissione di sentenza di condanna irrevocabile, sia stata ritenuta la **recidiva**, è conservato per **quaranta anni**. 4. In caso di concordanza del profilo del DNA ottenuto da un reperto con quello ottenuto da un campione, nella Banca dati è conservato il solo profilo del DNA acquisito dal campione biologico di cui ai commi 1, 2 e 3 per la durata massima ivi prevista.

³³⁴ E. Colombo, Il Nuovo Regolamento per l'istituzione della Banca Dati Nazionale del DNA, *cit.*, pag. 4615B

³³⁵ *Ibidem*.

En deuxième lieu, selon l'art. 13 de la loi n. 85/2009 :

Art. 13. (Cancellazione dei dati e distruzione dei campioni biologici) 1. A seguito di **assoluzione con sentenza definitiva perche' il fatto non sussiste, perche' l'imputato non lo ha commesso, perche' il fatto non costituisce reato o perche' il fatto non e' previsto dalla legge come reato**, è disposta d'ufficio la cancellazione dei profili del DNA acquisiti ai sensi dell'articolo 9 e la distruzione dei relativi campioni biologici. 2. A seguito di identificazione di cadavere o di resti cadaverici, nonché del ritrovamento di persona scomparsa, e' disposta d'ufficio la cancellazione dei profili del DNA acquisiti ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera c), e la distruzione dei relativi campioni biologici. 3. Quando le operazioni di prelievo sono state compiute in violazione delle disposizioni previste dall'articolo 9, si procede d'ufficio alla cancellazione del profilo del DNA e alla distruzione del relativo campione biologico. 4. In ogni altro caso, il profilo del DNA resta inserito nella banca dati nazionale del DNA per i tempi stabiliti nel regolamento d'attuazione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, e comunque non oltre quaranta anni dall'ultima circostanza che ne ha determinato l'inserimento, e il campione biologico e' conservato per i tempi stabiliti nel regolamento di attuazione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, e comunque non oltre venti anni dall'ultima circostanza che ne ha determinato il prelievo.

L'art. 35 du règlement contient des dispositions finales qui précisent que les profils d'ADN obtenus à partir d'échantillons biologiques des sujets avant la date d'entrée en vigueur de la base de données sont entrés dans la base de données.

Un décret du ministère de l'intérieur du 12 maggio 2017³³⁶ précise davantage les modalités concrètes d'insertion et d'effacement des données dans la banque de données instituée à cet effet.

L'annexe C du décret du ministère de l'intérieur du 12 maggio 2017 (G. U., 16 giugno 2017, n. 137) décrit la procédure en ces termes :

« Nel caso in cui il raffronto nella BDN-DNA tra il profilo del DNA relativo al campione biologico acquisito ai sensi dell'art. 9, commi 1 e 2, della legge, e il profilo del DNA relativo al reperto biologico acquisito nel corso di procedimenti penali ai sensi dell'art. 10, comma 1, della legge, determini una concordanza positiva di almeno 10 loci, l'esito e' l'identificazione del profilo del DNA ignoto con un soggetto. La BDN-DNA, tramite il portale per lo scambio dati - IXP, comunica l'esito del raffronto al Laboratorio delle Forze di polizia che ha inserito il profilo del DNA relativo al reperto biologico acquisito nel corso di procedimenti penali ai sensi dell'art. 10, comma 1, della legge e conserva come annotazione le seguenti informazioni:

- numero di riferimento;
- codice ente;
- codice laboratorio;
- abbinamento codice reperto biologico - codice prelievo;
- data dell'avvenuta identificazione.

Le predette informazioni sono annotate in una specifica applicazione informatica della BDN-DNA.

L'annotazione delle informazioni e' effettuata dagli operatori in servizio presso la BDN-DNA e specificatamente abilitati, secondo predefiniti profili di autorizzazione, previo superamento di una procedura di autenticazione forte. Le operazioni di annotazione sono registrate in appositi

³³⁶

G. U., 16 giugno 2017, n. 137.

file di log non modificabili. Tali registrazioni sono conservate per dieci anni. A seguito del raffronto con esito positivo, la Forza di polizia delegata all'indagine procede alla decodifica dei rispettivi codici prelievo e del codice reperto biologico, secondo quanto disposto all'art. 7, commi 2 e 3, del regolamento e comunica l'esito all'autorità giudiziaria competente, indicando il Laboratorio delle Forze di polizia che ha proceduto all'inserimento del profilo del DNA. L'autorità giudiziaria, acquisita l'informazione relativa all'avvenuta identificazione, ordina la cancellazione del profilo del DNA dalla BDN-DNA. Il provvedimento è comunicato al Laboratorio delle Forze di polizia competente, il quale effettua la cancellazione con personale espressamente autorizzato e attraverso una procedura di autenticazione forte resa disponibile dal Portale per lo scambio dati - IXP. La BDN-DNA registra l'avvenuta cancellazione del codice reperto biologico e del relativo profilo del DNA. La BDN-DNA, inoltre, conserva le seguenti informazioni: l'identificativo dell'incaricato del trattamento dei dati che ha materialmente effettuato la cancellazione e i riferimenti temporali; la relazione tra il codice reperto biologico e il codice prelievo, al fine di consentire all'autorità giudiziaria di acquisire la lista dei precedenti codici reperto biologico cancellati relativa al medesimo soggetto. La cancellazione dell'annotazione relativa all'abbinamento codice reperto biologico - codice prelievo è effettuata all'atto della cancellazione dei profili del DNA relativi allo specifico codice prelievo, da parte degli operatori abilitati della BDN-DNA, secondo predefiniti profili di autorizzazione, previo superamento di una procedura di autenticazione forte ».

H. THE NETHERLANDS

1. Analyse persönlicher Eigenschaften aus dem DNA-Profil

1.1. Übersicht

Die Niederlande spielen auf internationaler Ebene eine wegweisende Rolle hinsichtlich der Verwendung von DNA zu Zwecken der Strafverfolgung.³³⁷ «Klassische»³³⁸ DNA-Profilvergleiche zur Täteridentifikation wurden in den Niederlanden bereits im Jahr 1994 strafverfahrensrechtlich begründet (Art. 138a, 151a, 195a Sv).³³⁹ Die strafprozessualen Möglichkeiten zur Verwendung von DNA wurden seither in raschem Tempo stetig erweitert, grundlegend etwa im Jahr **2003** mit der **Einführung des Gesetzes zur Feststellung äusserlich wahrnehmbarer Personenmerkmale aus Zellmaterial**³⁴⁰ (Art. 151d, 195f Sv).³⁴¹ Dazu wurde die **Zweckbestimmung** der **DNA-Untersuchung** in Art. 138a der niederländischen Strafprozessordnung dahingehend geändert, dass sie nicht mehr lediglich auf den Vergleich von DNA-Profilen, sondern neu auch auf die **Feststellung äusserlich wahrnehmbarer Personenmerkmale des nicht identifizierten Tatverdächtigen**³⁴² abzielen kann. Seither hat die Verwendung von DNA im Rahmen des Strafrechts nach herrschender Auffassung nicht mehr nur die unmittelbare Identitätsfeststellung von Tätern mittels DNA-Matches als **Beweismittel** zum Ziel, sondern ist sie verstärkt auch ein **Ermittlungsinstrument** geworden.³⁴³

Die gesetzlich vorgesehenen DNA-Forschung bestehen aus die Feststellung äusserlich wahrnehmbarer Personenmerkmale (Art. 151d, 195f Sv), die («klassische») DNA-Untersuchung von DNA-Material eines **nicht identifizierten Tatverdächtigen** bzw. eines **freiwillig** DNA-Material abtretenden **Tatverdächtigen** oder **Dritten** (Art. 151a Abs. 1, 195a Sv) sowie die **zwangsweise durchgesetzte** DNA-Untersuchung von DNA-Material eines Tatverdächtigen bei **dringendem Tatverdacht auf ein schweres Verbrechen** (Art. 151b, 195d Sv)³⁴⁴, die **DNA-Massenuntersuchung** (Art. 151a Abs. 1 Sv)³⁴⁵ und die **Verwandtenrecherche**³⁴⁶. Alle DNA-Untersuchungen nur durchgeführt werden, soweit die in den

³³⁷ Siehe nur J.A.E. VERVAELE et al., The Dutch Focus on DNA in the Criminal Justice System: Net-Widening of Judicial Data?, RIDP 2012, S. 459, 459.

³³⁸ Die «klassische» DNA-Untersuchung wird in der Literatur definiert als die Entnahme von Zellmaterial bei einem Tatverdächtigen, Verurteilten oder Dritten, die Anfertigung eines DNA-Profiles aus diesem Material und der Vergleich dieses DNA-Profiles mit einem anderen DNA-Profil zur Feststellung einer möglichen Identität zwischen den beiden Profilen, s. C.C.M. VAN DEUDEKOM, Een nieuwe loot aan de DNA-stam: strafvorderlijk DNA-verwantschapsonderzoek, AA 2012, S. 849, 850.

³³⁹ Stb. 1993, 596 v. 08.11.1993, in Kraft seit 01.09.1994, zuletzt geändert Stb. 2011, 555 und Stb. 2011, 556 v. 24.11.2011, in Kraft seit 01.04.2012; Kamerstukken 22 447. In den ersten beiden Bestimmungen zur DNA-Untersuchung ging es um die staatsanwaltschaftliche DNA-Untersuchung des Zellmaterials eines nicht identifizierten Tatverdächtigen (aArt. 151a Sv) und die untersuchungsrichterliche, zwangsweise durchgesetzte DNA-Untersuchung des Zellmaterials eines (identifizierten) Tatverdächtigen bei dringendem Tatverdacht auf ein sehr schweres Katalogverbrechen (aArt. 195d Sv).

³⁴⁰ Wet van 8 mei 2003 tot wijziging van de regeling van het DNA-onderzoek in strafzaken in verband met het vaststellen van uiterlijk waarneembare persoonskenmerken uit celmateriaal (Kamerstukken 28 072).

³⁴¹ Stb. 2003, 201, in Kraft seit 01.09.2003.

³⁴² Infolge späterer Gesetzgebung auch des nicht identifizierten Opfers, s. dazu unten bei Fn. 390.

³⁴³ Vgl. Kamerstukken II 2007/08, 31 415, Nr. 1, S. 12 f.

³⁴⁴ Stb. 2001, 335 v. 05.07.2001, in Kraft seit 01.11.2001, zuletzt geändert Stb. 2011, 555, in Kraft seit 01.04.2012.

³⁴⁵ Stb. 2011, 555 und Stb. 2011, 556 v. 24.11.2011, in Kraft seit 01.04.2012; siehe dazu unten bei Fn. 353.

³⁴⁶ Zur Verwandtenrecherche s. unten S. 6 ff.

betreffenden Vorschriften jeweils ausdrücklich genannte Voraussetzung erfüllt ist, dass sie dem **Interesse der Untersuchung** dienen.³⁴⁷

Der nicht gesetzlich definierte Vorbehalt des **Interesses der Untersuchung** war bei den parlamentarischen Beratungen immer wieder Diskussionsgegenstand.³⁴⁸ Nach der vom Justizminister ständig vertretenen, weiten Auslegung bedeutet er nicht, dass DNA-Untersuchungen in vorliegenden Fällen zwangsläufig **unmittelbar** auf die **Tataufklärung** mittels **täteridentifizierendem Beweis** gerichtet sein müssen. Vielmehr statuiert der Vorbehalt die Forderung, dass die Durchführung einer DNA-Untersuchung der Ermittlung mit ihrem Ziel der **strafverfahrensrechtlichen Entscheidungsfindung** zuträglich sei. Damit würden DNA-Untersuchungen auch etwa mit Hinblick auf die Frage nach im konkreten Einzelfall allenfalls aufzuerlegende **Strafen und Massnahmen** erfolgen können.³⁴⁹ Aus diesem Grund sei eine DNA-Untersuchung auch möglich, wenn in einem konkreten Einzelfall zwar **keine biologischen Spuren** vorliegen, die DNA-Untersuchung aber bspw. auf die Abklärung abziele, ob der Tatverdächtige an **anderen**, ähnlich gelagerten **Straftaten** beteiligt war – schliesslich sei dieser Umstand bei der Beurteilung des aufzuerlegenden Strafmasses möglicherweise von Bedeutung. Nicht erlaubt seien DNA-Untersuchungen aber dann, wenn sie das **ausschliessliche Ziel** verfolgen, das DNA-Profil eines Tatverdächtigen in der **DNA-Profil-Datenbank** aufzunehmen, um dadurch **andere, bereits begangene** oder **zukünftige Straftaten** aufzuklären.³⁵⁰ Letztlich sei der Vorbehalt des Interesses der Untersuchung schwierig zu definieren, zumal der darin enthaltene Grundsatz der **Verhältnismässigkeit und Subsidiarität** bei den verschiedenen DNA-Untersuchungen im konkreten Einzelfall eine **Abwägung** erfordere, die wiederum jeweils von der **Schwere des untersuchten Verbrechens**, der Frage nach zur Verfügung stehenden, **weniger eingriffsintensiven Ermittlungsmassnahmen**, der **Eingriffsintensität** und der erwartungsgemässen **Effektivität** der DNA-Untersuchung abhängt.³⁵¹

Weil sie **gestaffelt zur Anwendung** kommen können, besteht in der Praxis ein **enger Zusammenhang** zwischen dem Verfahren zur Feststellung äusserlich wahrnehmbarer Personenmerkmalen aus DNA-Zellmaterial und den anderen gesetzlich vorgesehenen DNA-Untersuchungen. So können DNA-Untersuchungen zur **Feststellung äusserlich sichtbarer Personenmerkmale** nach einem **ergebnislosen DNA-Suchlauf** in der DNA-Datenbank **zur Eingrenzung der Personengruppe** eingesetzt werden, welche zur freiwilligen Teilnahme an einer DNA-Massenuntersuchung ersucht wird, wonach potentiell auch noch eine **Verwandtenrecherche** oder eine freiwillige oder – bei einem dringenden Tatverdacht auf ein schweres Delikt – **zwangsweise durchgesetzte DNA-Untersuchung** an einem Tatverdächtigen vorgenommen werden kann.³⁵² Zu beachten ist jedoch, dass für die Anwendung der verschiedenen DNA-Untersuchungen **teilweise unterschiedliche** und **teils strenge Voraussetzungen** gelten. So bedürfen etwa DNA-Massenuntersuchungen – also Untersuchungen der DNA-Profile von mehr als 15 freiwillig an der Untersuchung teilnehmenden Dritten – neben der staatsanwaltschaftlichen Anordnung einer vorangehenden **Stellungnahme der Zentralen Prüfungskommission**, der **Zustimmung des**

³⁴⁷ Vgl. Kamerstukken II 2007/08, 31 415, Nr. 1 (Nota Verkenning DNA-onderzoek in strafzaken vanuit wetgevings- en juridisch perspectief), S. 9 ff.

³⁴⁸ Vgl. Hierzu C.C.M. VAN DEUDEKOM, Een nieuwe loot aan de DNA-stam: strafvorderlijk DNA-verwantschapsonderzoek, AA 2012, S. 849, 856.

³⁴⁹ Kamerstukken II 2009/10, 32 168, Nr. 6, S. 8; Kamerstukken II 2007/08, 31 415, Nr. 1 (Nota Verkenning DNA-onderzoek in strafzaken vanuit wetgevings- en juridisch perspectief), S. 9 ff.

³⁵⁰ Kamerstukken II 2007/08, 31 415, Nr. 1 (Nota Verkenning DNA-onderzoek in strafzaken vanuit wetgevings- en juridisch perspectief), S. 9 ff.

³⁵¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 168, Nr. 6, S. 24; vgl. auch Kamerstukken II 2007/08, 31 415, Nr. 1 (Nota Verkenning DNA-onderzoek in strafzaken vanuit wetgevings- en juridisch perspectief), S. 9 ff.

³⁵² Vgl. M. Kessler, Art. 151d N. 1 m.H., in C.P.M. Cleiren et al. (Hrsg.), T&C Strafvordering (Loseblatt-Kommentar), 11. Aufl., Deventer 2015.

Kollegiums der Generalstaatsanwälte sowie der **Ermächtigung des Untersuchungsrichters** bedürfen.³⁵³

Ergänzend zu den Vorschriften zur DNA-Verwendung in der Strafprozessordnung gelten die Bestimmungen im Ministerialerlass zur Umsetzung der betreffenden Vorschriften, d.h. im **Beschluss DNA-Untersuchung in Strafsachen**.³⁵⁴

Wie DNA-Untersuchungen in der Praxis ablaufen, gibt die Website des niederländischen kriminaltechnischen Instituts einige wichtige Zahlen an³⁵⁵, zum Beispiel (a) die Anzahl positiver Übereinstimmungen pro Jahr auf nationaler³⁵⁶, aber auch internationaler Ebene³⁵⁷, (b) die Anzahl der in den verschiedenen Datenbanken gespeicherten DNA-Profile (z.B. in 2019, geht es über 32.2748 Menschen und 71.646 Spuren)³⁵⁸, und (c) die Anzahl der Profile von Minderjährigen³⁵⁹. Diese Zahlen spiegeln jedoch nur die Endsituation wider, nämlich das, was in den Datenbanken erfasst ist. Es gibt keine öffentlich zugänglichen Aufzeichnungen, die die Praxis auf anderen Ebenen widerspiegeln, z.B. wie die Profile von der Polizei beschafft werden. In einem Bericht, der einige Jahre nach dem Erlass der ersten Gesetze veröffentlicht wurde, wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es unmöglich ist, Informationen darüber zu erhalten³⁶⁰. Darin bedauerte der Verfasser weiter, wie dies es unmöglich macht, zu wissen, ob das Gesetz in der Praxis korrekt angewandt wird.

Außerdem, da die Phänotypisierung (d.h. feststellung äusserlich wahrnehmbarer Personenmerkmale aus Zellmaterial) zu keinem Datensatz in den Datenbanken führt (es werden nur vollständige DNA-Profile erfasst), gibt es zu diesem speziellen Punkt keine öffentlich zugänglichen Daten. In einem E-Mail-Austausch mit dem Institut wurde uns bestätigt, dass sie in der Praxis nur selten verwendet wird, mit einer Häufigkeit von etwa 0 bis 4 Fällen pro Jahr. Es wurde zudem präzisiert, dass Vorhersagen im Allgemeinen technisch erfolgreich sind und der kriminalistische Wert in der Regel aus einer Mischung mit anderen Informationen wie der biogeografischen Herkunft resultiert. So wurde beispielsweise im bekannten Mordfall Milica van Doorn infolge einer Phänotypisierung unter etwa 120 Männern türkischer Abstammung gesucht, was zur Ergreifung des Täters führte. Die Bestimmung der Augen- und Haarfarbe wurde mit der türkischen Abstammung bestätigt, was für die Polizei sehr wichtig war, bevor sie sich den Männern näherte.

³⁵³ Art. 151a Abs. 1 Sv und Art. 5.1 Abs. 2 SpStr. 9 Aanwijzing opsporingsbevoegdheden; vgl. M. Kessler, Art. 151a N. 5, 151da N. 2c, in C.P.M. Cleiren et al. (Hrsg.), T&C Strafvoeding (Loseblatt-Kommentar), 11. Aufl., Deventer 2015.

³⁵⁴ Besluit DNA-onderzoek in strafzaken, Stb. 2001, 400 v. 27.08.2001, in Kraft seit 01.11.2001. Der Beschluss wurde seither 14-mal geändert, zuletzt Stb. 2014, 335 v. 17.09.2014, in Kraft seit 01.11.2014. Technische Instruktionen zur DNA-Materialentnahme enthält der Erlass Regeling DNA-onderzoek in strafzaken, Stcrt. 2001, 203.

³⁵⁵ <https://dnadatabank.forensischinstituut.nl/resultaten>

³⁵⁶ <https://dnadatabank.forensischinstituut.nl/resultaten/aantal-nationale-matches-dna-databank-strafzaken>

³⁵⁷ <https://dnadatabank.forensischinstituut.nl/resultaten/groei-aantal-internationale-matches>

³⁵⁸ <https://dnadatabank.forensischinstituut.nl/resultaten/aantal-profielen-dna-databank-strafzaken>

³⁵⁹ <https://dnadatabank.forensischinstituut.nl/resultaten/minderjarigen-in-de-databank>

³⁶⁰ E.W. Kruisbergen, "Van vonnis tot DNA-profiel Procesevaluatie van de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden", Bericht, Wissenschaftliches Forschungs- und Dokumentationszentrum des Justizministeriums, 2008, online verfügbar.

1.2. Äusserlich sichtbare Personenmerkmale

Die beiden Vorschriften der niederländischen **Strafprozessordnung**, welche den **Staatsanwalt** bzw. den **Untersuchungsrichter**³⁶¹ bei gegebenen Voraussetzungen zur Anordnung einer DNA-Untersuchung zur Feststellung äusserlich wahrnehmbarer Personenmerkmalen ermächtigen, beschränken diese Merkmale ausdrücklich auf das **Geschlecht, die Rasse und andere, durch Ministerialerlass festgelegte**, äusserlich wahrnehmbare Personenmerkmale (Art. 151d Abs. 2, 195f Abs. 2 Sv).

Mit der Voraussicht, dass **wissenschaftliche Fortschritte** künftig neben Rasse und Geschlecht den **zuverlässigen Nachweis** weiterer äusserlich wahrnehmbarer Personenmerkmale ermöglichen würden, wurde deren **Setzung** (durch Erwähnung im erwähnten Ministerialerlass) **an die Regierung delegiert**, was ein angemessenes Mass an Flexibilität bieten soll.³⁶² Bei der Wahl weiterer solcher Merkmale durch deren Erwähnung im **Beschluss DNA-Untersuchung in Strafsachen** hat die Regierung ihr Vorhaben vorab dem Parlament vorzulegen, das in der Folge ein Recht hat, dazu Stellung zu beziehen.³⁶³ Die Wahl unterliegt drei **pragmatischen Kriterien**. So ist erstens die Frage zu beantworten, ob das betreffende Merkmal überhaupt **ermittlungsrelevant** ist. Zweitens soll das Merkmal nach dem Stand der Wissenschaft mit genügender **Zuverlässigkeit** aus dem Zellmaterial hervorgehen. Drittens soll – allerdings mit weniger durchschlagendem Gewicht – abgewogen werden, auf welche Höhe sich die **Kosten** der Erhebung des betreffenden Merkmales belaufen.³⁶⁴

Dass im Gesetz im formellen Sinne nebst der Verweisung auf die mittels Ministerialerlass festgelegten weiteren, äusserlich wahrnehmbaren Personenmerkmale **nur Geschlecht** («*geslacht*») **und Rasse** («*ras*») **ausdrücklich erwähnt** werden, erklärt sich damit, dass zur Zeit des Gesetzgebungsverfahrens auf der Grundlage von DNA-Proben **technisch** drei äusserlich wahrnehmbare Personenmerkmale, nämlich Geschlecht, Rasse und Bevölkerungsgruppe festzustellen waren.³⁶⁵ Obwohl während der Behandlung des Gesetzes im Parlament und auch in der einschlägigen Botschaft regelmässig nicht nur von «Rasse», sondern zugleich von «**Bevölkerungsgruppe**» («*bevolkingsgroep*») die Rede war, fand neben «Geschlecht» nur der Begriff «Rasse» Erwähnung im Gesetz. Im selben Zusammenhang verwendete der Justizminister den Begriff der «**geografischen Herkunft**» («*geografische herkomst*»), namentlich den «**asiatischen, afrikanischen, europäischen oder südamerikanischen Ursprung**» («*Aziatische, Afrikaanse, Europeaanse of Zuid-Amerikaanse origine*») einer Person.³⁶⁶

Heutzutage würde in dem Beschluss DNA-Untersuchung in Strafsachen folgende Merkmale spezifiziert (Art. 1b): (a) das Geschlecht; (b) die Rasse; (c) die Augenfarbe («*oogkleur*»); (d) die Farbe der Haare («*haarkleur*»). Der Nachweis von Augen- und Haarfarbe war jeweils erlaubt in 2012³⁶⁷ und in 2017³⁶⁸.

³⁶¹ Das niederländische Strafverfahren kannte bis Ende 2012 ein gerichtliches Vorverfahren, dessen Leitung in Händen des Untersuchungsrichters war. Seit der Abschaffung des gerichtlichen Vorverfahrens hat der Untersuchungsrichter nur noch beschränkte, namentlich ermächtigende und beaufsichtigende Funktionen im Ermittlungsverfahren, dessen Leitung in Händen des Staatsanwalts ist (s. Art. 170, 180 ff. Sv), vgl. Kamerstukken II 2009/10, 32 177, Nr. 3 (MvT), S. 1 ff.

³⁶² Kamerstukken II 2001/02, 28 072, Nr. 3 (MvT), S. 8.

³⁶³ Art. 151d Abs. 3 Sv.

³⁶⁴ Kamerstukken I 2002/03, 28 072, Nr. 13b (MvA), S. 2; siehe auch M. Kessler, Art. 151d N. 3, in C.P.M. Cleiren et al. (Hrsg.), T&C Strafvordering (Loseblatt-Kommentar), 11. Aufl., Deventer 2015.

³⁶⁵ Kamerstukken II 2001/02, 28 072, Nr. 3 (MvT), S. 1, 11.

³⁶⁶ Kamerstukken II 2007/08, 31 415, Nr. 1 (Nota Verkenning DNA-onderzoek in strafzaken vanuit wetgevings- en juridisch perspectief), S. 38.

³⁶⁷ Besluit van 25 februari 2012, houdende wijziging van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken en het Besluit politiegegevens, Staatsblad 2012, 82.

³⁶⁸ Besluit van 13 juni 2017, houdende wijziging van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken, Staatsblad 2017, 263

Die Möglichkeit, auch die Hautfarbe («huidskleur») zu erkennen, wird demnächst in die Liste aufgenommen. Ein entsprechender Vorschlag wurde in der Tat 2019 gemacht. Der Vorschlag betont, dass dieses Element nun mit ausreichender Genauigkeit bestimmt werden kann, ähnlich wie die bisher zugelassenen Elemente³⁶⁹. Der Entwurf der Änderungsbeschluss ist in Februar 2020 veröffentlicht worden³⁷⁰.

Bei den äusserlich wahrnehmbaren Personenmerkmalen soll es gemäss der Gesetzesbotschaft ausschliesslich um bei Individuen **äusserlich wahrnehmbare, körperliche Personenmerkmale** gehen, also um solche, welche in anders gelagerten Fällen auf der Grundlage von Zeugenwahrnehmungen in einer **Phantomzeichnung** abgebildet werden könnten.³⁷¹ Trotz des Wortlautes im Gesetzestitel («äusserlich wahrnehmbare», in NL «*waarneembare persoonskenmerken*») geht es damit eigentlich um äusserlich **sichtbare** Personenmerkmale.³⁷²

Nach der Botschaft sind DNA-Untersuchungen zu **äusserlich nicht wahrnehmbaren** Personenmerkmalen oder **äusserlich nur in bestimmten Verhaltensweisen wahrnehmbaren** Personenmerkmalen **nicht erlaubt**.³⁷³ Selbst wenn die Ermittlung solcher Merkmale doch zu einer Täterkreisbegrenzung führen könnte, gelte es zu verhindern, dass Personen (und ihr Umfeld) durch ein Strafverfahren über sie betreffende sensible Daten, wie **Erbkrankheiten bzw. diesbezügliche Dispositionen**, informiert würden: Das gesetzlich verbürgte **Recht auf Nichtwissen** (Art. 7:449 BW) und das **Recht auf Privatsphäre** würden insoweit schwerer wiegen.³⁷⁴ Der beschriebene Ausgangspunkt impliziere zwar, dass jedwede erbliche Anlage oder auch Erbkrankheit, von welcher mit Sicherheit feststehe, dass der Träger um ihr Bestehen wisse, weil sie für jedermann an seinem Körper sichtbar sei, grundsätzlich geeignet wäre, um mittels einer DNA-Untersuchung im hier gemeinten Sinne festgestellt zu werden.³⁷⁵ Dies bedeute aber nicht, dass letztlich alle Personenmerkmale, welche den beschriebenen Voraussetzungen entsprechen, mittels DNA-Untersuchungen festzustellen wären. Zu denken sei etwa an das **Down-Syndrom**: Dieses sei zwar bereits bei der Geburt äusserlich wahrnehmbar, dennoch sei es **nicht angebracht**, dieses Personenmerkmal mit den hier gemeinten DNA-Untersuchungen festzustellen, auch nicht, weil daraus **kein Gewinn für strafrechtliche Ermittlungen** hervorgehen würde.³⁷⁶

DNA-Untersuchungen im hier gemeinten Sinne zu **nicht** in der Strafprozessordnung und im Beschluss DNA-Untersuchung in Strafsachen **vorgesehenen Personenmerkmalen** sind **rechtswidrig**.³⁷⁷ Die Verwendung solcher Personenmerkmale im Strafverfahren wird nach der **Rechtsprechung zu rechtswidrig erlangtem Beweis** beurteilt (Art. 359a Sv). Dasselbe gilt, wenn ein Gericht bei der **Prüfung**³⁷⁸ eines im Beschluss DNA-Untersuchung in Strafsachen enthaltenen Personenmerkmals zum Schluss kommt,

³⁶⁹ Kamerstukken 2018/19, 31 415, Nr 22 (Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid)

³⁷⁰ Kamerstukken 2019-2020, 31 415, Nr C, Ontwerpbesluit van houdende wijziging van het Besluit Dna-onderzoek in strafzaken

³⁷¹ Kamerstukken II 2001/02, 28 072, Nr. 3 (MvT), S. 4 f.

³⁷² Vgl. auch Handelingen I 2003/04, Nr. 23, S. 730.

³⁷³ Kamerstukken II 2001/02, 28 072, Nr. 3 (MvT), S. 2, 4 f.

³⁷⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28 072, Nr. 3 (MvT), S. 2, 4.

³⁷⁵ Kamerstukken II 2001/02, 28 072, Nr. 3 (MvT), S. 5.

³⁷⁶ Kamerstukken II 2001/02, 28 072, Nr. 3 (MvT), S. 5.

³⁷⁷ Vgl. Rechtbank Rotterdam, 30.11.1995, 07195/95, LJN: AD2440.

³⁷⁸ In den Niederlanden besteht gem. Art. 120 Gw keine Verfassungsgerichtsbarkeit von Gesetzen im formellen Sinne.

dass es sich nicht um ein Merkmal i.S. von Art. 151a Sv handelt und den Ministerialerlass insoweit als rechtswidrig einstuft.³⁷⁹

Im Beschluss DNA-Untersuchung in Strafsachen wurde im Jahr 2012 die **Augenfarbe** als weiteres äusserlich wahrnehmbares Personenmerkmal hinzugefügt.³⁸⁰ Vom Parlament gutgeheissen wurde auch das Merkmal der **Haarfarbe**; es wird im genannten Beschluss zu einem noch nicht bestimmten Zeitpunkt ebenfalls genannt werden.³⁸¹ In der wissenschaftlichen **Prüfungsphase** befinden sich seit einiger Zeit **Alter, Körpergrösse** und **Hautfarbe**.³⁸²

1.3. Voraussetzungen

Zentrale Voraussetzung der DNA-Untersuchung zur Feststellung äusserlich wahrnehmbarer Personenmerkmale ist das Vorliegen eines **Verdachts auf eine Straftat**, für die **Untersuchungshaft** angeordnet werden kann (Art. 151d Abs. 4, 195f Abs. 4 i.V.m. 67 Abs. 1 Sv).³⁸³ **Untersuchungshaft** ist nur beim Verdacht auf eines der in Art. 67 Abs. 1 lit. a–c Sv abschliessend aufgeführten Verbrechen möglich. Es geht einerseits um alle minimal mit der Strafobergrenze von **4 Jahren Freiheitsstrafe** bedrohten Verbrechen (Art. 67 Abs. 1 lit. a Sv)³⁸⁴ und andererseits um die in Art. 67 Abs. 1 lit. b, c Sv genannten **58 strafrechtlichen** und **15 nebenstrafrechtlichen** Katalogstraftaten mit geringerer Strafdrohung.³⁸⁵

Damit sind DNA-Untersuchungen zur Feststellung äusserlich wahrnehmbarer Personenmerkmale zwar schon bei zahlreichen **mittelschweren Delikten** möglich, aber **nicht bei allen Gewaltdelikten oder Straftaten gegen die körperliche Integrität**. Beispiele entsprechender, nicht erfasster Straftaten sind Nötigung durch Gewalt oder Gewaltandrohung (Art. 284 Abs. 1 Ziff. 1 Sr), Teilnahme an Angriff oder Rauferei mit schwerer Körperverletzung (Art. 306 Ziff. 1 Sr), Fahrlässige Tötung (Art. 307 Abs. 1 Sr) und Fahrlässige schwere Körperverletzung (Art. 308).³⁸⁶

³⁷⁹ Kamerstukken II 2001/02, 28 072, Nr. 3 (MvT), S. 11; Kamerstukken II 2001/02, 28 072, Nr. 5, S. 13 f.; M. Kessler, Art. 151d N. 3, in C.P.M. Cleiren et al. (Hrsg.), T&C Strafvordering (Loseblatt-Kommentar), 11. Aufl., Deventer 2015.

³⁸⁰ Art. 1b lit. c Besluit DNA-onderzoek in strafzaken; Stb. 2012, 82 v. 25.02.2012, in Kraft seit 01.04.2012.

³⁸¹ Siehe Besluit houdende wijziging van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken (Bijl. Kamerstukken II 2010/11, 31 415, Nr. 12), S. 2.

³⁸² Siehe Besluit houdende wijziging van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken en het Besluit politiegegevens (Bijl. Kamerstukken II 2010/11, 31 415, Nr. 4), S. 10; Kamerstukken II 2007/08, 31 415, Nr. 1 (Nota Verkenning DNA-onderzoek in strafzaken vanuit wetgevings- en juridisch perspectief), S. 38.

³⁸³ Dabei geht es i.Ü. um dieselben Straftaten, bei denen auch Polizeigewahrsam (Art. 58 Abs. 1 Sv) und die herkömmlichen identifizierenden Massnahmen möglich sind (Art. 61a lit. a–h Sv).

³⁸⁴ Das niederländische Strafrecht teilt Straftaten systematisch ein in Übertretungen und Verbrechen. Es bestehen keine Mindeststrafen.

³⁸⁵ Art. 67 Abs. 1 lit. b Sv: Art. 132, 138a, 138ab, 138b, 139c, 139d Abs. 1 f., 141a, 137c Abs. 2, 137d, 137e Abs. 2, 137g Abs. 2, 151, 184a, 254a, 248d, 248e, 272, 284 Abs. 1, 285 Abs. 1, 285b, 285c, 300 Abs. 1, 321, 323a, 326c Abs. 2, 326d, 340, 342, 344a, 344b, 347 Abs. 1, 350, 350a, 350c, 350d, 351, 395, 417bis, 420bis.1, 420quater, 420quater.1 Sr; Art. 67 Abs. 1 lit. c Sv: Art. 86i Abs. 1 Elektrizitätsgesetz 1998; Art. 66h Abs. 1 Gasgesetz; Art. 8.12 Abs. 1 f. Tiergesetz; Art. 175 Abs. 2 lit. b, Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 lit. b Strassenverkehrsgesetz; Art. 30 Abs. 2 Gesetz Ausserordentliche Kompetenzen von Zivilbehörden; Art. 52, 53 Abs. 1, 54 Gesetz Gewissensgründe Militärdienst; Art. 36 Glücksspielgesetz; Art. 11 Abs. 2, 11a Betäubungsmittelgesetz; Art. 55 Abs. 2 Waffen- und Munitionsgesetz; Art. 11 Gesetz Vorübergehendes Hausverbot; Art. 8 Vorläufiges Gesetz Verwaltungsrechtliche Massnahmen und Terrorismusbekämpfung.

³⁸⁶ Vgl. Kamerstukken II 2007/08, 31 415, Nr. 1 (Nota Verkenning DNA-onderzoek in strafzaken vanuit wetgevings- en juridisch perspectief), S. 33 f.

DNA-Untersuchungen zu äusserlich wahrnehmbaren Personenmerkmalen sollen nach der Gesetzesbotschaft nur durchgeführt werden, wenn die Feststellung äusserlich wahrnehmbarer Personenmerkmale **im konkreten Einzelfall für die Ermittlung der untersuchten Straftat relevant** erscheint, wobei die **Grundsätze der Verhältnismässigkeit und Subsidiarität** zu beachten sind. Dies impliziert, dass solche DNA-Untersuchungen **nur bei schweren Straftaten und nicht routinemässig** zur Anwendung kommen sollen – namentlich nicht, wenn äusserlich wahrnehmbare Personenmerkmale der Täterschaft bereits durch zuverlässige **Zeugenaussagen** bekannt geworden sind.³⁸⁷ Auch die Abwägung, ob auf der Grundlage der erhobenen Untersuchungsergebnisse allenfalls ein Täterprofil veröffentlicht werden soll, untersteht letztlich dem **Ermessen** des Staatsanwaltes bzw. des Untersuchungsrichters.³⁸⁸

Eine **Erweiterung der Kompetenz** zur Durchführung von DNA-Untersuchungen auf Straftaten mit der minimalen Höchststrafe von 3 Jahren Freiheitsstrafe oder auf weitere, selbstständig zu nennende Straftaten wurde im Parlament jedenfalls mit Bezug auf **klassische DNA-Profilvergleichen** immer wieder diskutiert. Sie wurde jeweils sowohl von der **Regierung** als auch vom **Kollegium der Generalstaatsanwälte abgelehnt**.³⁸⁹

Eine DNA-Untersuchung zur Feststellung äusserlich wahrnehmbarer Personenmerkmale konnte auf gesetzlicher Grundlage zunächst nur bei einem **nicht identifizierten Tatverdächtigen** durchgeführt werden. Im Jahr 2012 trat die gesetzliche Grundlage der schon zuvor bestehenden Praxis von DNA-Untersuchungen zu äusserlich wahrnehmbaren Personenmerkmalen des **verstorbenen, nicht identifizierten Opfers** in Kraft.³⁹⁰ Nicht verwendet werden darf die DNA-Untersuchung zur Feststellung äusserlich wahrnehmbarer Personenmerkmale **des nicht identifizierten Zeugen**.³⁹¹

2. Durchführung von Verwandtenrecherchen

2.1. Übersicht

Vergleiche von DNA-Profilen zur **Feststellung von Verwandtschaftsbeziehungen**, d.h. sog. **Verwandtenrecherchen**, sind in den Niederlanden im Rahmen des Strafverfahrens seit dem Jahr 2012 gesetzlich vorgesehen (Art. 151da, 195g Sv).³⁹² Begründet wurde ihre Einführung vom Justizminister damit, dass (strafrechtliche) Verwandtenrecherchen trotz ihrer eigentlichen Gesetzeswidrigkeit in der **Praxis** ohnehin bereits angewendet wurden, ihre **Unterscheidung** zu regulären DNA-Profilsuchläufen in der **Rechtsprechung unklar** war und sie in der Praxis doch dringend zur **Aufklärung** von Straftaten und **Ermittlungseffektivitätssteigerung** benötigt werden, wobei auf beachtliche, auf Verwandtenrecherchen zurückgehende Erfolge in ausländischen Ermittlungsverfahren verwiesen wurde. Weiter wurde angeführt, dass insbesondere gegenüber **Opfern von schweren Gewalt- und Sexualverbrechen**

³⁸⁷ Kamerstukken II 2001/02, 28 072, Nr. 3 (MvT), S. 6.

³⁸⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28 072, Nr. 3 (MvT), S. 6.

³⁸⁹ Kamerstukken II 2007/08, 31 415, Nr. 1 (Nota Verkenning DNA-onderzoek in strafzaken vanuit wetgevings- en juridisch perspectief), S. 27 f.

³⁹⁰ Stb. 2011, 555 v. 24.11.2011, in Kraft seit 01.04.2012; vgl. Kamerstukken II 2007/08, 31 415, Nr. 1 (Nota Verkenning DNA-onderzoek in strafzaken vanuit wetgevings- en juridisch perspectief), S. 29 f.; Kamerstukken II 2009/10, 32 168, Nr. 3, S. 18 f.

³⁹¹ Siehe M. Kessler, Art. 151d N. 2 m.H., in C.P.M. Cleiren et al. (Hrsg.), T&C Strafvoeding (Loseblatt-Kommentar), 11. Aufl., Deventer 2015.

³⁹² Stb. 2011, 555 v. 24.11.2011, in Kraft seit 01.04.2012.

und ihren Angehörigen nicht überzeugend vertreten werden könne, dass spontan, aber rechtmässig erlangtes Beweismaterial nicht im Strafverfahren verwendet werden dürfe.³⁹³

Zum Zweck der Legalisierung von DNA-Verwandtenrecherchen wurde die **Zweckbestimmung** der DNA-Untersuchung in der Strafprozessordnung (Art. 138a Sv) dahingehend geändert, dass sie nun auch auf die blosser Feststellung von Verwandtschaft abzielen kann.

2.2. Aktive und passive Verwandtenrecherche

Bei der niederländischen Diskussion zur Verwandtenrecherche spielt die vom Justizminister in seinem Bericht zur DNA-Untersuchung *de lege lata et ferenda* im Jahre 2007 eingeführte Unterscheidung von sog. **aktiven** und **passiven Verwandtenrecherchen** eine wichtige Rolle.

Bei passiven Verwandtenrecherchen geht es um «klassische» DNA-Profilvergleiche, bei welchen zufällig ein **«Beinahetreffer»** – d.h. eine **teilweise** statt der gesuchten vollständigen **Übereinstimmung** («gedeeltelijke overeenkomst») – festgestellt wird, welcher auf eine **Verwandtschaftsbeziehung** zwischen den beiden DNA-Eigentümern hindeutet. Als **Beispiel** einer **passiven Verwandtenrecherche** gilt die anlässlich einer Ermittlung zu einer Vergewaltigung im Rahmen einer «klassischen» DNA-Untersuchung nach Art. 151a Sv zufällig festgestellte, **teilweise Übereinstimmung** zwischen dem DNA-Profil des mutmasslichen Täters und des Vergewaltigungsopfers, welche Teilübereinstimmung auf eine **Verwandtschaftsbeziehung zwischen Täter und Opfer** hindeutet.³⁹⁴ Als weiteres Beispiel wird die Situation angeführt, in der das DNA-Profil eines freiwillig an einer Massenuntersuchung nach Art. 151a Abs. 1 Sv teilnehmenden Dritten nicht vollständig, aber doch bezüglich verschiedener Merkmale mit dem DNA-Profil eines Spurenverursachers übereinstimmt, was dafür sprechen kann, dass der DNA-Spender **im ersten Grad** mit dem Spurenverursacher **verwandt** ist.³⁹⁵

Bei solchen DNA-Untersuchungen – und d.h. bei den **passiven Verwandtenrecherchen** – sollen nach ganz herrschender Auffassung die **Voraussetzungen** der «klassischen» **DNA-Untersuchung**, d.h. von Art. 151a Sv, gelten und nicht die **höheren Schranken** der **aktiven Verwandtenrecherche**.³⁹⁶ Übereinstimmend ist im Gesetz festgehalten, dass das im Rahmen einer DNA-Untersuchung im Sinne von Art. 151a Abs. 1 bzw. 195a Abs. 1 Sv, also **durch «klassische» DNA-Profilvergleichung ermittelte Ergebnis einer Verwandtschaftsbeziehung** vom Staatsanwalt bzw. vom Untersuchungsrichter **verwendet werden darf** (Art. 151da Abs. 3, 195g Abs. 3 Sv). Obwohl die Durchführung von DNA-Untersuchungen nach Art. 151a Sv weder auf Fälle eines bestimmten minimalen Verdachtsgrades noch auf bestimmte Straftaten beschränkt ist,³⁹⁷ sind passive Verwandtenrecherchen – wie auch die auf der Grundlage von Art. 151b Sv zwangsweise durchgesetzten DNA-Untersuchungen des DNA-Materials eines dringend einer schweren Tat verdächtigten Tatverdächtigen – nach ganz herrschender Auffassung nur beim **Verdacht auf Verbrechen** möglich, für welche **Untersuchungshaft** angeordnet werden kann.³⁹⁸

³⁹³ Kamerstukken II 2007/08, 31 415, Nr. 1 (Nota Verkenning DNA-onderzoek in strafzaken vanuit wetgevings- en juridisch perspectief), S. 21 ff.

³⁹⁴ Kamerstukken II 2009/10, 32 168, Nr. 3 (MvT), S. 7; C.C.M. VAN DEUDEKOM, Een nieuwe loot aan de DNA-stam: strafvorderlijk DNA-verwantschapsonderzoek, AA 2012, S. 849, 852 f.

³⁹⁵ Kamerstukken II 2009/10, 32 168, Nr. 3 (MvT), S. 7.

³⁹⁶ Siehe nur M. Kessler, Art. 151da N. 2, 151a N. 2d m.H., in C.P.M. Cleiren et al. (Hrsg.), T&C Strafvoeding (Loseblatt-Kommentar), 11. Aufl., Deventer 2015 mH.

³⁹⁷ S.M. Kessler, Art. 151a N. 2d, 151a N. d m.H., in C.P.M. Cleiren et al. (Hrsg.), T&C Strafvoeding (Loseblatt-Kommentar), 11. Aufl., Deventer 2015

³⁹⁸ Siehe nur Kamerstukken II 2009/10, 32 168, Nr. 3 (MvT), S. 9; Kamerstukken I 2011/12, 32 168, C, S. 4; C.C.M. VAN DEUDEKOM, Een nieuwe loot aan de DNA-stam: strafvorderlijk DNA-verwantschapsonderzoek, AA 2012, S. 849, 858. Zur Voraussetzung der Untersuchungshaft siehe oben bei Fn. 383.

Soweit nicht anders angegeben, wird im nachfolgenden Text mit dem Begriff «Verwandtenrecherche» die aktive Verwandtenrecherche gemeint.

Im Gegensatz zu passiven Verwandtenrecherchen, zielen **aktive Verwandtenrecherchen unmittelbar** auf die **Feststellung von Verwandtschaftsbeziehungen** ab. Dazu werden zahlreiche **Fallgestaltungen** unterschieden, etwa ein auf die Feststellung einer Verwandtschaftsbeziehung gerichteter Vergleich des DNA-Profiles eines nicht identifizierten Tatverdächtigen mit den DNA-Profilen der **DNA-Profil-Datenbank**. Auch beim Vergleich des DNA-Profiles eines nicht identifizierten Tatverdächtigen mit dem DNA-Profil eines **Blutverwandten eines Dritten**, der sich **weigert**, an einer **DNA-Massenuntersuchung** teilzunehmen oder mit dem DNA-Profil eines **Blutverwandten eines Tatverdächtigen**, der **geflüchtet** oder **verschollen** ist oder **kremiert** wurde, handelt es sich um Formen aktiver Verwandtenrecherche. Weiter wird als Beispiel der aktiven Verwandtenrecherche regelmässig auch der Vergleich des DNA-Profiles eines durch eine Straftat ums Leben gekommenen, **nicht identifizierten Kleinkindes** mit einem oder allen DNA-Profilen der **DNA-Profil-Datenbank** genannt.³⁹⁹ Ferner wurde die **DNA-Massenuntersuchung** als aktive DNA-Verwandtenrecherche bezeichnet, wenn beim Vergleich zwischen dem DNA-Material eines nicht identifizierten Tatverdächtigen und dem DNA-Material von mehr als 15 Dritten nur das **Y-chromosomale DNA-Profil** verglichen wird.⁴⁰⁰

2.3. Voraussetzungen

Wie alle anderen DNA-Untersuchungen,⁴⁰¹ dürfen sowohl aktive wie auch passive Verwandtenrecherchen nur durchgeführt werden, wenn sie dem **Interesse der Untersuchung** dienen, womit der Grundsatz der **Verhältnismässigkeit und Subsidiarität** zu beachten ist und der rechtsanwendende Staatsanwalt bzw. Untersuchungsrichter im konkreten **Einzelfall** eine entsprechende **Abwägung** zu treffen hat.⁴⁰² Verwandtenrecherchen sollen vor allem zur Anwendung kommen, wenn «klassische» DNA-Profilvergleichen zu **keinen Resultaten** führen und **wenig oder keine Hinweise zur Täterschaft** vorliegen.⁴⁰³ Insbesondere der auf die Feststellung von Verwandtschaftsbeziehungen ausgerichtete Vergleich einer DNA-Täterspur mit allen DNA-Profilen der DNA-Profil-Datenbank soll **ultimum remedium** sein, zumal die Eigentümer der DNA-Profile in der DNA-Profil-Datenbank in diesen Fällen **keine Zustimmung** verleihen können und nicht auf eventuelle Folgen für ihre Familienmitglieder hingewiesen werden können.⁴⁰⁴

Dem Ausgangspunkt des Gesetzgebers, dass (aktive) Verwandtenrecherchen nur beim **Verdacht auf sehr schwere Gewalt- und Sexualverbrechen** durchzuführen sind,⁴⁰⁵ trägt das Gesetz dadurch Rechnung, dass es sie erstens beim **Verdacht** auf alle **Verbrechen** erlaubt, die mindestens mit der Strafobergrenze von **8 Jahren Freiheitsstrafe** bedroht werden und zweitens beim Verdacht auf die im abschliessenden **Katalog** von Art. 151da Abs. 3, 195g Abs. 3 Sv **ausdrücklich genannten Verbrechen**, die mindestens mit der **Strafobergrenze von 6 Jahren Freiheitsstrafe** bedroht werden.⁴⁰⁶

³⁹⁹ Siehe nur C.C.M. VAN DEUDEKOM, Een nieuwe loot aan de DNA-stam: strafvorderlijk DNA-verwantschapsonderzoek, AA 2012, S. 849, 852.

⁴⁰⁰ Kamerstukken II 2009/10, 32 168, Nr. 3 (MvT), S. 7.

⁴⁰¹ Siehe dazu oben bei Fn. 347.

⁴⁰² Kamerstukken II 2009/10, 32 168, Nr. 3 (MvT), S. 8.

⁴⁰³ Kamerstukken II 2009/10, 32 168, Nr. 3 (MvT), S. 6.

⁴⁰⁴ Vgl. M.M. PRINSEN, DNA-verwantschapsonderzoek, Strafblad, 2008 6(3), 242, 248; C.C.M. VAN DEUDEKOM, Een nieuwe loot aan de DNA-stam: strafvorderlijk DNA-verwantschapsonderzoek, AA 2012, S. 849, 856 jeweils m.H.

⁴⁰⁵ Kamerstukken II 2009/10, 32 168, Nr. 3 (MvT), S. 9.

⁴⁰⁶ Es geht um Art. 109, 110, 141 Abs. 2 lit. 1, 181 lit. 2, 182, 247, 248a, 248b, 249, 281 Abs. 1 lit. 1, 290, 300 Abs. 2 f., 301 Abs. 2 Sr.

Die Durchführung einer Verwandtenrecherche ist dem dahingehenden **Befehl des Staatsanwaltes** oder des **Untersuchungsrichters** vorbehalten (Art. 151da Abs. 1, 195g Abs. 1 Sv).⁴⁰⁷

In gewissen gesetzlich umschriebenen Fällen ist für die staatsanwaltschaftliche Verwandtenrecherche die **schriftliche Ermächtigung des Untersuchungsrichters** erforderlich. Ein entsprechender Fall ist der auf die Feststellung von Verwandtschaftsbeziehungen gerichtete **Vergleich** eines DNA-Profiles mit **allen** DNA-Profilen der **DNA-Profil-Datenbank** (Art. 151da Abs. 1 Sv). In der Erläuterung zum Gesetz zur Verwandtenrecherche wurde der diesbezügliche Richtervorbehalt mit der **Schwere des Eingriffes in die Privatsphäre** der Betroffenen begründet.⁴⁰⁸ Der Untersuchungsrichter prüft im Rahmen dieses Genehmigungsverfahrens in erster Linie die **Rechtmässigkeit** der DNA-Untersuchung.⁴⁰⁹ Soweit ein DNA-Profil nur mit **einem oder mehreren bestimmten** DNA-Profilen der **DNA-Profil-Datenbank** verglichen werden soll, ist keine Ermächtigung des Untersuchungsrichters erforderlich.⁴¹⁰

Ferner ist die **schriftliche Ermächtigung des Untersuchungsrichters** – trotz der fehlenden Erwähnung dieses Vorbehaltes in der einschlägigen Vorschrift zur Verwandtenrecherche – nach der in der Literatur überzeugend vertretenen Auffassung auch bei der **Verwandtenrecherche** durch **DNA-Massenuntersuchung** erforderlich.⁴¹¹

Die **schriftliche Ermächtigung des Untersuchungsrichters** ist ausserdem bei Verwandtenrecherchen des Staatsanwalts mit Zellmaterial eines **minderjährigen Dritten** erforderlich, der vermutlich «Gegenstand» – d.h. **Opfer** – einer der im **Katalog** von Art. 151da Abs. 2 Sv genannten **Verbrechen** (etwa Menschenhandel, Vergewaltigung, Kindermord)⁴¹² ist (Art. 151da Abs. 2 Sv).

Obschon der Vorbehalt der **Zustimmung des Kollegiums der Generalstaatsanwälte** in der einschlägigen **Anweisung Ermittlungsbefugnisse** nur bezüglich der «klassischen» DNA-Massenuntersuchung i.S.v. Art. 151a Sv ausdrücklich erwähnt wird,⁴¹³ gilt er nach unbestrittener Auffassung ebenfalls bei **DNA-Massenuntersuchungen** zur Feststellung von **Verwandtschaftsbeziehungen**.⁴¹⁴ Während der Untersuchungsrichter im Rahmen des Genehmigungsverfahrens wie oben bereits erwähnt in erster Linie die Rechtmässigkeit beurteilt, prüft das **Kollegium der Generalstaatsanwälte** primär die **Zweckmässigkeit** der DNA-Massenuntersuchung.⁴¹⁵

Zellmaterial eines **nicht tatverdächtigen Dritten** darf nur mit seiner **schriftlichen Zustimmung** zur Verwandtenrecherche (abgenommen und) **verwendet** werden (Art. 151da Abs. 2 Sv). Die Zustimmung kann zwar **wiederrufen** werden, der Widerruf hat aber **keinen Einfluss** auf die nach der verliehenen

⁴⁰⁷ C.C.M. VAN DEUDEKOM, Een nieuwe loot aan de DNA-stam: strafvorderlijk DNA-verwantschapsonderzoek, AA 2012, S. 849, 853 f.

⁴⁰⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32 168, Nr. 3 (MvT), S. 8.

⁴⁰⁹ Vgl. C.C.M. VAN DEUDEKOM, Een nieuwe loot aan de DNA-stam: strafvorderlijk DNA-verwantschapsonderzoek, AA 2012, S. 849, 855.

⁴¹⁰ C.C.M. VAN DEUDEKOM, Een nieuwe loot aan de DNA-stam: strafvorderlijk DNA-verwantschapsonderzoek, AA 2012, S. 849, 854 m.w.H.

⁴¹¹ M. Kessler, Art. 151da N. 2c, in C.P.M. Cleiren et al. (Hrsg.), T&C Strafvordering (Loseblatt-Kommentar), 11. Aufl., Deventer 2015; C.C.M. VAN DEUDEKOM, Een nieuwe loot aan de DNA-stam: strafvorderlijk DNA-verwantschapsonderzoek, AA 2012, S. 854 f.

⁴¹² Art. 197a, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 248a, 248b, 249, 256, 273f, 278, 287, 289, 290, 291 Sr.

⁴¹³ Siehe Art. 5.1 Abs. 2 SpStr. 9 Aanwijzing opsporingsbevoegdheden.

⁴¹⁴ Kamerstukken II 2010/11, 32 168, Nr. 15, S. 2; C.C.M. VAN DEUDEKOM, Een nieuwe loot aan de DNA-stam: strafvorderlijk DNA-verwantschapsonderzoek, AA 2012, S. 849, 855.

⁴¹⁵ C.C.M. VAN DEUDEKOM, Een nieuwe loot aan de DNA-stam: strafvorderlijk DNA-verwantschapsonderzoek, AA 2012, S. 849, 855

Zustimmung **bereits durchgeführte Verwandtenrecherche**.⁴¹⁶ Auf dem Formular, welches Dritten zur Verleihung ihrer schriftlichen Zustimmung zur Verwandtenrecherche verabreicht wird, werden sie vorab darauf hingewiesen, dass sie durch ihre Teilnahme an der Verwandtenrecherche möglicherweise einen Verdacht eines ihrer Familienmitglieder begründen.⁴¹⁷

Die einzige **Ausnahme** der Regel der **notwendigen Zustimmung** von Dritten betrifft die Verwandtenrecherche mit Zellmaterial des **minderjährigen Dritten**, der «Gegenstand» – d.h. **Opfer** – eines im Katalog von Art. 151da Abs. 2 Sv genannten **sehr schweren Verbrechens** ist: Die Abgabe seines Zellmaterials und deren Untersuchung auf Verwandtschaftsbeziehungen kann **zwangsweise durchgesetzt** werden (Art. 151da Abs. 1, Art. 195g Abs. 2 Sv).

Keiner Zustimmung des Eigentümers bedarf die Verwendung zur Verwandtenrecherche von auf gesetzlicher Grundlage freiwillig oder unfreiwillig zur Identifikation von **Tatverdächtigen** oder **Verurteilten** erlangtem DNA-Material (Art. Art. 151da Abs. 2, 195g Abs. 2 Sv).⁴¹⁸

3. Aufbewahrung und Vernichtung von Zellmaterial und DNA-Profilen

3.1. Übersicht

Im Zusammenhang mit Straftaten stehendes Zellmaterial und die ihnen zugeordneten DNA-Profile werden vom Nederlands Forensisch Instituut (NFI) in der niederländischen DNA-Datenbank für Strafsachen aufbewahrt. Das Zellmaterial und die ihm zugeordneten DNA-Profile, die vom NFI in der DNA-Datenbank aufbewahrt werden, stammen von **Dritten, identifizierten und nicht identifizierten verstorbenen** sowie **verschollenen Verbrechenopfern, nicht identifizierten Tatverdächtigen, eines Verbrechens verdächtigten Tatverdächtigen, ehemaligen Tatverdächtigen, wegen eines Verbrechens Verurteilten** sowie **wegen eines Verbrechens Verurteilten**, die ihre **Strafe verbüsst** haben und zwecks Bestimmung und Verarbeitung ihres DNA-Profils **freiwillig Zellmaterial** abgegeben haben.⁴¹⁹ Für die Aufbewahrung des Zellmaterials und der ihnen zugeordneten DNA-Profile gelten allerdings je nach der vorgenannten Eigentümereigenschaft **unterschiedliche Voraussetzungen** und **verschiedene Aufbewahrungsfristen**. Sie werden im bereits erwähnten Beschluss DNA-Untersuchung in Strafsachen (BeDNA-U) geregelt⁴²⁰ und unten erläutert.

Vorab ist festzuhalten, dass das NFI gemäss Art. 13 Abs. 1 BeDNA-U nach der Durchführung einer DNA-Untersuchung **grundsätzlich so viel Zellmaterial aufbewahrt**, wie mit Hinblick auf die Durchführung einer **erneuten DNA-Untersuchung** i.S.v. Art. 151a Abs. 1 Satz 1 Sv – d.h. zur Anfertigung eines dazu gehörenden DNA-Profils – **notwendig** ist.⁴²¹

⁴¹⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32 168, Nr. 3, S. 28.

⁴¹⁷ Siehe Art. 2 Abs. 2 Besluit DNA-onderzoek in strafzaken.

⁴¹⁸ Vgl. C.C.M. VAN DEUDEKOM, Een nieuwe loot aan de DNA-stam: strafvorderlijk DNA-verwantschapsonderzoek, AA 2012, S. 849, 857 f.

⁴¹⁹ Siehe die entsprechende Aufzählung in Art. 14 Abs. 4 lit. a–g BeDNA-U.

⁴²⁰ Siehe bei Fn. 354.

⁴²¹ Bei der Untersuchung nach Art. 151a Abs. 1 Satz 1 geht es um die «klassische» DNA-Untersuchung, also um die Untersuchung, welche auf den Vergleich von DNA-Profilen gerichtet ist.

3.2. Dritte

Als Ausnahme der soeben genannten Regel **vernichtet** das NFI das Zellmaterial (und das ihm zugeordnete DNA-Profil sowie die sich darauf beziehenden Akten und Unterlagen)⁴²² eines **Dritten** unverzüglich, wenn im Rahmen der DNA-Untersuchung festgestellt wurde, dass das betreffende **DNA-Profil nicht** mit dem – im Zusammenhang mit derselben Straftat – aufgrund von Zellmaterial auf Tatgegenständen oder des nicht identifizierten Tatverdächtigen erstellten Vergleichs-DNA-Profil **übereinstimmt** (Art. 13 Abs. 2 lit. a BeDNA-U). Das Zellmaterial eines Dritten wird ausserdem unverzüglich vernichtet, sobald ein Dritter gegenüber dem NFI seine **Zustimmung** zur Verarbeitung seines Zellmaterials **widerrufen** hat (Art. 13 Abs. 2 lit. b BeDNA-U).⁴²³

3.3. Tatverdächtige, ehemalige Tatverdächtige und Verurteilte

In der DNA-Datenbank aufbewahrtes Zellmaterial eines **Tatverdächtigen** wird unverzüglich **vernichtet**, sobald bekannt wird, dass der auf ihm ruhende **Tatverdacht** auf eine Straftat, für welche Untersuchungshaft angeordnet werden kann, **entfallen** ist. Dies ist der Fall, wenn in der betreffenden Sache eine in Rechtskraft erwachsene staatsanwaltschaftliche oder gerichtliche Einstellung, ein rechtskräftiger Freispruch oder eine rechtskräftige **Verfolgungsbefreiung**⁴²⁴ **ohne Auferlegung** einer der im Katalog von Art. 16 Abs. 2 BeDNA-U genannten **freiheitsentziehenden Massnahmen** ergangen ist (Art. 16 Abs. 1 Abs. 1 f. i.V.m Art. 17 Abs. 1 BeDNA-U).

Bleibt der Tatverdacht weiterbestehen, richtet sich die Aufbewahrungsfrist des Zellmaterials des identifizierten Tatverdächtigen gemäss der unten beschriebenen Methode⁴²⁵ nach der Höchststrafe der Straftat, welche den Tatverdacht begründet. Die Vernichtung des DNA-Profiles eines nicht identifizierten Tatverdächtigen richtet sich nach der unten beschriebenen Regelung⁴²⁶ zur Vernichtung des DNA-Profiles des verstorbenen Opfers.

Falls die betreffende Person, bei welcher der Tatverdacht wie oben beschrieben weggefallen ist, zwischenzeitlich durch die **Übereinstimmung ihres DNA-Profiles** mit dem DNA-Profil eines nicht identifizierten Tatverdächtigen **einer anderen Straftat**, für welche Untersuchungshaft angeordnet werden kann, in dieser anderen Sache erneut **Tatverdächtiger geworden** ist, wird das DNA-Profil weiterhin in der DNA-Datenbank **aufbewahrt** (Art. 17 Abs. 3 BeDNA-U).

Das Zellmaterial einer Person, bei welcher der Tatverdacht durch einen rechtskräftigen Freispruch oder durch eine rechtskräftige **Verfolgungsbefreiung ohne Auferlegung** einer der im Katalog von Art. 1 lit. g BeDNA-U enthaltenen freiheitsentziehenden Massnahmen entfallen ist, wird ebenfalls nicht vernichtet, sondern weiter aufbewahrt, falls die Straftat, auf welche sich der Tatverdacht richtete, im Tatbestand die **vorsätzliche Tötung** vorsieht und der rechtskräftige verfahrenserledigende Entscheid der **Revision zu Ungunsten des Abgeurteilten**⁴²⁷ zugänglich ist (Art. 16 Abs 3 BeDNA-U). Der Betroffene

⁴²² Soweit das NFI Zellmaterial zu vernichten hat, werden auch die dazugehörigen DNA-Profile, Akten und Unterlagen vernichtet – was auch für den umgekehrten Fall gilt (Art. 18c BeDNA-U). Der besseren Lesbarkeit halber und in Anlehnung an den niederländischen Gesetzestext ist im vorliegenden Text i.Z.m. der Vernichtung regelmässig nur von Zellmaterial oder nur vom DNA-Profil die Rede.

⁴²³ Siehe aber oben bei Fn. 416.

⁴²⁴ Der hier gemeinte Endentscheid mit der niederländischen Bezeichnung «ontslag van alle rechtsvervolging» ergeht, wenn eine Tat zwar bewiesen, aber der Täter oder die Tat infolge Entschuldigungs- oder Rechtfertigungsgründen nicht strafbar ist.

⁴²⁵ Siehe unten nach Fn. 431.

⁴²⁶ Siehe unten 3.3.

⁴²⁷ Die Revision zu Ungunsten des Abgeurteilten, d.h. die «Herziening ten nadele» i.S.v. Art. 482a Abs. 1 lit. a Sv, ist bei rechtskräftigen Freisprüchen oder rechtskräftigen Verfolgungsbefreiungen («ontslag van alle

entspricht unter diesen Umständen der Definition des «**ehemaligen Tatverdächtigen**» von Art. 1 lit. g BeDNA-U, weshalb auf ihn besondere Vorschriften anwendbar sind.

Im Gegensatz zum allgemeinen Grundsatz, dass der Direktor des NFI in der DNA-Datenbank gespeicherte DNA-Profile auch nach der Durchführung einer staatsanwaltschaftlichen bzw. untersuchungsrichterlichen DNA-Untersuchung **intern** weiter zum **Zweck der Prävention, Ermittlung, Strafverfolgung und Aburteilung** miteinander **vergleichen** kann (Art. 14 Abs. 6 BeDNA-U), sind solche Vergleiche mit dem DNA-Profil eines «ehemaligen Tatverdächtigen» **unzulässig**. Das weiterhin aufbewahrte DNA-Profil von «ehemaligen Tatverdächtigen» («gewezen verdachte») darf nur noch im Rahmen des Verfahrens zur **Revision zu Ungunsten des Abgeurteilten** nach einem dahingehenden **Ersuchen des Untersuchungsrichters auf Antrag des Staatsanwalts** verwendet werden (Art. 14 Abs. 7 BeDNA-U).

Der **Aufbewahrungsfrist** der DNA-Profile von «**ehemaligen Tatverdächtigen**» richtet sich nach der gesetzlich vorgeschriebenen **Höchststrafe der ehemals verdachtsbegründenden Straftat**. Bei Straftaten, die mit **weniger als 6 Jahren Freiheitsstrafe** bestraft werden können, wird das DNA-Profil des Betroffenen 12 Jahre nach dem betreffenden verfahrenserledigenden Entscheid vernichtet. Bei Straftaten, die **mit 6 oder mehr Jahren Freiheitsstrafe** bestraft werden können, wird das DNA-Profil des Betroffenen nach 20 Jahren vernichtet. Kann die Straftat infolge Art. 70 Abs. 2 Sr nicht verjähren, so wird das DNA-Profil eines «ehemaligen Verdächtigen» nach 80 Jahren vernichtet. Verstirbt der «ehemalige Verdächtige» noch während der laufenden Aufbewahrungsfrist, so wird sein DNA-Profil unverzüglich vernichtet (Art. 18a Abs. 1 lit. a–b BeDNA-U).

Auf der Grundlage des seit dem Jahr 2004 stufenweise eingeführten **Gesetzes DNA-Untersuchung bei Verurteilten** (GesDNA-V)⁴²⁸ wird seit dem Jahr 2010 (**voll- und minderjährigen**) Personen, die **wegen einer Straftat verurteilt**⁴²⁹ wurden, für die **Untersuchungshaft** angeordnet werden kann, in der Folge des dahingehenden Befehls des Staatsanwalts **Zellmaterial** zur Bestimmung und Verarbeitung ihres DNA-Profils **abgenommen** (Art. 2 Abs. 1 GesDNA-V). Der Befehl zur Zellmaterialabnahme kann ausnahmsweise **ausbleiben**, wenn hinlänglicher Grund zur Annahme besteht, dass die Bestimmung und Verarbeitung des DNA-Profils des Verurteilten mit Hinblick auf die Art des Verbrechens oder auf die besonderen Umstände der Straftatbegehung **nicht zur Prävention, Ermittlung, Strafverfolgung und Aburteilung von Straftaten** des Verurteilten beitragen kann (Art. 2 Abs 1 lit. b GesDNA-V). Damit werden gemäss der Botschaft zum Gesetz Fälle von Straftaten gemeint, für welche zwar Untersuchungshaft angeordnet werden könnte, bei welchen DNA-Untersuchungen aber **keine oder keine nennenswerte Bedeutung** bei der Ermittlung haben, wie dies bspw. bei **Meineid** oder **Urkundenfälschung** der Fall sei.⁴³⁰ Der Befehl kann weiter ausnahmsweise ausbleiben, falls eine DNA-Untersuchung **nicht angebracht** ist (Art. 2 Abs 1 lit. b GesDNA-V). Ein solcher Fall liegt dann vor, wenn der Verurteilte zwar für eine Straftat verurteilt wurde, für welche Untersuchungshaft angeordnet

rechtsverfolgung») für vorsätzlich begangene Verbrechen, die den Tod einer Person zur Folge haben, möglich, wenn gewichtige Gründe zur Annahme bestehen, dass bekannt gewordene Noven zur Verurteilung geführt hätten und eine neue Beurteilung der Sache dem Interesse der Rechtspflege zuträglich ist.

⁴²⁸ Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden, Stb. 2004, 465 v. 16.09.2004, in Kraft seit 01.02.2005, zuletzt geändert Stb. 2014, 125 v. 12.03.2014, in Kraft seit 01.05.2014.

⁴²⁹ Unter den Begriff «Verurteilung» i.S.v. des GesDNA-V wird auch die *nicht rechtskräftige* Verurteilung gefasst. Der Begriff «Verurteilung» umfasst i.c. die Verurteilung zur (bedingten) Freiheitsstrafe, Verwahrung, (bedingten) gemeinnützigen Arbeit, (bedingten) Unterbringung in einer Institution für Wiederholungstäter, (bedingten) Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik sowie zur (bedingten) Unterbringung in einer Jugendanstalt. Nicht erfasst werden Verurteilungen zu Geldstrafen und zu Massnahmen finanzieller Art, s. Kamerstukken II 2002/03, 28 685, Nr. 3 (MvT), S. 9.

⁴³⁰ Kamerstukken II 2002/03, 28 685, Nr. 3 (MvT), S. 9 f.

werden kann, es zugleich aber **höchst unwahrscheinlich** erscheint, dass er in der Vergangenheit **Straftaten beging** und künftig Straftaten **begehen wird**, bei deren Ermittlung DNA-Untersuchungen **zuträglich** sein können.⁴³¹

Gegen die Bestimmung und Verarbeitung seines DNA-Profiles kann der Verurteilte innert 14 Tagen **nach der Abnahme seines Zellmaterials** oder nach der Mitteilung, dass sein bereits beschlagnahmtes Zellmaterial zur Bestimmung und Verarbeitung seines DNA-Profiles verwendet wird, begründet Beschwerde führen. Für die Beurteilung der Beschwerde zuständig ist das Bezirksgericht, das die Strafsache in erster Instanz beurteilt hat oder das Bezirksgericht des Bezirks, in welchem gegen den ergangenen Strafbefehl Einsprache hätte erhoben werden können. Während der laufenden Beschwerdefrist und solange eine Beschwerde nicht zurückgezogen und die Beschwerde noch nicht beurteilt wurde, wird das Zellmaterial nicht zur Anfertigung eines DNA-Profiles verwendet (Art. 7 GesDNA-V).

Wie beim «ehemaligen Tatverdächtigen», richtet sich die Aufbewahrungsfrist der DNA-Profile von **Tatverdächtigen** und **Verurteilten** nach der gesetzlich vorgeschriebenen **Höchststrafe** der tatverdachtsbegründenden bzw. der ihnen vorgeworfenen Verbrechen. Bei Verurteilung oder Verfolgungsbefreiung mit gleichzeitiger Auferlegung einer der im Katalog von Art. 352 Abs. 2 Sv genannten freiheitsentziehenden Massnahme wegen **Straftaten mit einer Höchststrafe von weniger als 6 Jahren Freiheitsstrafe** wird das DNA-Profil des Betroffenen **20 Jahre** nach dem betreffenden **verfahrensrechtlichen Entscheid** oder **12 Jahre nach seinem Ableben vernichtet**. Bei Straftaten mit einer Strafobergrenze von **6 oder mehr Jahren Freiheitsstrafe**, wird das DNA-Profil des Betroffenen **nach 30 Jahren** bzw. **20 Jahre** nach seinem Ableben vernichtet (Art. 18 Abs. 1 lit. a–b BeDNA-U). Wird der Betroffene während der laufenden Aufbewahrungsfrist für eine andere Straftat erneut verurteilt oder unter Auferlegung einer (freiheitsentziehenden) Massnahme nach Art. 352 Abs. 2 Sv von der Verfolgung befreit, **verlängert sich die Aufbewahrungsfrist** nach dem oben beschriebenen Prinzip mit 20 bzw. 30 Jahren (Art. 18 Abs. 2 BeDNA-U). Bei **länger als 20 Jahre** dauernden **Freiheitsstrafen** oder länger als 20 Jahre dauernden **freiheitsentziehenden Massnahmen** wird das DNA-Profil nach **50 Jahren** vernichtet und bei **lebenslangen Freiheitsstrafen** oder **lebenslangen freiheitsentziehenden Massnahmen** nach **80 Jahren** (Art. 18 Abs. 3 BeDNA-U).

Die Aufbewahrungsfrist von 80 Jahren gilt weiter für die im Katalog von Art. 18 Abs. 4 BeDNA-U enthaltenen **schweren Sexualdelikte**.⁴³²

Das DNA-Profil eines Tatverdächtigen oder Verurteilten wird ferner vernichtet, wenn die **Verjährung** eingetreten ist (Art. 18 Abs. 1 lit. a BeDNA-U).

Das DNA-Profil von Personen, welche die ihnen auferlegte **Strafe oder Massnahme** für eine Straftat, für die Untersuchungshaft auferlegt werden kann, **verbüsst** haben und die der Bestimmung und Verarbeitung ihres DNA-Profiles **zugestimmt** haben, wird **20 Jahre** nach der Aufnahme des betreffenden DNA-Profiles in der DNA-Datenbank vernichtet. Hat der Betreffende gegenüber dem NFI seine **Zustimmung widerrufen**, wird das DNA-Profil **unverzüglich** vernichtet (Art. 18 Abs. 5 BeDNA-U).

Die geltenden Regeln unterscheiden zu keinem Zeitpunkt zwischen Erwachsenen und Minderjährigen, obwohl dies einige Kritik auslöste⁴³³. Was die Speicherung von DNA-Profilen betrifft, so hat der

⁴³¹ Kamerstukken II 2002/03, 28 685, Nr. 3 (MvT), S. 9 f.

⁴³² Art. 240b–250 Sr.

⁴³³ Zum Beispiel, UN-Menschenrechtsausschuss, 18 juni 2017. Sie hat festgestellt, dass das Anwendung des Gesetz unzureichende Garantien und Anpassungen für Minderjährige enthält und gegen Art. 17 ICCPR verstößt; auch

Minister für Justiz und Sicherheit im Jahr 2018 einen Brief geschrieben, der einen Vorschlag zur Halbierung der Aufbewahrungsdauer eines solchen Profils für Minderjährige enthält⁴³⁴. Bis jetzt gibt es jedoch keine Spur von Folgemaßnahmen zu diesem Vorschlag.

3.4. Verstorbene Opfer und Verschollene

DNA-Profile von **identifizierten und nicht identifizierten Opfern**, die zufolge eines Verbrechens, für welches Untersuchungshaft angeordnet werden kann, verstorben sind, werden nach Art. 13 Abs. 3 BeDNA-U ebenfalls in der DNA-Datenbank gespeichert. Die betreffenden DNA-Profile werden **12 Jahre** nach ihrer **Aufnahme** in der DNA-Datenbank **vernichtet**, wenn das Verbrechen, welches zu ihrem Tod führte oder in welches sie involviert waren, **mit weniger als 6 Jahren Freiheitsstrafe** bedroht wird. Kann das betreffende Verbrechen mit **6 Jahren Freiheitsstrafe oder mehr bestraft** werden, so wird das DNA-Profil eines verstorbenen Opfers **20 Jahre** nach der Aufnahme vernichtet. Kann das betreffende Verbrechen infolge Art. 70 Abs. 2 Sr **nicht verjähren**, so wird das DNA-Material **80 Jahre** nach der Aufnahme in der DNA-Datenbank vernichtet (Art. 18b Abs. 1 lit. a–c BeDNA-U).

Nach **derselben Methode** ist der Vernichtungszeitpunkt der DNA-Profile von Personen zu errechnen, die vermutlich zufolge eines Verbrechens, für welches Untersuchungshaft angeordnet werden kann, **verschollen** sind. Das DNA-Profil wird auch **vernichtet**, wenn sie **nicht länger verschollen** sind.

⁴³⁴ Kamerstukke, 2017-2018, 31415 nr. 20, Brief van de Minister van Justitie en Veiligheid.

I. SLOVAKIA

1. Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile

In Slovakia, the registration and analysis of DNA is regulated in **the Act on the use of DNA analysis to identify individuals** (*Zákon 2002-06-21 nr. 417/2002 o používaní analýzy deoxyribonukleovej kyseliny na identifikáciu osôb*) (hereinafter – the DNA Act). The DNA Act specifically regulates the sampling and powers to perform DNA analysis as well as the establishment of the DNA database and processing of data (Art. 1 of the DNA Act).

According to Art. 2 Para. b of DNA Act, a DNA analysis (*Analýza deoxyribonukleovej kyseliny*) is the process of analyzing a sample using the methods of molecular biology and genetics carried out on non-coding sections of the DNA molecule that do not contain information on specific hereditary features. DNA analysis also means the prediction of visible phenotypic expressions. Art. 2 Para. f of the DNA Act specifies that predicting visible phenotypic expressions is when an analytic process of molecular biology and genetics are performed on coding regions of DNA molecule that contain information such as, for instance, **hair color, eye color and skin pigmentation**.⁴³⁵

According to the Constitutional Court of Slovakia, while the use of DNA analysis might interfere with personal privacy rights, the public interest in the detection and prosecution of criminal offences and of punishing offenders prevails.⁴³⁶ **Accordingly, the use of phenotyping as an investigatory tool may be undertaken lawfully in Slovakia, especially with regard to appearance trait predictions.**⁴³⁷ **However, as the police information with relation to detection and prosecution of criminal offences is not publicly available, we are not aware of any sources/case law on application of phenotyping in practice.**

A sample for DNA analysis may be taken only from persons identified by Art. 3 Para. 1 of the DNA Act. Namely, the sample could be taken from:

- (i) a person, if provided for by a special law⁴³⁸ in connection with the identification of persons for the purposes of criminal proceedings or searches for missing persons and the identification of persons of unknown identity, where performed as part of the functions of bodies active in criminal proceedings and the Police Force;

⁴³⁵ According to Art. 2 Para. f: “Na účely tohto zákona sa rozumie, predikciou viditeľných fenotypových prejavov proces analýzy vzorky metódami molekulárnej biológie a genetiky vykonávaný z kódujúcich úsekov molekuly deoxyribonukleovej kyseliny, ktoré obsahujú informácie, napríklad o farbe vlasov, farbe očí a pigmentácii pleti”.

⁴³⁶ Constitutional Court decision from 16. March, 2016, No. I. ÚS 166/2016-14, p. 9, “V danom prípade verejný záujem na odhaľovaní, stíhaní trestných činov a potrestaní páchatel'a ospravedlňuje uvedený postup orgánov činných v trestnom konaní proti osobe v akomkoľvek procesnom postavení napriek tomu, že zasahuje do jeho práva na súkromie (Ústavný súd Slovenskej republiky 16. marca 2016, No. I. ÚS 166/2016-14).

⁴³⁷ Samuel, G., Prainsack, B., The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe VISAGE, 2018, p. 2, http://www.visage-h2020.eu/Report_regulatory_landscape_FDP_in_Europe2.pdf.

⁴³⁸ The special provisions on authorisation on collection of identification characters from person is provided in Art. § 155 Para. 2, 3a, 5a and § 156 Para. 1a 2 Code of Criminal Procedure - CCP (*Zákon č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok*; (<https://www.zakonypreludi.sk/zz/2005-301#cast2>)) and Art. § 20a of Act of the National Council of Slovak Republic No. 171/1993 on the Police Force (*zákon Národnej rady Slovenskej republiky č. 171/1993 Z. z. o Policajnom zbore v znení neskorších predpisov* (<https://www.zakonypreludi.sk/zz/1993-171>)) (hereinafter – Police Force Act).

- (ii) a person serving a custodial sentence; the latter is required to submit to the taking of the sample;
- (iii) the biological parents, children and other relatives of the missing person, in the case of a search for the missing person. In this case, a sample may be taken only with their consent or with the prior written consent of their legal representative (Art. 3 Para. 2 of the DNA Act).

Prediction of visible **phenotypic characteristics**⁴³⁹ can, according to Art. 4 Para. 2 of the DNA Act, only be performed from certain types of samples. These are listed as samples seized in connection with:

- (i) a particularly serious crime⁴⁴⁰
- (ii) a crime against life and health
- (iii) a crime against freedom and human dignity
- (iv) identification of a corpse or severed parts of the human body (unless the identity of the person has been ascertained through the DNA analysis in a database or in the national databases of DNA profiles of EU-member countries according to a special by-law)⁴⁴¹.

Even under these restrictions, the use of DNA analysis cannot be performed in a way that violates integrity or human dignity.⁴⁴²

2. Familial DNA Searches

Familial DNA searches are conducted for the search of a missing person. According to Art. 3 Para. 1c of the DNA Act, a sample for DNA analysis could be taken from **the biological parents, children and other relatives of a missing person to assist the search**. A sample may be taken only with the prior written consent of the donor or with the prior written consent of the donor's legal representative (Art. 3 Para. 2 of the DNA Act).

There is no data available indicating that familial DNA searches are conducted for other purposes.

⁴³⁹ The DNA Act Art. 4 para 3: „Predikciu viditeľných fenotypových prejavov možno vykonať len zo vzorky zaistenej v súvislosti s obzvlášť závažným zločinom, trestným činom proti životu a zdraviu, trestným činom proti slobode a ľudskej dôstojnosti, identifikáciou mŕtvoly alebo oddelených častí ľudského tela, ak sa analýzou deoxyribonukleovej kyseliny nezistí identita osoby v databáze alebo v národných databázach profilov deoxyribonukleovej kyseliny členských štátov Európskej únie podľa osobitného predpisu.“

⁴⁴⁰ Penal code (*Zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon*), <https://www.zakonypreludi.sk/zz/2005-300>, Art. 11 Para. 3: „Zločin, za ktorý tento zákon ustanovuje trest odňatia slobody s dolnou hranicou trestnej sadzby najmenej desať rokov, sa považuje za obzvlášť závažný.“

⁴⁴¹ For Automated searching of DNA profiles see Council Decision 2008/615/JHA of 23 June 2008 on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32008D0615>

⁴⁴² Explanatory Memorandum of the DNA Act, Special Part, 2002, p. 8: “Pri odberoch biologických vzoriek je potrebné dbať na to aby neprišlo k ohrozeniu zdravia osoby a ani k poníženiu ľudskej dôstojnosti” (*Dôvodová správa, Osobitná časť, 2002, p. 8*).

3. Retention and Deletion of DNA Profiles

The DNA sample **database** was established on the basis of the DNA Act and is **administered by the police force**. The database contains DNA profiles (genetic profiles), i.e. the **results of DNA analysis in the form of an alphanumeric code**. The database is part of the **police force information system**.⁴⁴³

The DNA database contains DNA profiles of samples:

- (i) obtained at the place of the crime or at another place related to the crime;⁴⁴⁴
- (ii) taken from a person⁴⁴⁵ in connection with the identification of persons for the purposes of criminal proceedings, or searches for missing persons and the identification of persons of unknown identity where performed as part of the functions of bodies active in criminal proceedings and the Police Force;⁴⁴⁶
- (iii) of a person serving a custodial sentence; the latter is required to submit to the taking of the sample;⁴⁴⁷
- (iv) of the biological parents, children and other relatives of the missing person⁴⁴⁸ in the case of a search for the missing person and samples seized in connection with the search for missing persons. These profiles are only used to search for missing persons and to identify persons of unknown identity.⁴⁴⁹ According to the Police Force Act, when searching for persons, the Police Force is authorized (i) to combine personal data obtained for different purposes, (ii) to process specific categories of personal data of such persons, if this is necessary for their tracing.⁴⁵⁰

In addition to the DNA profiles of samples, the DNA database contains data on the person whose DNA profile was provided, namely, the name and surname of the person who has been identified, the date and place of birth, birth number and, for foreigners, passport number, address, nationality and other data characterizing the person; as well as details of the criminal offense or investigation in relation to which the DNA profile has been established. It also includes DNA profiles provided under an international agreement by which the Slovak Republic is bound.⁴⁵¹

The person performing the analysis is legally obliged to protect the samples from theft, loss, damage, or destruction. The police force is, at the same time, also obliged to ensure the protection of data stored in the database against theft, loss, damage, destruction, unauthorized access, alteration or dissemination.⁴⁵²

The relevant authorised unit is required to delete the following data from the DNA database in the following circumstances:

- (i) data regarding the person targeted by the criminal investigation where that investigation has been terminated due to the act for which the criminal proceedings were initiated not

⁴⁴³ The DNA Act, Art. 5.

⁴⁴⁴ The DNA Act, Art. 5 Para. 2a.

⁴⁴⁵ The special provisions on the authorisation of the collection of identifying characteristics of a person is provided in Art. § 155 Para. 2, 3a, 5a and § 156 Para. 1a 2 Code of Criminal Procedure - CCP (*Zákon č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok*; (<https://www.zakonypreludi.sk/zz/2005-301#cast2>)) and Art. § 20a of Police Force Act.

⁴⁴⁶ The DNA Act, Art. 5 Para. 2b, Art. 3, Para. 1a.

⁴⁴⁷ The DNA Act, Art. 5 Para. 2b, Art. 3, Para. 1b.

⁴⁴⁸ According to the DNA Act Art. 3 Para. 2, a sample may be taken only with their previous written consent.

⁴⁴⁹ The DNA Act, Art. 5 Para. 2c, Art. 3, Para. 1c.

⁴⁵⁰ The Police Force Act, Art. 69 b Para. 1.

⁴⁵¹ The DNA Act, Art. 5 Para. 3.

⁴⁵² The DNA Act, Art. 4 Para. 6 and Para. 7.

- having occurred or where the act did not constitute a crime and there is no justification for pursuing a case; or where the act was not committed by the person accused;⁴⁵³
- (ii) data regarding the person who was acquitted due to it not being proven that the act for which he or she was under criminal investigation actually occurred or due to that act not constituting a crime;⁴⁵⁴
- (iii) data regarding a convicted person;; a person who is the subject of a criminal investigation for which the evidence uncovered is inadmissible; a person against whom a criminal investigation has been suspended after the accused person was, due to his mental condition, found to be not legally responsible at the time when the crime was committed; a person that has been acquitted having been found to be not legally responsible due to his or her mental capacity; and (regardless of the situation) after one hundred years have lapsed from his or her birth.⁴⁵⁵

A law enforcement authority, Prosecution Office or court that has completed criminal proceedings against a person whose DNA profile is stored in a database must inform the authorised unit about the termination within three working days from the termination of criminal proceedings.⁴⁵⁶ The authorized department shall notify the **destruction of the data** to the legal entity or natural person who performed the analysis of the DNA; it is required to dispose of the stored samples **within seven days of receiving the notification.**⁴⁵⁷

The deletion of personal data of missing or wanted persons must be destroyed without undue delay after the search for a missing or wanted person is completed. The personal data does not have to be deleted if (i) the person was missing or wanted repeatedly, (ii) it can be reasonably assumed that the person will be missing or wanted again, (iii) personal data is processed as part of the functions of the Police Force in connection with criminal proceedings.⁴⁵⁸

⁴⁵³ The DNA Act, Art. 8 Para. 1.

⁴⁵⁴ The DNA Act, Art. 8 Para. 1.

⁴⁵⁵ The DNA Act, Art. 8 Para. 2. It should be mentioned that the legal provision is somewhat ambiguous; this is our understanding of how it should be interpreted.

⁴⁵⁶ The DNA Act Art. 8 Para. 3

⁴⁵⁷ The DNA Act Art. 8 Para. 3 et 4.

⁴⁵⁸ The Police Force Act, Art. 69 b Para. 2.

J. SPAIN

En Espagne, il existe une législation spéciale qui prévoit la conservation et l'analyse de l'ADN pour certaines enquêtes pénales. La Loi Organique 10/2007 du 8 octobre 2007⁴⁵⁹ (ci-après : « LO »), pose les bases pour l'établissement d'une base de données ADN visant tant les enquêtes de divers délits, que les procédures d'identification de restes humains ou de personnes disparues.⁴⁶⁰

La base de données policières des identifiants obtenus à partir de l'ADN dépend du ministère de l'Intérieur, par l'intermédiaire du Secrétariat d'État à la sécurité (SES),⁴⁶¹ et intègre les fichiers détenus par les forces et corps de sécurité de l'État et les laboratoires autorisés. La Commission nationale sur l'utilisation de l'ADN à des fins médico-légales (CNUFADN), créée en 2008, accrédite les laboratoires autorisés à établir des profils génétiques dans le cadre de recherches qui font partie de cette base de données policières. Il évalue également leur conformité et établit les contrôles de qualité que ces laboratoires doivent subir.⁴⁶²

Le niveau national de cette base de données (nœud national ou SDIS), se trouve dans le serveur national situé au SES. Le niveau local (nœuds locaux ou LDIS), se trouve dans les serveurs locaux, situés dans chaque laboratoire/institution participant, avec ses postes de travail. Les deux niveaux utilisent le logiciel CODIS, (Combined DNA Index System), de propriété du FBI, utilisé pour le stockage des données génétiques et les comparaisons des profils dits génétiques.

1. Analyse des caractéristiques personnelles du profile ADN

En ce qui concerne le phénotypage basé sur l'ADN, il n'existe pas en Espagne de loi spécifique à ce sujet, et il n'existe pas non plus de loi interdisant son utilisation. Cependant, il a été signalé qu'il est actuellement pratiqué en Espagne⁴⁶³ à certaines fins médico-légales (ascendance biogéographique, âge et apparence)⁴⁶⁴ dans le cadre d'enquêtes pénales, comme l'exige le juge responsable, assisté de

⁴⁵⁹ Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, disponible sous <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-17634> **Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide.** (26.02.20).

⁴⁶⁰ Art. 1 LO : « Se crea la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, que integrará los ficheros de esta naturaleza de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tanto para la investigación y averiguación de delitos, como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas ».

⁴⁶¹ Art. 2 LO: « La base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN dependerá del Ministerio del Interior, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad ».

⁴⁶² Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN, disponible sous <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-19992> (09.04.20). Les institutions/laboratoires qui font partie de la base de données, aux fins de la LO et ayant obtenu l'accréditation par le FENU, sont : Cuerpo de Policía Nacional (LDIS, Lab ORI ESSP28043), Guardia Civil (LDIS, Lab ORI ESADN8003), Mossos d'Esquadra (LDIS, Lab ORI MOSSOS), Ertzaintza (LDIS, Lab ORI ERTUPC), Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (LDIS, Lab ORI INTCZCODIS), et Policía Foral (LDIS, Lab ORI ESPF31006).

⁴⁶³ P. M. Schneider, B. Prainsack, M. Kayser, The use of forensic DNA phenotyping in predicting appearance and biogeographic ancestry. *Dtsch Arztebl Int* 2019; 116: 873–80, p. 875, disponible sous DOI: 10.3238/arztebl.2019.0873 (17.04.20).

⁴⁶⁴ G. Samuel, B. Prainsack, The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe, European Union's Horizon 2020 Research and Innovation Programme VISAGE, November 2018, pp. 2, 50, 51, disponible sous http://www.visage-h2020.eu/Report_regulatory_landscape_FDP_in_Europe2.pdf (17.04.20).

la police judiciaire, en utilisant les règles générales de collecte de preuves, qui comprennent des rapports d'experts si des connaissances scientifiques sont nécessaires pour apprécier ou comprendre un fait ou une circonstance importante du dossier.⁴⁶⁵

Basé sur le fait que l'art. 4 LO autorise seulement le stockage et informations génétiques en rapport avec l'identité de la personne et son sexe, certains auteurs ont conclu que le stockage des résultats du phénotypage basé sur l'ADN est interdit en Espagne.⁴⁶⁶ Bien que les marqueurs physiques ne soient pas explicitement interdits, la loi n'autorise que les marqueurs qui sont de nature non codante, en supposant qu'ils ne révèlent pas d'informations sur les caractéristiques physiques. Cependant, aujourd'hui sont connus les marqueurs introniques ou intergénétique (marqueurs non codants) dont la variation génétique peut influencer le phénotype de la personne. Certains auteurs font donc valoir qu'il n'est pas évident que les profils obtenus à partir de marqueurs non codants ne peuvent pas être stockés et que la distinction entre marqueurs physiques et marqueurs non codants est également obsolète.⁴⁶⁷

Dans un rapport récent, la CNUFADN a souligné que ces nouveaux marqueurs d'ADN peuvent être un instrument précieux dans l'investigation des indications criminelles, à condition que d'autres pistes d'investigation aient été épuisées et que cet outil d'investigation soit utilisé avec certaines garanties afin que l'impact sur les droits de l'individu soit minimal. À ces fins, la CNUFADN suggère qu'elles soient considérées uniquement comme un outil d'investigation et non comme une preuve concluante d'identification. Elle recommande également de ne les utiliser que pour les crimes graves, avec une autorisation expresse du juge ou du procureur, et de les utiliser pour les indications qui n'ont pas été mises en correspondance dans la base de données et pour les cas où toutes les pistes d'enquête ont été épuisées.⁴⁶⁸

2. Recherche élargie en parentèle

La législation espagnole ne prévoit pas la possibilité de réaliser des recherches familiales dans la base de données d'ADN.

En 2012, la CNUFADN⁴⁶⁹ avait produit un rapport technique, proposant (au Chapitre 2.4.2 du rapport), que malgré les problèmes bioéthiques et juridiques posés par la recherche familiale (il existe

⁴⁶⁵ Art. 456 LPC: [Del informe pericial]

« El Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos ».

⁴⁶⁶ Samuel & Prainsack, The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe, op. cit, p. 52.

⁴⁶⁷ A. Canales Serrano, El fenotipado de ADN como potencial herramienta investigativa en el campo de la genética forense. Estado actual. Rev Esp Med Legal. 2020, disponible sous <https://doi.org/10.1016/j.reml.2020.01.003> (17.04.20).

⁴⁶⁸ Comisión Nacional para el uso forense del ADN, Informe y recomendaciones de la CTP sobre las nuevas tecnologías de análisis genético y nuevos marcadores de ADN de origen biogeográfico y de rasgos fenotípicos externos, November 2019, p. 10, disponible sous <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/en/ministerio/organismos-ministerio-justicia/instituto-nacional/comision-tecnica-permanente> (17.04.20).

⁴⁶⁹ Comisión Nacional para el uso forense del ADN, Actividades 2012, disponible sous: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwid14behJLoAhXcSxUIHXNFCHsQFjAAegQIBhAB&url=https%3A%2F%2Fwww.mjusticia.gob.es%2Fcs%2FSatellite%2FPortal%2F1292428320905%3Fblobheader%3Dapplication%252Fpdf%26blobheaderna me1%3DContent-Disposition%26blobheadername%3DGrupo%26blobheadervalue1%3Dattachment%253B%2Bfilenam>

notamment la possibilité que les résultats pointent vers des candidats innocents, dont leur droit à la vie privé et à la confidentialité serait affecté), la recherche familiale pourrait être un instrument valable pour la détermination des preuves criminelles, à condition que d'autres voies d'exploration aient été épuisés et que cet outil d'enquête soit utilisé avec les garanties nécessaires pour préserver les droits humains. Parmi ces garanties, le rapport mentionne les éléments suivants :

- que la recherche familiale est un outil d'investigation qui ne doit pas être utilisé comme preuve exclusive de la culpabilité,
- que ce type de recherche ne doit être utilisé que dans des crimes « graves »,
- qu'une autorisation judiciaire expresse serait requise,
- que ce type de recherche doit être utilisé lorsque les recherches dans la base de données n'ont pas donné de résultats et dans les cas où toutes les autres lignes d'enquête ont été épuisées,
- que le profil ADN de la preuve doit être complet et il doit rester suffisamment de matériel pour effectuer des analyses supplémentaires,
- que la compatibilité à travers du « *autosomal short tandem* » devra être complétée avec « *Y-chromosome short tandem repeats* » et/ou « *mtDNA analyses* »,
- que la probabilité de vraisemblance et compatibilité doit être élevée,
- qu'avant que les détails des personnes qui sont compatibles avec les preuves soient rendues publiques et avant que ces personnes ne soient mis sous enquête, une révision exhaustive des informations pourvues par l'ADN sera réalisé⁴⁷⁰.

3. Conservation et effacement de profils ADN

3.1 Description de la législation espagnole régissant la base de données ADN

La « Disposition additionnelle troisième » de la LO⁴⁷¹, prévoit qu'afin d'enquêter sur délits, la police judiciaire prendra des échantillons et des fluides des personnes suspectes, arrêtées ou accusées, et du lieu de commission du délit. En vertu de l'art. 3 LO⁴⁷², peuvent être stockés dans la base de données

[e%253DMemoria de la Comision Nacional para el Uso Forense del ADN. Ac&usg=AOvVaw1dingj2d31wU2_Vc-d0Wv](#) (11.03.20).

⁴⁷⁰ Ó. García, M. Crespillo, I. Yurrebaso, Suspects identification through "familial searching" in DNA databases of criminal interest. Social, ethical and scientific implications, *Revista Española de Medicina Legal* 27 February 2017, p. 32, disponible sous <https://www.elsevier.es/en-revista-spanish-journal-legal-medicine-446-pdf-S2445424917300055> (11.03.20).

⁴⁷¹ LO, Disposición Adicional tercera. Obtención de muestras biológicas. « Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ».

⁴⁷² Art. 3 LO : « Tipos de identificadores obtenidos a partir del ADN incluidos en la base de datos policial
1. Se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos:

a) Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el

ADN les informations extraites à partir des échantillons et des fluides en ces enquêtes policières pour la commission des délits qualifiés de « graves », notamment les actes qui portent atteinte à la vie, à la liberté, à la indemnité ou la liberté sexuelle et à l'intégrité des personnes et du patrimoine, lorsque ceux-ci ont été commis avec l'utilisation de la force, la violence ou l'intimidation. Sont aussi inclus les délits relatifs à la criminalité organisée. L'inclusion de ces données dans la base ADN ne nécessite pas le consentement de la personne affectée. En revanche, celle-ci doit être informée par écrit en mentionnant ses droits.⁴⁷³

Pour le prélèvement d'échantillons nécessitant des inspections, des examens ou des interventions corporelles, sans l'accord de la personne en cause, une autorisation judiciaire est indispensable. La demande d'une telle autorisation se fait par un acte motivé sur la base de la Loi sur la procédure criminelle (LPC)⁴⁷⁴. À ce propos, l'art. 326 LPC⁴⁷⁵ dispose que lorsque des traces ou preuves ont été laissés sur le lieu de commission du délit, le juge d'instruction ordonnera leur collection et stockage. Devant l'existence d'empreintes digitales ou des traces dont l'analyse biologique pourrait contribuer à la clarification des faits sous enquête, le juge d'instruction prendra les mesures nécessaires pour assurer que le prélèvement, la conservation et l'examen de ces échantillons se réalise dans des conditions garantissant leur authenticité. Ensuite, l'article 363 LPC⁴⁷⁶ dispose que les tribunaux

término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados.

b) Los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

La inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento ».

⁴⁷³ Invoquant le principe de proportionnalité, un important secteur doctrinal a souligné que les conditions d'inclusion des personnes dans cette base de données devraient être plus restrictives. Le concept de « suspect » est particulièrement critiqué car il est plus large et moins spécifique que celui de « détenu » et « accusé ». J. Moreno Verdejo, Algunos problemas de la identificación penal a través de la prueba pericial de ADN: ámbito, asistencia letrada y empleo de fuerza, in ADN forense, problemas éticos y jurídicos (M. Casado, M. Guillén, eds.), Barcelona, 2015, p. 124.

⁴⁷⁴ Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto de 14 de septiembre 1882, disponible sous <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036> (08.04.20).

⁴⁷⁵ Art. 326 LPC. [Diligencias de investigación. Inspección ocular. Recogida de muestras]
« Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor o el que haga sus veces ordenará que se recojan y conserven para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho. A este fin hará consignar en los autos la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones, y todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa.

Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282 »

⁴⁷⁶ Art. 363 LPC : [Excepcionalidad de los análisis químicos. Obtención de muestras biológicas]
« Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia. Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica

ordonneront la pratique d'analyses chimiques **seulement lorsque ceci est « absolument indispensable »** pour l'enquête judiciaire et l'administration de la justice. Lorsque des justifications accréditées existent, le juge d'instruction peut, par une décision motivée, ordonner la prise d'échantillons biologiques, si ceux-ci sont essentiels pour déterminer le profil ADN. A cet effet, le juge peut décider de pratiquer d'actes d'inspection, reconnaissance ou intervention corporelle, à condition que ceux-ci soient « proportionnels et raisonnables ».

Pour ce qui concerne le type de données qui peuvent être stockés dans la base, l'art. 4 LO dispose qu'il s'agit seulement des données qui fournissent des informations génétiques en rapport avec **l'identité de la personne et son sexe**. Ceci dit, d'autres caractéristiques, telles que des maladies pouvant être découvertes en cours d'analyses de l'ADN, ne peuvent pas faire part des données contenus dans la base car ceci signifierait une violation des droits fondamentaux, tels que la protection de la vie privée et des données personnelles⁴⁷⁷. Ceci est en accord avec le Chapitre II du préambule de la LO, selon lequel seulement les profils d'ADN qui concernent **l'identité** du sujet – tel que c'est le cas des empreintes digitales – et de son **sexe** peuvent être stockés, mais « dans aucun cas ceux de nature codante, qui permettraient de dévoiler toute autre information ou caractéristique génétique »⁴⁷⁸.

3.2 Catégories de personnes pour lesquelles des profils d'ADN sont conservés dans une base de données génétiques

Comme indiqué, les catégories de personnes pour lesquelles des profils ADN sont conservés dans une base de données génétiques sont les personnes suspectées, arrêtées ou accusées dans le cadre d'une enquête pénale portant sur les délits graves décrits ci-dessus.

Certains auteurs ont critiqué une différenciation inquiétante dans la régime juridique de l'action policière et judiciaire, concernant le prélèvement d'échantillons biologiques incontestés sur l'objet d'une enquête pénale. La dissociation entre le régime d'enregistrement et de traitement des profils résultants, d'une part, et le régime d'obtention des échantillons biologiques, d'autre part, ne semble

de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad ».

⁴⁷⁷ M. J. Cabezudo Bajo, La obtención transfronteriza de la prueba de ADN en la Unión Europea y su repercusión en España. El problema de las « búsquedas (del ADN) de familiares », Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2011, p. 741, disponible sous <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=4&IDN=604&IDA=21> (11.03.20).

⁴⁷⁸ LO, Préambule, Ch. II : « Esta regulación contiene una salvaguarda muy especial, que resulta fundamental para eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad, puesto que sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto –la misma que ofrece una huella dactilar- y del sexo, pero, en ningún caso, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética ». Un auteur prend une certaine distance de cette position, en affirmant que le préambule de la LO ne fait pas partie des dispositions obligatoires: M. J. Cabezudo Bajo, op. cit., p. 741. Selon cet auteur, la LO contraste avec la Décision UE 2008/615, du 23 juin 2008, relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, dont l'art. 2.2 exclue expressément la partie codante : « Aux fins de la mise en œuvre de la présente décision, les États membres garantissent la disponibilité de données indexées provenant de leurs fichiers nationaux d'analyses ADN visés dans la première phrase du paragraphe 1. Ces données indexées ne contiennent que les profils ADN issus de la partie non codante de l'ADN et une référence. Les données indexées ne contiennent aucune donnée permettant l'identification directe de la personne concernée. Les données indexées qui ne peuvent être attribuées à aucun individu (profils ADN non identifiés) doivent être reconnaissables comme telles », disponible sous <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008D0615&from=FR> (08.04.20).

pas avoir été correctement comprise par les opérateurs de police. Les forces de police procèdent au prélèvement d'échantillons sur les personnes détenues de manière presque indiscriminée, dans le cadre des infractions énumérées à l'article 3 de la LO. Bien que l'aide légale permette d'assurer un consentement informé (cela dépendra de l'intérêt de l'avocat assistant), l'exigence posée en général, même lorsque cela n'est pas nécessaire pour l'enquête, conduit à l'enregistrement de profils au-delà de ce qui est couvert par la loi elle-même, en violation du droit à la protection des données.⁴⁷⁹ Finalement, la LO ne contient pas des dispositions spécifiques concernant le stockage de données ADN de mineurs qui commettent un délit⁴⁸⁰.

3.3 Règles relatives aux délais de conservation et à la suppression des profils ADN

L'art 5.1 LO⁴⁸¹, dispose que les échantillons ou vestiges collectés à partir desquels des analyses d'ADN devront être analysés seront remis aux laboratoires autorisés, et il correspond à la justice de se prononcer sur la conservation ultérieures de ces échantillons ou vestiges. Cette disposition est critiquée, car elle omet de prescrire les motifs pour lesquels le juge peut prendre une telle décision, ainsi que le délai de conservation du matériel⁴⁸².

Pour ce qui concerne les **infractions pour lesquelles des données ADN peuvent être stockées dans la base**, l'Espagne n'a pas adoptée la formule d'établir un tableau dans lequel les diverses infractions sont mentionnées. Le législateur ibérique a préféré une formule dite « mixte », qui est critiquée par certains auteurs en raison de sa manque de clarté⁴⁸³, car dans la pratique celle-ci peut soulever des doutes.

⁴⁷⁹ F. Ramírez Peinado, Base policial de ADN y autodeterminación informativa: el consentimiento para la obtención de muestras biológicas, Anales de la Cátedra Francisco Suárez 2018 (52), pp. 249-272, disponible sous <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/6557> (09.04.20).

⁴⁸⁰ La doctrine est partagée sur la question de s'il est possible de stocker des données ADN de mineurs. Pour certains, ceci est possible, entre autre car l'intérêt public exige d'entreprendre des efforts afin de résoudre des délits. Pour d'autres, les données des personnes âgées de moins de 14 ans (âge de responsabilité pénale) ne peuvent pas être stockés, tandis que les données de ceux qui sont âgés de plus de 14 ans pourront être stockés suivant leur maturité : S. Álvarez de Neyra Kappler, El consentimiento en la toma de muestras de ADN. Especial referencia a los procesos de menores (Parte II), Rev Der Gen H, 35/2011, disponible sous <http://www.catedraderechoygenomahumano.es/images/revista/35doctrina1.pdf> (08.04.20), p. 43 et seq.

⁴⁸¹ Art. 5.1 LO : « Las muestras o vestigios tomados respecto de los que deban realizarse análisis biológicos, se remitirán a los laboratorios debidamente acreditados. Corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios ».

⁴⁸² M. J. Cabezudo Bajo, op. cit., p. 755: « En mi opinión, si desde el punto de vista del derecho a la protección de datos personales y a la intimidad es preciso establecer un plazo de cancelación de los perfiles de ADN en las bases de datos, igualmente debiera regularse en relación con las muestras de ADN de las que se extrae su perfil. Por ello, cabe afirmar que concurre una deficiente regulación sobre el destino de las muestras de ADN o su destrucción, en la española LO 10/2007 (art. 5.1) cuando dispone que «corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación dichas muestras». Dicha norma no indica los motivos bajo los cuales el juez puede tomar dicha decisión o, lo que es peor, durante cuánto tiempo pueden conservarse hasta su destrucción ».

⁴⁸³ L. M. Prieto Ramírez, La Ley Orgánica reguladora de la base de datos policial, sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, Actualidad Jurídica Aranzadi num.747/2008, BIB 2008\169 (base privé), p. 8 : « [...] nuestro legislador ha optado por una fórmula, que por su carácter mixto, corre el riesgo de no servir a la claridad y por ende a la seguridad jurídica, sin conseguir con ello necesariamente, acercarse a un Sistema restrictivo, como el de enumeración exhaustiva ».

Selon la formule adoptée (art. 3.1.a LO), pour certains délits (dits « graves »), la loi se base sur la peine (notamment, plus de 5 ans d'emprisonnement)⁴⁸⁴. Cette formule est complétée par certains délits qui – même si punis par une peine moindre – le législateur estime qu'il est nécessaire de les inclure. La LO fixe des périodes d'effacement des profils ADN stockés dans la base, en fonction du type de délit commis et de la décision judiciaire adoptée. En vertu de l'art. 9 al. 1 LO, la période de conservation des identifiants obtenus à partir de l'ADN ne doit pas dépasser les délais suivants:

- a. le temps nécessaire pour la prescription du délit (ceci vaut aussi pour les suspects qui n'ont pas été accusés),
- b. le temps fixé par la loi pour l'annulation du casier judiciaire suite à une sentence de condamnation ou d'acquittement,
- c. le temps le plus long, lorsque la base ADN contient plusieurs inscriptions correspondant à une même personne pour la réalisation de divers actes délictuels.

Les données de personnes dont leur identité n'est pas connue sont conservées pendant que l'anonymat persiste. Lorsqu'une personne anonyme est identifiée, les règles précédemment énumérées [en points a), b) et c)], s'appliqueront (art. 9 al. 4 LO).

Finalement, pour ce qui concerne les personnes décédées, les données seront effacées dès que le responsable de la base prend connaissance de la mort (art. 9 al. 2 LO).

Sur la base des dispositions ci-dessus, certains auteurs ont conclu que l'effacement de la base de données entraîne la destruction des échantillons ADN⁴⁸⁵. Toutefois, dans la pratique, ce n'est pas toujours le cas. La SES par l'intermédiaire de son Centre de technologie de sécurité (CETSE) a mentionné que étant donné que les nœuds locaux (chaque laboratoire/institution participant) et le nœud national (SES) de la base de données ne sont pas au courant du résultat final de la poursuite judiciaire, il est pratiquement impossible (sauf dans de très rares cas) de procéder d'office au retrait d'un profil génétique de la base de données. Ils concluent donc que la base de données contient très probablement des profils génétiques qui ne devraient plus faire partie de la base de données. Le CETSE ajoute que la suppression d'un profil génétique de la base de données doit être effectuée par le

⁴⁸⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal español, disponible sous <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (08.04.20), Art. 13: "1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave. » ; Art. 33 : « 1. En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves. 2. Son penas graves: a) La prisión permanente revisable. b) La prisión superior a cinco años. c) La inhabilitación absoluta. d) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años. e) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años. f) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años. g) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años. h) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años. i) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. j) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años. k) La privación de la patria potestad ».

⁴⁸⁵ J. Verdejo, La prueba genética de ADN. Ámbito de la base de datos. Toma de muestras. Consentimiento y asistencia letrada. Empleo de fuerza. (Ponencia presentada al Curso sobre Genética Forense celebrado en Madrid los días 22 a 24 de mayo de 2013 en el Centro de Estudios Fiscales), disponible sous <https://docplayer.es/8910841-La-prueba-genetica-de-adn-ambito-de-la-base-de-datos-toma-de-muestras-consentimiento-y-asistencia-letrada-empleo-de-fuerza.html> (09.04.20).

laboratoire / l'institution qui l'a enregistré comme son propriétaire, sauf en cas d'urgence, où un profil génétique peut être supprimé par la SES.⁴⁸⁶

L'exercice du droit d'accès, rectification et effacement des données ADN se réalise sur la base de la Loi de protection de données à caractère personnel⁴⁸⁷. La dernière version de cette loi a été promulguée en décembre 2018, dans le but d'adapter le cadre juridique espagnol au Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 sur la protection des données⁴⁸⁸. A cette fin, la définition de «données à caractère personnel», est la même que celle qui se trouve dans l'art. 4 al. 1 du Règlement (UE) 2016/679, et comprend toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable qui inclut également éléments spécifiques propres à son identité physique et génétique.

Lorsque des données à caractère personnel sont collectées auprès de la personne concernée, le responsable du traitement peut remplir l'obligation d'information prévue à l'art. 13 du Règlement (UE) 2016/679 en fournissant à la personne concernée certaines informations de base⁴⁸⁹ et en indiquant une adresse électronique ou tout autre moyen permettant d'accéder facilement et immédiatement aux autres informations. Si les données obtenues auprès de la personne concernée doivent être traitées à des fins de profilage, les informations de base incluront également cette circonstance. Dans ce cas, la personne concernée doit être informée de son droit de s'opposer à l'adoption de décisions individuelles automatisées qui produisent des effets juridiques à son égard ou l'affectent de manière significative et similaire, lorsque ce droit existe conformément à l'art. 22 du Règlement (UE) 2016/679.⁴⁹⁰

En outre, l'art. 15 al. 1 de la loi 19/2013 sur la transparence, l'accès à l'information publique et la bonne gouvernance, après les modifications introduites par la loi organique 3/2018 précitée, établit que si les informations demandées à un organe de l'État, à une communauté autonome, à une administration locale ou au secteur public en général contiennent des données à caractère personnel se rapportant à l'origine raciale ou comprennent des données génétiques ou biométriques, l'accès ne peut être autorisé qu'avec le consentement exprès de la personne concernée ou s'il est couvert par une règle ayant force de loi.⁴⁹¹

⁴⁸⁶ Centro Tecnológico de Seguridad, Memoria Base de Datos Policial de Identificadores Obtenidos a Partir de ADN. Desde el Inicio hasta Diciembre 2018, disponible sous http://www.interior.gob.es/documents/642317/1203227/Base_de_datos_policial_identificadores_ADN_126190539_web.pdf/dc70bfcf-1c18-4720-a9df-b773e185359d (09.04.20)

⁴⁸⁷ La LO fait référence à la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, mais cette loi a été remplacé par la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, disponible sous <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673> (08.04.20).

⁴⁸⁸ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) disponible sous <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02016R0679-20160504> (17.04.2020).

⁴⁸⁹ Ces informations de base visées comprennent au moins l'identité du responsable du traitement et de son représentant, le cas échéant, la finalité du traitement, et la possibilité d'exercer les droits énoncés aux articles 15 à 22 du règlement (UE) 2016/679.

⁴⁹⁰ Art. 11, Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales

⁴⁹¹ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, disponible sous <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887> (17.04.20).

Finalement, il est important de mentionner que l'Espagne n'a pas encore mis en œuvre la directive européenne 2016/680 (dite directive "Police-Justice ") qui établit des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces. Le 25 juillet 2019, la Commission européenne a introduit une procédure d'infraction contre l'Espagne devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) pour non-transposition de la directive 2016/680. La Commission a également demandé à la CJUE d'imposer des sanctions financières sous la forme d'une somme forfaitaire à l'encontre de l'Espagne, conformément à l'article 2 de la directive 2016/680/CE. 260(3) TFUE.

K. SWEDEN

1. Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile

Rules on the registration of DNA profiles and analysis of DNA are laid down in the **Act on the Processing of Personal Data by the Police** (*Lag (2018:1693) om polisens behandling av personuppgifter inom brottsdatalogens område*) and in the **Criminal Data Act** (*Brottsdatalog (2018:1177)*). These Acts entered into force on January 1, 2019 and replaced the Swedish **Police Data Act** (*Polisdatalogen (2010:361)*) which was abolished on the same date.⁴⁹²

The basic rule provides that a registered **DNA profile from a sample taken from an individual may only indicate that person's identity and not his or her personal characteristics.**⁴⁹³ The DNA sample itself must be destroyed within 6 months.⁴⁹⁴ That rule should be seen in the light of the fact that it is possible to make further analysis from the sample, for example to identify personal characteristics, such as an individual's hereditary diseases. The destruction of the sample after a certain time is thus motivated by privacy considerations.⁴⁹⁵

DNA profiles that are derived from unidentified crime scene stains are registered in the so-called **Trace Register** (*spårregistret*).⁴⁹⁶ The DNA profiles in this register **can only contain information indicating the case/investigation in which the analysis has been made and the kind of criminal offense the case is concerned with.** The DNA profiles in the Trace Register may be compared with (1) DNA profiles not attributable to an identifiable person, (2) DNA profiles in the Trace Register, Investigation Register (*utredningsregistret*) and the DNA register, and/or (3) DNA profiles that can be linked to a person who is suspected on reasonable grounds for having committed a crime.⁴⁹⁷ DNA profiles in the register may also be used for comparison in order to respect an obligation laid down in an international agreement to which Sweden is a party or if it is required by an EU law instrument.⁴⁹⁸ The different registers and the rules governing those registers will be examined below under question 3.

Use of phenotyping as an investigatory tool

The situation regarding the use of phenotyping as an investigatory tool, excluding the retention or use of any information in a DNA register, can be summarized as follows.

⁴⁹² Lag (2018:1693) om polisens behandling av personuppgifter inom brottsdatalogens område, Chapter 7 övergångsbestämmelser.

⁴⁹³ **Act on the Processing of Personal Data by the Police** (*Lag (2018:1693) om polisens behandling av personuppgifter inom brottsdatalogens område*) Chapter 5 section 3.

⁴⁹⁴ **Act on the Processing of Personal Data by the Police** (*Lag (2018:1693) om polisens behandling av personuppgifter inom brottsdatalogens område*) Chapter 5 section 9. See also the government proposal for amending the Criminal Data Act and other Acts (*Lagrådsremiss: Brottsdatalog – kompletterande lagstiftning*) submitted to the Council on Legislation (*Lagrådet*) on 5 April 2018, p. 191.

⁴⁹⁵ Government bill 2009/10:85 (Regeringens proposition 2009/10:85 Integritet och effektivitet i polisens brottsbekämpande verksamhet.), p. 233.

⁴⁹⁶ **Act on the Processing of Personal Data by the Police** (*Lag (2018:1693) om polisens behandling av personuppgifter inom brottsdatalogens område*) Chapter 5 section 5.

⁴⁹⁷ **Act on the Processing of Personal Data by the Police** (*Lag (2018:1693) om polisens behandling av personuppgifter inom brottsdatalogens område*) Chapter 5 section 5

⁴⁹⁸ According to the Prüm Decisions, DNA profiles or fingerprints found at a crime scene in one EU Member State can be compared automatically with profiles held in the databases of other EU States.

Following the development of the technology to analyze personal characteristics from the DNA (i.e. phenotyping), the potential use of this technology by the Swedish Police Authority has been subject to some discussion, mostly by the law enforcement authorities themselves. While the Police for several years has advocated for the use of phenotyping, the Police Authority's Ethical Council (*Etiska rådet*) advised against it in an opinion 2014, stating that it may not comply with the now abolished 2010 Police Data Act.⁴⁹⁹

However, following an amendment to the law in 2015, the Police started to reconsider the previous position to not use phenotyping.⁵⁰⁰ Although phenotyping is not specifically addressed in the subsequent adoption of the 2018 Act on the Processing of Personal Data by the Police and the 2018 Criminal Data Act, the adoption of these laws finally removed any remaining doubts on the legality of the use of **phenotyping**. Since 2018, the Police has **created and released sketches of the suspect based on DNA samples found at the crime scene in at least two unresolved homicide cases**.⁵⁰¹

According to Chapter 2 section 4 in the Act on the Processing of Personal Data by the Police, **biometric data (*biometriska uppgifter*) may be processed for law enforcement purposes by the Police only if it is strictly necessary for the purpose for which they are processed**.⁵⁰² Biometric data is defined as personal data relating to the physical or behavioural characteristics of a natural person that results from specific technical processing and which allow or confirm the unique identification of a natural person.⁵⁰³ In the government bill to the Criminal Data Act, the government considered the above mentioned limitation in Chapter 2 section 4 in the Act on the Processing of Personal Data by the Police sufficient.⁵⁰⁴ Moreover, it underlined the importance that the regulation must not hinder the development and use of new technology.⁵⁰⁵

2. Familial DNA Searches

Familial DNA searches are permitted in the Police's DNA registers following the entering into force on January 1, 2019 of the **Act on the Processing of Personal Data by the Police** and the **Criminal Data Act**.⁵⁰⁶ In 2019, the Police used this search method in 42 cases.⁵⁰⁷ According to the Police, family searches are only made in investigations involving serious crimes such as manslaughter, murder and grave sexual offences.⁵⁰⁸

⁴⁹⁹ <https://www.dn.se/nyheter/sverige/etiska-radet-sager-nej-till-dna-spaning/> (19.05.2020).

⁵⁰⁰ G. Samuel & B. Prainsack, The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe, 2018, VISAGE, p. 57. Report available at

http://www.visage-h2020.eu/Report_regulatory_landscape_FDP_in_Europe2.pdf (19.05.2020).

⁵⁰¹ <https://www.dn.se/nyheter/sverige/polisen-slapper-fantombild-skapad-med-omstridd-dna-teknik/> (20.02.2020). The sketches were made by the American company Parabon Nanolabs Snapshot.

⁵⁰² See also the general legal basis in Chapter 2 section 12 in the Criminal Data Act, which provides that biometric and genetic data can only be processed to the extent this is explicitly stated in statutes and provided that it is strictly necessary for the purpose for which they are processed.

⁵⁰³ **Criminal Data Act (*Brottsdatalag (2018:1177)*)** Chapter 1 section 6.

⁵⁰⁴ Proposition 2017/18 :269 *Brottsdatalag - kompletterande lagstiftning*, p. 154.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ **Act on the Processing of Personal Data by the Police (*Lag (2018:1693) om polisens behandling av personuppgifter inom brottsdatalagens område*)** Chapter 5 section 6.

⁵⁰⁷ Nationellt forensiskt centrum årsrapport 2019 om DNA-registerverksamheten Årsrapport 2019 (The Swedish National Forensic Centre's 2019 Annual report on DNA registration), p. 7.

⁵⁰⁸ <https://nfc.polisen.se/om-nfc/nyhetsarkiv/2019/maj/nu-kan-slaktningar-sokas-i-dna-registren/> (28.02.2020).

In 2019, the Police also begun conducting searches in commercial genealogy research services such as Gedmatch and Family tree (so-called forensic genetic genealogy).⁵⁰⁹ In June 2020, the police solved a 16 year old murder case by using this search method.⁵¹⁰

3. Retention and Deletion of DNA Profiles

Legislation enabling the establishment of a Police **DNA database in Sweden was adopted in 1999** following a reform of the Police Data Act. According to that Act, the information that could be registered was limited to certain serious crimes (violence against the life or health, physical integrity or safety of a person, or a public danger offence).⁵¹¹ Through an amendment to the legislation effective on 1 January 2006, more information was permitted to be entered to the DNA register. In particular, the amended rules allowed for registration of DNA profiles in all cases where a person had been sentenced to penalties other than fines and registration was therefore no longer limited to certain serious crimes.⁵¹² When the **Police Data Act was abolished on January 1 2019, its rules on DNA registers were transferred to Chapter 5 of the Act on the Processing of Personal Data by the Police** which entered into force on the same date.⁵¹³

The Police DNA database is managed by the Swedish National Forensic Centre, an independent expert organization within the Police authority with an overall responsibility for forensics and a mission to integrate and make more efficient the national forensic services.⁵¹⁴ The Police DNA database contains **three different registers**: the **DNA Register (DNA-registret)**, the **Investigation Register (utredningsregistret)** and the **Trace Register (spårregistret)**.

3.1. The DNA Register

The DNA Register contains information about convicted persons. The DNA profiles that may be registered are limited to persons who by res judicata decision have been **sentenced to penalties other than fines**, or has approved a decision of punitive nature concerning a suspended sentence (*strafföreläggande som avser villkorlig dom*).⁵¹⁵

3.2. The Investigation Register

The Investigation Register was established in 2006 to separate information about suspects with information about convicted persons registered in the DNA register.⁵¹⁶ The Investigation Register may contain information about the results of DNA analysis relating to **persons who are reasonably suspected (skäligen misstänkta) of an offense for which imprisonment can be inflicted**.⁵¹⁷

⁵⁰⁹ <https://www.nytechnik.se/samhalle/dubbelmordet-i-linkoping-blir-pilotfall-med-slaktforsknings-dna-6965885> (28.02.2020).

⁵¹⁰ A commentary in English about the case is available at <https://www.thelocal.se/20200609/how-swedish-police-tracked-down-double-murder-suspect-after-16-years-linkoping> (03.07.2020).

⁵¹¹ SOU 2007:22 Skyddet för den personliga integriteten - Kartläggning och analys - Del 2, p. 180.

⁵¹² Ibid, p. 181.

⁵¹³ SFS 2018:1693.

⁵¹⁴ <http://nfc.polisen.se/om-nfc/> (16.05.2020).

⁵¹⁵ **Act on the Processing of Personal Data by the Police (Lag (2018:1693) om polisens behandling av personuppgifter inom brottsdatalogens område** Chapter 5, section 2.

⁵¹⁶ SOU 2007:22 Skyddet för den personliga integriteten - Kartläggning och analys, p. 183.

⁵¹⁷ **Act on the Processing of Personal Data by the Police (Lag (2018:1693) om polisens behandling av personuppgifter inom brottsdatalogens område** Chapter 5, section 4.

3.3. The Trace Register

The Trace Register was established at the same time as the general DNA register. This register contains information about **results from DNA analyses that cannot be attributed to an individual**. Therefore, it does not contain any private data, but merely information indicating the case in which the analysis has been made and the kind of criminal offense the case is concerned with.⁵¹⁸ The information consist of DNA profiles that are derived from a crime scene or from a victim's clothes or body. A DNA profile must be removed from the Trace Register as soon as it can be traced to an individual. The DNA profile can then be moved to the Investigation Register.⁵¹⁹

3.4. Taking and destruction of DNA samples

The **DNA samples of suspects** must be taken in accordance with the requirements laid down in Chapter 28 of the Code of Judicial Procedure (*Rättegångsbalk (1942:70)*). Section 12 a in that Chapter states that a saliva sample can be taken from persons who are reasonably suspected of an offense for which imprisonment can be inflicted, provided that the aim is to make a DNA analysis of the sample in order to register the DNA profile in the DNA register or the Investigation Register.. The **DNA sample must be destroyed within six months** from the date when it was taken.⁵²⁰

3.5. Retention periods for DNA profiles

The rules concerning the retention period of DNA profiles are principally laid down in Chapter 5, section 7 of the Act on the Processing of Personal Data by the Police. . The **requirements vary depending on the register in question**.

As regards information in **the DNA register**, the retention periods are the same as those regulated in the Act on Criminal Records (*lag (1998:620) om belastningsregister*). This means that DNA profiles must be deleted if a higher court in a final judgment has acquitted the registered person for the act in question (*frikännande dom*) or if a court has set aside/annulled a convicting judgment (*undanröjande dom*). The DNA profile must also be deleted upon the **decease of the registered person**.⁵²¹ Furthermore, DNA profiles must be **deleted within 10 years after the person's release from prison**. For a person subject to protective supervision (*skyddstillsyn*) or conditional sentence (*villkorlig dom*), the DNA profile must be deleted within 10 years after the conviction.⁵²²

Particular rules apply for **juvenile offenders** under 18 years of age: the main rules require the deletion of the DNA profile 10 years after the person's release from closed juvenile detention (*sluten ungdomsvård*) and 5 years after a judgment on protective supervision (*skyddstillsyn*) or conditional sentence (*villkorlig dom*).⁵²³

⁵¹⁸ **Act on the Processing of Personal Data by the Police** (*Lag (2018:1693) om polisens behandling av personuppgifter inom brottsdatalogens område*) Chapter 5, section 5.

⁵¹⁹ *Ibid.*

⁵²⁰ **Act on the Processing of Personal Data by the Police** (*Lag (2018:1693) om polisens behandling av personuppgifter inom brottsdatalogens område*) Chapter 5, section 9.

⁵²¹ Act on Criminal Records (*lag (1998:620) om belastningsregister*), section 16.

⁵²² Act on Criminal Records (*lag (1998:620) om belastningsregister*), section 17

⁵²³ Act on Criminal Records (*lag (1998:620) om belastningsregister*), section 17.

Information in **the Investigation Register** must be deleted when that information can be transferred to the DNA register, or when the charges are dropped or if the court dismisses the action. It shall also be deleted if the sanction is limited to a fine.⁵²⁴

Information in the **Trace Register** must be deleted at the latest **30 years** after their registration. However, if the information relates to investigations of certain enumerated **serious crimes** (murder, genocide, terrorist crimes) it can be retained for **70 years**.⁵²⁵

⁵²⁴ **Act on the Processing of Personal Data by the Police** (*Lag (2018:1693) om polisens behandling av personuppgifter inom brottsdatalogens område* Chapter 5, section 7.

⁵²⁵ *Ibid.*

the Criminal Investigation Bureau.⁵³³ As of 2019, the total amount of registered DNA profiles is 151'074 and the amount of matching cases is 2'465.⁵³⁴

Following the adoption of the DSA, Taiwan also adopted the **Human Biobank Management Act** ("HBMA") in 2010⁵³⁵. Based on the HBMA, numerous biobanks have been established; as of 2015 (latest available figures), there were 25 such biobanks.⁵³⁶ The biological specimens taken under the HBMA can include derivatives, such as cells, tissues, organs, or body fluids collected from a body or produced by experimental operations, and therefore include DNA.⁵³⁷ Unlike the forensic biobanks described above, the biological specimens collected pursuant to the HBMA may only be used for **biomedical research**⁵³⁸ and the samples may only be taken with the consent of the participants.⁵³⁹

There are two categories of DNA sample collections: DNA taken at a crime scene and DNA taken from a suspect or an accused. No regulations have been adopted to regulate the former, whereas the SACPA and DSA provide the legal basis for the latter.⁵⁴⁰

The present report concerns the usage of DNA for law enforcement. The legal framework for this includes the SACPA, the DSA, the **Regulations on the Supervision and Management of DNA Records 2012** ("RSMDR"),⁵⁴¹ and the **Personal Data Protection Act** ("PDPA")⁵⁴². The HBMA, however, regulates biomedical research, making its rules outside the scope of the present report.

⁵³³ Available at <https://www.cib.gov.tw/Science/DNAEncyclopedia> (28.04.2020).

⁵³⁴ DNA statistics of the Taiwan Criminal Investigation Bureau, available at <https://www.cib.gov.tw/Science/DNAStatistics> (28.04.2020).

⁵³⁵ Human Biobank Management Act, adopted on 03 February 2010, and amended on 26 January 2011, 19 July 2013 and 12 June 2019, available at <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=L0020164> (14.04.2020).

⁵³⁶ Chien-Te Fan, Tzu-Hsun Hung & Chan-Kun Yeh, *Taiwan Regulation of Biobanks*, *The Journal of Law Medicine & Ethics* 43 (4): 816-826 (December 2015), p. 816.

⁵³⁷ Human Biobank Management Act, 2019, Art. 3.

⁵³⁸ Human Biobank Management Act, 2019, Art. 20.

⁵³⁹ *Ibid.*, Art. 6 (2).

⁵⁴⁰ Ting-Chi Liu, *An Empirical Study of Taiwan's Criminal DNA Database: Focusing on Information Privacy Issues*, 8 (2) *Technology Law Review* (December 2011), p. 137.

⁵⁴¹ Regulations on the Supervision and Management of DNA Profiles, adopted on 4 July 2012, available at <https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=D0080195> (14.04.2020).

⁵⁴² Personal Data Protection Act, adopted on 11 August 1995, amended on 26 May 2010 and 30 December 2015, available at <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=i0050021> (14.04.2020).

1. Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile

No Taiwanese legislation regulates DNA phenotyping specifically. However, an implicit prohibition of DNA phenotyping must be inferred from the RSMDR and the PDPA. Article 6 of the PDPA provides as follows:

personal information, such as details of medical treatment, genetics, sexual activity, health examinations, and criminal records, shall not be collected, processed, or used, except where:

- in accordance with the law;
- it is necessary for a government agency to perform its legal duties, or for a nongovernment agency to fulfill its legal obligations, and proper security measures are adopted prior or subsequent to such collection, processing, or use;
- the Party has made public such information by himself, or when the information concerned has been publicized legally;
- it is necessary to perform statistical or other academic research, and a government agency or an academic research institution collects, processes, or uses personal information for the purpose of medical treatment, public health, or crime prevention; the information may not lead to the identification of a specific person after its processing by the provider, or from the disclosure by the collector;
- it is necessary to assist a government agency in performing its legal duties or a nongovernment agency in fulfilling its legal obligations, and proper security measures are adopted prior or subsequent to such collection, processing, or use;
- the Party has consented in writing, unless such consent exceeds the necessary scope of the specific purpose; or the collection, processing, or use merely with the consent of the Party is prohibited by other statutes.

Therefore, unless otherwise provided by law, a DNA sample shall not be collected or analyzed, if to do so would lead to infringement of PDPA.

The DSA and the RSMDR offer specific rules on the use of DNA data. As a general principle, law enforcement may not use DNA data unless there is a specific provision in law allowing its use.⁵⁴³ This rule is also confirmed by the Great Judge Interpretation No. 603 (“Interpretation No 603”) issued in 2005, which reads

*the State may, based on the purpose of a specific major public welfare, collect, on a large scale, and store citizen’s fingerprints where it has determined it to be necessary to establish a database thereof. The purpose and the scope of such collection must be essentially necessary and relevant to, and consist with, the major public welfare. Meanwhile, the use of the data must be prohibited unless the law expressly provides otherwise.*⁵⁴⁴

Although Interpretation No 603 targets fingerprint collection, commentators have suggested that this rule would also apply to DNA collections.⁵⁴⁵

⁵⁴³ Regulations on the Supervision and Management of DNA Profiles, 2012, Art. 11 (3).

⁵⁴⁴ Authors’ own translation of Great Judge Interpretation No 603, 28 September 2005, available at <http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=603> (28.04.2020).

⁵⁴⁵ Boxiong Zhao, *Right to Privacy of Data and Filing of Private Data: A Study Focusing on DNA Data Filing (資訊隱私權與個人資料建檔-以DNA資料建檔為探討为中心)*, p. 128, available at <http://ja.lawbank.com.tw/pdf2/003%E8%B6%99%E4%BC%AF%E9%9B%84.pdf> (24.04.2020).

Specifically speaking, use of the DNA data is limited to the following purposes:

- to check and match with the DNA collected at a crime scene;
- to check and match with the DNA collected in an unresolved case;
- to clarify the identity of a person where the facts are sufficient to confirm that the original DNA sample may not belong to the person being sampled;
- to research and develop DNA identification technologies, procedures and criteria.⁵⁴⁶

Furthermore, like many other States, such as Spain and South Africa,⁵⁴⁷ Taiwan limits DNA testing to the non-coding region of DNA as follows: short tandem repeat (STR) and specific DNA fragments of sexual chromosomes (“染色體之DNA短片段相連重複序列及性染色體之DNA特異片段”); mitochondrial DNA sequence (“粒線體DNA序列”).⁵⁴⁸ This arguably precludes phenotyping.

Moreover, in addition to the restrictions on the use of DNA profiles, the **provision of DNA profiles** is limited to the following two circumstances:

- Where one or more of the aforementioned four grounds allowing the use of DNA are present, the DNA profile may only be provided to the authorities who had delivered the samples for examination to the DNA testing center;
- Where the courts, military courts, prosecutors, military prosecutors or law enforcement agencies make such requests.

The request of provision of DNA profile must be in written form.⁵⁴⁹

2. Familial DNA Searches

No legislation in Taiwan specifically permits a law enforcement agency to use the DNA data for familial searches. As mentioned above,⁵⁵⁰ the DNA data may only be used in four circumstances⁵⁵¹ explicitly prescribed by law, and familial DNA searches do not fall within the scope of any of these. Furthermore, given that DSA only permits the use of DNA data to “confirm the biological parent-child relationship”⁵⁵², familial DNA searches are excluded from this purpose.

In practice, as it is not transparent for the public to know whether and how familial DNA searches are used, it is hard to have more information in this respect. However, according to an interview with the law enforcement agency made by a researcher in Taiwan in 2011 (it is the most recent information we have been able to access), familial DNA searches have not been used and it was not planned for them to be used in the future. The reasons given include both the interest in protecting human rights and because familial DNA searches are not likely to offer many benefits to the country, given that it is an island with a small population. However, in practice, a family relative was incidentally found to have

⁵⁴⁶ Regulations on the Supervision and Management of DNA Profiles, 2012, Art. 11 (1).

⁵⁴⁷ Charles E. MacLean, *Creating a Wanted Poster from a Drop of Blood: Using DNA Phenotyping to Generate an Artist’s Rendering of an Offender Based Only on DNA Shed at the Crime Scene*, 36 (3) *Hamline Law Review* 357 (2014), p. 376.

⁵⁴⁸ Regulations on the Supervision and Management of DNA Profiles, 2012, Art. 2 (2).

⁵⁴⁹ *Ibid.*, Art. 11 (2).

⁵⁵⁰ See Section 1 of this report.

⁵⁵¹ Regulations on the Supervision and Management of DNA Profiles, 2012, Art. 11 (1).

⁵⁵² DNA Sampling Act, 2012, Art. 1.

possibly committed a crime when a test of DNA taken from a crime scene led to a case being notified to a prosecutor.⁵⁵³ So far, no publicly available information demonstrates that the formal position of not using familial searches has been changed.

3. Retention and Deletion of DNA Profiles

3.1. Retention of DNA profiles

The collection of DNA samples in Taiwan is classified into two categories: mandatory and voluntary DNA sampling. The former is applied to persons accused or suspected of having committed certain offenses.⁵⁵⁴ These offenses were initially limited to sexual or serious violent crimes (“重大暴力犯罪”) before 2012⁵⁵⁵; with the amendment of the DSA in 2012 the list was expanded to other crimes that violate life or sexual interests.⁵⁵⁶ Voluntary sampling is applied to those who intend to find or confirm a blood relationship at their own cost.⁵⁵⁷

3.1.1 Mandatory DNA sampling

As far as mandatory DNA collection is concerned, DNA sampling is limited to those accused or suspected of having committed any of the following offenses:

- **offenses of public safety** as provided in paragraph 1 and 3 of Article 173, paragraph 1, 2, and 4 of Article 174, and paragraph 1 of Article 175 of the Criminal Code.
- **sexual offenses** as provided in Articles 221 to 227, 228, and 229 of the Criminal Code.
- **offenses of homicide** as provided in Article 271 of the Criminal Code.
- **offenses of causing injury** as provided in paragraph 2 of Article 277 and Article 278 of the Criminal Code.
- **offenses of abrupt taking, robbery and piracy** as provided in paragraph 2 of Article 325 and Articles 326 to 334 -1 of the Criminal Code.
- **offenses of extortion and kidnapping for ransom.**⁵⁵⁸

Furthermore, taking a DNA sample is also mandatory where the person in question has previously been convicted of any of the following offenses, and is subsequently accused or suspected of once again having committed an offense in this category:

- **offenses against public safety** as provided in paragraph 1 and 4 of Article 183, paragraph 1, 2, and 5 of Article 184, Article 185-1, Article 186, paragraph 1, 2, and 4 of Article 186-1, Article 187, 187-1, 188, paragraph 1, 2, and 5 of Article 189, paragraph 1, 2, and 4 of Article 190, Article 191-1, and any intentional offense against Article 176 of the Criminal Code.
- **offenses against freedom** as provided in Article 296, 296-1, and 302 of the Criminal Code of the Republic of China.
- **offenses of larceny** as provided in Article 321 of the Criminal Code of the Republic of China.

⁵⁵³ Ting-Chi Liu, *An Empirical Study of Taiwan's Criminal DNA Database: Focusing on Information Privacy Issues*, 8 (2) *Technology Law Review* (December 2011), pp. 148-149.

⁵⁵⁴ DNA Sampling Act, 2012, Art. 5.

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ *Ibid.* See also the Third Revision report on the Proposal to Amend DNA made by Legislator Ying-shu Huang on 11 December 2014, available at <https://www.ly.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=5666&pid=49040> (14.04.2020).

⁵⁵⁷ DNA Sampling Act, 2012, Art. 9.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, Art. 5 (1).

- **offenses of abrupt taking, robbery and piracy** as provided in paragraph 1 of Article 325 of the Criminal Code of the Republic of China.
- **offenses related to firearms, ammunition and knives** as provided in Article 7, 8, 12, and 13 of the Firearms, Ammunition and Knives Control Act.
- **offenses against narcotic control** as provided in Article 4 to 8, 10 and 12 of the Narcotic Control Act.⁵⁵⁹

The mandatory taking of DNA sample from the aforementioned offenders also applies where the accused is a juvenile (12-18 years old⁵⁶⁰).⁵⁶¹

Courts, prosecutors and law enforcement agencies are competent to conduct the DNA testing of the aforementioned accused or suspect.⁵⁶² Where courts or prosecutors consider it necessary to take a DNA sample of an **accused juvenile**, they must order the law enforcement agencies to execute it.⁵⁶³ Before the DNA samples are taken, the following information must be confirmed in advance: 1) the person being sampled shall be identified; 2) the DNA profile of the person being sampled does not exist in the DNA database; and 3) the taking of the DNA sample from the accused juvenile must be carried out by law enforcement agencies.⁵⁶⁴

Taking DNA samples must be carried out by a designated responsible person. Priority in the selection of the responsible person is given to those who have been trained in DNA sampling.⁵⁶⁵

When a law enforcement agency carries out a DNA test, it shall notify the person to be sampled or the members of his/her family in writing. The written notification, signed by the head of the law enforcement agency, shall consist of the following:

- full name or fully identifiable features, sex, age, domicile or residence of the suspect or the accused;
- offense charged and the reasons for DNA sampling;
- date, time and place for appearance;
- Information that if the person being sampled fails to appear without justifiable ground, the prosecutor may issue an arrest warrant.

There shall be two copies of the written notification, one of which shall be legally served on the suspect or accused or members of his/her family. After the notification has been legally served, the person being sampled is obliged to appear before the agencies. Failure to do so without justifiable grounds will lead to an issuance of an arrest warrant by public prosecutor.⁵⁶⁶

⁵⁵⁹ *Ibid.*, Art. 5 (2).

⁵⁶⁰ Juvenile Justice Act, promulgated on 18 May 2005 and amended on 19 June 2019, Art. 2, available at <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=C0010011> (05.05.2020).

⁵⁶¹ Enforcement Rules of DNA Sampling Act, 2012, Art. 4.

⁵⁶² *Ibid.*, Art. 6 (1) and Art. 7 (1).

⁵⁶³ Enforcement Rules of DNA Sampling Act, 2012, Art. 4.

⁵⁶⁴ DNA Sampling Guidelines (去核核樣準則), Art. 3, available at <https://www.cib.gov.tw/Upload/Files/5747.pdf> (05.05.2020).

⁵⁶⁵ The training of the person responsible for taking DNA samples shall be undertaken regularly each year. See DNA Sampling Guidelines, Art. 9.

⁵⁶⁶ DNA Sampling Act, 2012, Art. 7; Code of Criminal Procedure, 2019, Art. 79.

The responsible authority for storing and managing DNA profiles is the Criminal Investigation Bureau of the Ministry of the Interior (CIB)⁵⁶⁷. After a DNA sample is collected, it is to be sent to the CIB for, *inter alia*, identification, storage, management and destruction of the DNA sample and for the establishment, use, supply, deletion, supervision and management of DNA records.⁵⁶⁸ A law enforcement officer, prosecutor or courts then issue a certificate to inform the person being sampled of the completion of his/her DNA sampling.⁵⁶⁹ The certificate must contain the following information⁵⁷⁰:

- name, sex, date of birth and the number of identification[s][documents], passport or travel certificate;
- offense charged and the reasons for DNA sampling;
- time and place for DNA sampling;
- person or body authorized to take the DNA sample;
- rights of person being sampled to delete DNA.

The DNA samples shall not be taken repetitively unless the genetic information from the originally collected sample cannot be fully identified, there are facts sufficient to support that the originally collected sample might not belong to the person who is sampled, or DNA records obtained from the originally collected sample are lost.⁵⁷¹

The CIB must designate a responsible person to manage the DNA sample and maintain the safety of the sample. This person is obliged to keep the samples, records and database confidential and is prohibited from disclosing or giving the aforesaid information to a third person unless the DSA or other laws provided otherwise.⁵⁷² There are, however, no regulations setting out the legal accountability for the infringement of these rules.

The DNA samples collected and saved under DSA must be kept for at least **ten years**, while the records collected and saved thereunder shall be kept for at least **ten years** after the death of person being sampled.⁵⁷³

The CIB must publicly announce the statistics on DNA databases annually. The following information must be included: newly added and deleted DNA files, the total number of DNA files, the number of matching files, and the references of appearance frequency of DNA types.⁵⁷⁴

3.1.2 Voluntary DNA sampling

Taiwan legislation allows those who wish to find or confirm a blood relationship to take a DNA sample at their own cost (“non-filing DNA sample”)⁵⁷⁵. Where the person has limited or no legal capacity, he or she shall file the application for DNA testing through statutory representatives, guardians, social

⁵⁶⁷ DNA Sampling Act, 2012, Art. 2; Enforcement Rules of DNA Sampling Act, 2012, Art. 2.

⁵⁶⁸ DNA Sampling Act, 2012, Art. 12 (4).

⁵⁶⁹ *Ibid.*, Art. 8 (1).

⁵⁷⁰ Enforcement Rules of DNA Sampling Act, 2012, Art. 8.

⁵⁷¹ DNA Sampling Act, 2012, Art. 8 (2).

⁵⁷² DNA Sampling Act, 2012, Art. 11 (2); Regulations on the Supervision and Management of DNA Records, 2012, Art. 5.

⁵⁷³ DNA Sampling Act, 2012, Art. 12 (1).

⁵⁷⁴ Regulations on the Supervision and Management of DNA Records, 2012, Art. 14.

⁵⁷⁵ Work Plan of the Law Enforcement Agencies on Non-Filing DNA Sample Management, 2013, Art. 2, available at <https://www.cib.gov.tw/Upload/Files/5560.pdf> (04.05.2020).

administrative authorities, or police authorities.⁵⁷⁶ The application shall be filed with the CIB. The applicant shall personally present his/her identification certificate when the DNA sampling is taken. For those with limited or without legal capacity, their representative or the person designated by the relevant authorities shall go together with them.⁵⁷⁷ When DNA samples are taken, medically approved procedures and methods must be respected. Due care shall be taken of the body and reputation of those whose DNA are sampled.⁵⁷⁸ The DNA sample collected in this way must not be saved in the DNA databases and no records need to be established unless the sampled person consents.⁵⁷⁹

3.2 Deletion of DNA profiles

The DSA and the RSMDR offer detailed rules on the deletion of DNA data. As a general rule, DNA data must be deleted where the DNA samples and records have been collected and saved **more than ten years** after the death of the persons being sampled.

Where the suspect or the accused whose DNA samples and records have been collected for violation of the aforementioned sexual crimes or serious violent crimes⁵⁸⁰ has been **acquitted or found not guilty** by the court, the **DNA samples and records must be deleted immediately** after a regular verification by the CIB.⁵⁸¹ This deletion must be done by the CIB on its own initiative. Where the CIB fails to do so, the suspect or the accused perpetrator may also apply for the deletion of DNA samples and records when the acquittal or “no-guilty” certificate is provided.⁵⁸² In this case, the DNA samples and records shall be deleted immediately after verification and confirmation by the relevant authorities. An exception exists if the person is involved in another case and is subject to mandatory DNA sampling. In such circumstances, his/her DNA profile may not be deleted.

When the case concerns a juvenile, the law enforcement agency must delete the DNA profiles taken from the juvenile upon receipt of the notification from the DNA juvenile court under the following circumstances:

- two years after the completion of certain measures taken against the juvenile. These measures include reprimand, strict discipline under statutory agent or a person who currently protects the juvenile, and transitional education or other appropriate measures for tutoring in a welfare, cultivation, health care or similar institutions;⁵⁸³
- three years after the completion of execution of the protective measures or sentence or being pardoned;
- finalization of a ruling not to submit the case for hearing or protective measures;

⁵⁷⁶ DNA Sampling Act, 2012, Art. 9.

⁵⁷⁷ Enforcement Rules of DNA Sampling Act, 2012, Art. 9.

⁵⁷⁸ DNA Sampling Act, 2012, Art. 10.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, Art. 11. This article provides that “DNA samples collected from the accused and the suspect referred by the law enforcement agencies in accordance with this Act shall be stored securely and records and databases established by the competent authority.” This precludes the possibility of storing and recording a DNA sample taken from a person who intends to find or confirm a blood relationship.

⁵⁸⁰ See 3.1.1 of this report.

⁵⁸¹ According to Art. 13 of the Regulations on the Supervision and Management of DNA Records, the CIB is the competent authority to examine regularly DNA data in the database.

⁵⁸² How do citizens apply to delete DNA profile? FAQ published by Taipei City Police Department, available at https://police.gov.taipei/News_Content.aspx?n=8D43510FCC9EE11C&sms=87415A8B9CE81B16&s=98E1D23ABDB91750 (05.05.2020).

⁵⁸³ Juvenile Justice Act, adopted on 18 May 2005 and amended on 19 June 2019, Paragraph 1 of Art. 29 available at <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawHistory.aspx?pcode=C0010011> (05.05.2020).

- the time period of pronouncement of probation has been fulfilled and has not been revoked, or the judgments of not guilty, dismissal, or not to proceed have been finalized;
- the prosecutor's office notifies the juvenile court of the fact that the time period of deferred prosecution has been fulfilled and has not been revoked;
- where the prosecutor's office notifies the juvenile court of the fact that the non-prosecutorial disposition has been finalized and there is no need to transfer the matter to the juvenile court to be handled as a matter of juvenile protection.

However, prior to the deletion of DNA samples and records, where the person (including a juvenile) being sampled is found to have been involved in other cases that demand mandatory sampling, the samples and records shall not be deleted. The deletion must be recorded and kept for 5 years.⁵⁸⁴

The CIB must examine the data of the suspect in the DNA database on a regular basis. Where the DNA data has been recorded for more than two years and it is unclear whether or not the suspect has been tried in court, the CIB may check with the courts or prosecutors for help with the clarification of the status of the case. The clarification may lead to two consequences:

- If the prosecution of the suspect is not pursued or if the suspect has been acquitted by courts or military courts, the DNA profile of the suspect must be deleted.
- If the prosecution against the suspect is pursued and the case is in a court, or the sampled person is involved in a case that is subject to mandatory sampling, the DNA profile shall not be deleted.

⁵⁸⁴ DNA Sampling Act, 2012, Art. 12 (2); Regulations on the Supervision and Management of DNA Records, 2012, Art. 12.

M. UNITED KINGDOM⁵⁸⁵

The **National DNA Database (the “NDNAD”) of England and Wales**, established in 1995, was the first forensic DNA database in the world. Early regulation and subsequent amendments allowed for the indefinite retention of samples and DNA profiles, and steady expansion of the NDNAD is said to have eventually led to the inclusion in the NDNAD by 2011 of 10% of the English and Welsh population.⁵⁸⁶ Subsequent legislative reforms (see below) to the basis on which DNA profiles are collected and retained have since resulted in a gradual reduction in the number of subject profile records loaded on to the NDNAD each year.⁵⁸⁷

Partly in response to the **judgment of the European Court of Human Rights in *S. and Marper v United Kingdom***⁵⁸⁸ in 2008, regulation of the NDNAD was reformed in 2013 with the implementation of provisions of the ***Protection of Freedoms Act 2012 (“PoFA”)***.⁵⁸⁹ This introduced significant amendments to the *Police and Criminal Evidence Act 1984 (“PACE”)*,⁵⁹⁰ the Act of Parliament providing the legislative framework for the powers of police officers to investigate crime in England and Wales.

New provisions establish specific criteria for the **retention of DNA profiles which rely on various factors**, including whether the person was convicted of an offence, the type of offence that they were charged with or convicted of and their age at the time the offence that they were charged with or convicted of was committed.⁵⁹¹

⁵⁸⁵ Unless otherwise indicated, information contained in this country report refers to the legal rules in force in the jurisdiction of England & Wales only, and not other legal systems of the United Kingdom.

⁵⁸⁶ See Victor Toom, *Forensic DNA databases in England and the Netherlands: governance, structure and performance compared*, *New Genetics and Society*, Vol. 31, No. 3, September 2012, 311-322 at 314, quoting source European Network of Forensic Science Institutes (ENFSI), *ENFSI survey on DNA databases in Europe* (2011).

⁵⁸⁷ National Police Chiefs’ Council, Home Office, *National DNA Database Strategy Board Annual Report 2017/18*, Crown Copyright 2019, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/778064/National_DNA_database_annual_report_2017-18_web.pdf (29.04.2020), p.11.

⁵⁸⁸ *Sand Marper v United Kingdom*, (2008) 48 European Human Rights Reports 50, available at <https://rm.coe.int/168067d216> (20.04.2020). See section 3. of this country report below, for more detail.

⁵⁸⁹ *Protection of Freedoms Act 2012*, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/9/contents> (20.04.2020).

⁵⁹⁰ *Police and Criminal Evidence Act 1984 (“PACE”)*, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents> (20.04.2020).

⁵⁹¹ This is discussed in detail in section 3 of this country report, below.

1. Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile

UK legislation **does not lay down any legal provisions which prohibit** the evaluation of personal characteristics obtained from DNA profiles (known as “phenotyping”) for the purposes of law enforcement. *PoFA*⁵⁹² inserts a new section into *PACE* which provides **broad scope for the permitted uses of DNA samples and profiles**. These include where such use is:

- in the interests of national security;
- for the purposes of a terrorist investigation;
- for purposes related to the prevention or detection of crime, the investigation of an offence or the conduct of a prosecution; or
- for purposes related to the identification of a deceased person or of the person to whom the material relates.⁵⁹³

However, former Government agency-issued policy,⁵⁹⁴ which continues to be referred to by the criminal prosecution body for England & Wales – the *Crown Prosecution Service* - provides **guidelines on access and use of DNA profiles** as a database tool. This does not make any specific reference to the analysis of personal characteristics derived from a DNA profile, but, rather, in the context of criminal investigations, limits use of a profile derived from a collected sample to the “**matching**” or **searching of DNA profiles** held on the NDNAD with profiles obtained as part of a criminal investigation.⁵⁹⁵ This is discussed below.

1.1. DNA profiling as a database tool

The *Crown Prosecution Service* has published guidance on DNA profiling, including an explanation of the current DNA profiling methodology used in relation to DNA profiles uploaded to the NDNAD.⁵⁹⁶ The current **profiling methodology, “DNA-17”**, continues to be based on what is known as DNA short tandem repeat loci (“STR”). This is said to be based on the 10 STR loci used in the previous methodology, known as “*SGMPlus*”, in addition to a further six STR loci (giving a total of 32 DNA components) and a gender identifier. This form of DNA profiling involves **no genetic information about the biological source of the sample apart from sex**, but rather simply consists of pairs of numbers representing genetic sequence lengths at specified points in the ‘non-coding’ part of the genome.

DNA samples (and fingerprint images) provided to the NDNAD are **only used for matching crime scene profile records** against subject profile records and other crime scene profile records. *The Forensic Information Databases Strategy Board Policy for Access and Use of DNA Samples, DNA Profiles, Fingerprint Images, and Associated Data*, issued by the Forensic Information Databases Service (FINDS) of the Government’s Home Office sets out the **policy for access and use of DNA samples**.⁵⁹⁷ This

⁵⁹² *Protection of Freedoms Act 2012, op. cit.*, sections 16, 120 (with section 97).

⁵⁹³ *PACE, op. cit.*, section 63T.

⁵⁹⁴ See Forensic Science Service, *Guide to DNA for Lawyers and Investigating Officers*, 2004, available at https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/legal_guidance/lawyers%2527%2520DNA%2520guide%2520KSWilliams%2520190208%2520%2528i%2529.pdf (22.04.2020).

⁵⁹⁵ *Ibid*, p. 30. This states: “All new profiles (from CJ samples, suspects, or undetected crime scene stains) loaded onto The National DNA Database are searched against all the profiles already held and also against each other. The police are then automatically informed of any matches.”

⁵⁹⁶ Crown Prosecution Service, *DNA-17 Profiling*, contained in *Prosecution Policy and Guidance, Legal Guidance, D to G*, available at http://www.cps.gov.uk/legal/d_to_g/dna-17_profiling/ (23.04.2020).

⁵⁹⁷ Home Office, Forensic Information Databases Service (FINDS): *The Forensic Information Database Strategy Board Policy for Access and Use of DNA Samples, DNA Profiles, Fingerprint Images, and*

specifies that on receipt of a DNA sample from a law enforcement agency, a **forensic service provider**⁵⁹⁸ **may only access that sample for two purposes**.⁵⁹⁹

- to derive the result for the purpose of loading to, searching against or comparing against existing results held on the Forensic Information Database or other results specific to the case under investigation; this will include an extract of a previously processed DNA sample, where permission has been granted by the Chair of the Forensic Information Databases Strategy Board; or
- to destroy the DNA sample.

Insofar as the DNA profile obtained from a sample is concerned, the **evaluation of personal characteristics is also not listed as a recognised use**. The *Forensic Information Databases Service Strategy Board Policy* states that the form in which DNA profiles (and fingerprint records) may be used is restricted to:

- conducting searches against the records held on the DNA database;
- comparison against a specific case including conducting eliminations of potential DNA profile matches;
- comparison against specific records held on the DNA database;
- performing quality checks in relation to the processing of DNA samples and fingerprint information as limited by the *Forensic Information Databases Strategy Board Policy* for access and use of DNA samples;
- in exceptional cases, where the requirement of the case is not otherwise described in the policy or a specific legally based agreement for retention, gaining Strategy Board approval should a record require permanent loading to the NDNAD that does not meet the criteria defined in the policy;
- criminal paternity investigations, subject to the application of strict conditions.⁶⁰⁰

Associated Data, 7th June 2018, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/715318/FINDS-SB-P-002_-_Issue_1_-_FINDS_Strategy_Board_Policy_Access_and_Use_Po....pdf (23.04.2020). The aim of the document is stated as maintaining, “*the integrity of the Forensic Information Databases under the Strategy Board’s remit by ensuring that the data is: fairly and lawfully possessed; processed for the prevention and detection of crime, and for the identification of missing people, national security, or prevention of terrorism; adequate, but not excessive, for the prevention and detection of crime, and for the identification of missing people; accurate and up to date, and held within the appropriate data collection to ensure appropriate use and access; retained proportionately; and secure.*” (section 2, p. 4).

⁵⁹⁸ An organisation granted permission by the Forensic Information Databases Service Strategy Board to provide forensic DNA services to law enforcement agencies.

⁵⁹⁹ Home Office, Forensic Information Databases Service (FINDS): *The Forensic Information Databases Strategy Board Policy for Access and Use of DNA Samples, DNA Profiles, Fingerprint Images, and Associated Data*, *op. cit.*, section 8.2., p.17.

⁶⁰⁰ Home Office, Forensic Information Databases Service (FINDS): *The Forensic Information Databases Strategy Board Policy for Access and Use of DNA Samples, DNA Profiles, Fingerprint Images, and Associated Data*, *op. cit.*, section 8.3., p.25.

1.2. DNA profiling as a forensic tool

The above policy guidance relates only to the loading, searching against, and release of profiles from the NDNAD. It does not preclude the use of what are known as “**next generation sequencing**” (“**NGS**”) **technologies** subjected to alternative profiling methods to that of DNA-17. There continues to be no statutory framework for the use of forensic DNA phenotyping nor the use of any other forensic genetic analysis, such as DNA profiling.⁶⁰¹ In the absence of specific regulation prohibiting forensic DNA phenotyping, it is generally considered as being permitted.⁶⁰²

It may also be noted that various government-appointed agencies oversee the operation of forensic technologies in the UK.⁶⁰³ Of these, however, none have a specific remit with regard to DNA phenotyping. The *Forensic Science Regulator*, for example, which operates codes of practice and conduct about how forensic technologies should be used, has the role of ensuring that the provision of forensic science services in the criminal justice system is subject to an appropriate level of quality standards.⁶⁰⁴ Their guidance is not known to include any reference to forensic DNA phenotyping. Similarly, the *Office of the Biometrics Commissioner*, established by the *PoFA* for ensuring compliance with that legislation, has a remit which does not include the use of DNA for genetic phenotyping.⁶⁰⁵

Nevertheless, we have been informed by the *Office of the Biometrics Commissioner*⁶⁰⁶ that **technology used for forensic DNA phenotyping to determine physical traits is not yet accredited** in the UK for use as evidence,⁶⁰⁷ in other words, it cannot provide evidence which would be admissible before the UK courts. This does not, however, mean that the technology cannot be used to provide investigative leads in serious crime cases. The UK operates an adversarial legal system and it is the police’s role to gather evidence in a criminal case. Forensic DNA phenotyping can therefore be requested by police and forensic providers at their discretion, and there is no requirement that formal requests first be made to the courts.⁶⁰⁸

⁶⁰¹ G. Samuel and B. Prainsack, *The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe*, Visage, November 2018, available at http://www.visage-h2020.eu/Report_regulatory_landscape_FDP_in_Europe2.pdf (29.04.2020), p. 70.

⁶⁰² See *ibid*, p. 69.

⁶⁰³ These include the *Forensic Information Databases Strategy Board* (see above) that provides governance and oversight over the operation of the NDNAD and the National Fingerprint Database; *Biometrics and Forensic Ethics Group* (see this section, below) that provides independent advice on ethical issues; the *Biometrics Commissioner* (see below) whose role is to keep under review the retention and use by the police of DNA samples, DNA profiles, and fingerprints; and The *Forensic Science Regulator* that ensures that the provision of forensic science services across the criminal justice system is subject to appropriate scientific quality standards.

⁶⁰⁴ This has been confirmed to us by the current Forensic Science Regulator, Dr Gillian Tully, who confirms that although she does not believe there is any legal prohibition on the use of forensic phenotyping, the quality standards set out in the codes of practice deal only with quality: email of Dr Gillian Tully to John Curran, received 17.48pm on 7th May 2020.

⁶⁰⁵ See G. Samuel and B. Prainsack, *The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe*, pp. 70-71.

⁶⁰⁶ The Commissioner for the Retention and Use of Biometric Material (the “Biometrics Commissioner”) is an independent office established by section 20 of the *PoFA*. One responsibility is to provide independent oversight of the new regime, and to undertake certain ‘casework’ responsibilities (see section 3 of this country report, below.)

⁶⁰⁷ Gemma Gyles, Chief of Staff at the *Office of the Biometrics Commissioner*, in an email to John Curran, author of this country report, at 15.45 on Wednesday, 24th May 2017.

⁶⁰⁸ G. Samuel and B. Prainsack, *The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe*, *op. cit.*, p. 70.

As a forensic tool, rather than a database tool, there are **reports that such forensic DNA phenotyping has been used in the past to aid criminal investigations**, where other conventional methods have not assisted.⁶⁰⁹ The UK government's *Forensic Science Service* had previously provided forensic science services to police forces and the government agencies of England and Wales, but since its closure in 2010, such work is now contracted out to the private sector or carried out in-house. Phenotyping services are therefore now undertaken as part of a considerably more fragmented framework, and their use is not widely publicised.⁶¹⁰ It has, however, recently been reported that forensic DNA **phenotyping continues to rarely be used in the UK, and only ever as a last resort**.⁶¹¹ In view of the magnitude of the national DNA profile database, (for which the chance of receiving a 'match', when conducting a search, is much higher than in other countries) it is said that there is often very little use or value in using forensic DNA phenotyping.⁶¹²

One such laboratory, which is said by the Forensic Science Regulator to have been working the longest in this area in the UK, is King's College London ("KCL"). KCL reports that it has validated the use of phenotyping to predict skin, hair and eye colour using what they describe as a massive parallel (MPS) sequencing technique, and that they intend to put it forward for accreditation⁶¹³ in the near future.⁶¹⁴ To date, their laboratory has used it in four cases, for intelligence purposes in cases of missing persons and unidentified remains. KCL's Professor of Forensic Genetics, Denise Syndercombe Court, also confirms that the technology has limited application and is **unlikely to be used other than for intelligence purposes** because,

*"the predictions have a significant uncertainty attached to them and published methods have not been validated in all populations."*⁶¹⁵

⁶⁰⁹ See Bert-Jaap Koops & Maurice Schellekens, *Forensic DNA Phenotyping: Regulatory Issues*, The Columbia Science and Technology Law Review, 2008, Volume IX, pp. 158-202, at p.172. The previous custodian of the NDNAD, the *Forensic Science Service*, "provides two phenotyping services to police in order to "provide intelligence about the physical appearance of the offender." The first service is an "ethnic inference service," which calculates the probability of a person's ethnicity using FSS-developed software and statistics on genotypes within five British ethnic groups [.....] The second service is a red-hair test which relies on differences in the MC1R gene."

⁶¹⁰ It was reported by a Parliamentary committee in 2019 that the lack of strategic oversight, responsibility and accountability for forensic science is problematic: see Science and Technology Select Committee, *Forensic science and the criminal justice system: a blueprint for change*, 3rd report of session 2017-19, 1st May 2019, House of Lords Paper 333, available at <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldsctech/333/33302.htm> (29.04.2020).

⁶¹¹ G. Samuel and B. Prainsack, *The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe*, *op. cit.*, p. 71.

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ "Accreditation" refers to accreditation by the UK Accreditation Service (UKAS), the sole national body recognised by the UK Government to assess the competence of organisations that provide certification, testing and calibration services. Such accreditation is said to provide authoritative assurance that quality standards are met and improves confidence in the evidence being presented to the criminal justice system: see UKAS, *Forensic Science*, available at <https://www.ukas.com/sectors/forensic-science/> (14.05.2020).

⁶¹⁴ Email to John Curran from Professor Denise Syndercombe Court, Professor of Forensic Genetics, Department of Analytical, Environmental and Forensic Sciences, King's College London, received at 21.37pm on 7th May 2020.

⁶¹⁵ *Ibid.*

In its 2015 annual report, the **Ethics Group of the NDNAD**⁶¹⁶ reported that it had taken a keen interest in developments in NGS technologies, and that it expresses caution with regard to such techniques being used as tools for intelligence purposes, for example, with a view to narrowing a field of suspects. It made the following **recommendation**:

*“New NGS technologies must be considered in a stepwise fashion, both practically and ethically. A **regulatory framework should be developed**, in tandem with technology development, to oversee the ethical issues and the collection, compilation, storage, sharing and use of information and data derived from NGS technologies.”*⁶¹⁷

One area of development in the field of NGS technologies, noted by the Ethics Group at the time, was the **use of Y-STR profiling for identification purposes**. This form of profiling is a technique that has increasingly been used as a tool in forensic investigations, and which has the potential to predict both physical traits and genetic relatedness.⁶¹⁸ In 2019, it was reported by the renamed Ethics Group of the NDNAD (now known as the “Biometrics and Forensic Ethics Group” (the “BFEG”)) that London’s police force - the Metropolitan Police Service - were extending a pilot program under which they have been collecting and storing Y-STR profiles on a locally held database. It is understood, however, that the purpose of the pilot is not to engage in phenotyping, but rather to establish links between sexual assault cases, based on the paternal ancestry of males.⁶¹⁹

It has also been reported that there is interest among forensic service providers in the UK for a UK-specific **Y-haplotype reference database to be established** in order to facilitate Y-STR analysis. Noting that Y-STR data had the potential to be used for intelligence purposes to predict characteristics such as presumed ethnicity, the BFEG warns that proper regulation and safeguarding of the data would be necessary.⁶²⁰ There is, however, no further evidence of its use in practice.

2. Familial DNA Searches

There is **no legislation** in the UK that specifically permits the police or forensic agencies to employ the technique of familial searching of the National DNA database, nor is there any legislative measure

⁶¹⁶ The Ethics Group of the NDNAD describes itself as an advisory non-departmental public body of the Home Office, providing government ministers with independent ethical advice on the operation and practice of the NDNAD. See NDNAD Ethics Group, *Annual Report of the Ethics Group: National DNA Database 2015*, Crown Copyright, 2016, available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/568554/Annual_Report_of_the_Ethics_Group_2015.pdf (28.04.2020), p.6.

⁶¹⁷ *Ibid*, p. 16.

⁶¹⁸ The Y-chromosome is found only in males and is inherited from the male parent, and so analysis of markers on the Y chromosome can be used to link males who have the same paternal ancestry. Y-STR profiling is valuable in the investigation of sexual assault cases, where the large volume of female DNA might mask any trace levels of male DNA that is present if analysed using standard autosomal STR profiling techniques: NDNAD Ethics Group, *Annual Report of the Ethics Group: National DNA Database 2015*, p.17.

⁶¹⁹ Biometrics and Forensic Ethics Group, *Annual Report 2017*, Crown Copyright, 4th November 2019, available at <https://www.gov.uk/government/publications/biometrics-and-forensics-ethics-group-annual-report-2017> (28.04.2020), pp. 16-17.

⁶²⁰ Biometrics and Forensic Ethics Group, *Annual Report 2017*, *op. cit.*, p. 18.

prohibiting the use of such methods.⁶²¹ **Familial searching is nevertheless recognised and controlled** by policies of the government agency responsible for the NDNAD, the Forensic Information Database Strategy Board (the “FINDS Strategy Board”), referred to in statute as the NDNAD Strategy Board.⁶²²

In the absence of legislative rules, there are **no specific limits on the types of offences** for which familial searches will be carried out. In practice however, familial searches are undertaken only in relation to the most serious crimes. The 2016/17 annual report of the NDNAD Strategy Board⁶²³ states that:

“Due to the cost and staffing needed to carry out familial searches, they **are used only for the most serious of crimes**. All such searches require the approval of the NDNAD Strategy Board.”⁶²⁴

It is reported that in 2016/17, a total of 13 familial searches were undertaken.⁶²⁵ This compares to 17 carried out in 2015/16.⁶²⁶

It is said that the Association of Chief Police Officers, the Home Office, the Information Commissioner, and representatives from the Human Genetics Commission have agreed upon the circumstances in which familial searches should be performed and the way in which those results should be integrated into existing investigative procedures, but that the details of this decision are described as “operationally sensitive” and are therefore not available in a public document.⁶²⁷

3. Retention and Deletion of DNA Profiles

The **National DNA Database (the “NDNAD”)** was established in 1995 and holds the electronic records of DNA (known as “profile records”) taken from individuals and crime scenes. It provides police with matches linking an individual to a crime scene or a crime scene to another crime scene.⁶²⁸ Regulation of the NDNAD was reformed with the implementation of provisions of the **Protection of Freedoms Act 2012 (“PoFA”)**⁶²⁹ on 31st October 2013. This introduced significant amendments to the **Police and**

⁶²¹ See C.N. Maguire, L.A. McCallum, C. Storey, J.P. Whitaker, *Familial searching: A specialist forensic DNA profiling service utilising the National DNA Database to identify unknown offenders via their relatives – The UK experience*, 6 July 2013, Forensic Science International: Genetics 8 (2014) 1-9 at 3.

⁶²² For more information on the FIND Strategy Board, see section 1.1. of this country report, above.

⁶²³ Set up pursuant to section 63AB(1) of *PACE*, introduced by the *Protection of Freedoms Act 2012*.

⁶²⁴ National Police Chiefs’ Council, Home Office, *National DNA Database Strategy Board Annual Report 2017/18*, *op. cit.*, section 1.1.4., p. 9.

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ National Police Chiefs’ Council, Home Office, National DNA Database, *National DNA Database Strategy Board Annual Report 2015/16*, Crown Copyright 2017, available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/594185/58714_Un-Num_Nat_DNA_DB_Accessible.pdf (16.05.2017), para 1.1.4.

⁶²⁷ Rafaela Granja and Helena Machado, *Ethical Controversies of Familial Searching: The views of stakeholders in the United Kingdom and Poland*, Science Technology and Human Values, Volume 44, Issue 6, SAGE Journals, 4th February 2019, pp. 1068-1092 available at <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0162243919828219> (30.04.2020), at p. 1074.

⁶²⁸ National Police Chiefs’ Council, Home Office, National DNA Database, *National DNA Database Strategy Board Annual Report 2015/16*, *op. cit.*, para 1.1.

⁶²⁹ *Protection of Freedoms Act 2012*, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/9/contents> (30.04.2020).

Criminal Evidence Act 1984 (“PACE”),⁶³⁰ the Act of Parliament providing the legislative framework for the powers of police officers to investigate crime in England and Wales.

3.1. Legal framework and reforms under the *Prevention of Freedoms Act 2012*

The **previous regime for the destruction, retention and use of DNA samples** (and fingerprints) was set out in section 64 of *PACE*. Between 1984 and 2001, the general rule was that fingerprints and DNA samples that were taken in connection with the investigation of an offence had to be destroyed as soon as practicable if the individual in question was not convicted of that offence.⁶³¹ The *Criminal Justice and Police Act 2001*⁶³² amended the law to allow DNA to be retained from people charged with an offence, even if they were subsequently acquitted. The *Criminal Justice Act 2003*⁶³³ changed the law further still by allowing a **DNA sample to be taken from individuals on arrest**, and for any such sample taken in connection with the individual’s suspected involvement in any **recordable offence**⁶³⁴ to be stored indefinitely in the NDNAD, regardless of whether or not he or she was subsequently charged or convicted.

The *PoFA* repealed section 64 of *PACE* and introduced an expanded section 63 under which **only people convicted of an offence will have their fingerprint records and DNA data retained indefinitely**. This is said to constitute implementation of a commitment of the then government’s coalition agreement to reform rules on DNA and fingerprint retention.⁶³⁵ However, the changes to *PACE* also represented a response to the **2008 judgment of the European Court of Human Rights (“ECHR”) in *S and Marper v UK***.⁶³⁶ This had found that the existing policy of indefinite retention of fingerprints and DNA data of individuals not charged or convicted of an offence constituted a, “*disproportionate interference with*

⁶³⁰ *Police and Criminal Evidence Act 1984*, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents> (30.04.2020).

⁶³¹ Office of the Biometrics Commissioner, Alastair R. MacGregor QC, *Annual Report 2015 – Commissioner for the Retention and Use of Biometric Material*, December 2015, available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/507104/54496_Bio-metrics_Commissioners_Report_Print_Ready_3_.pdf (30.04.2020), para. 4.

⁶³² *Criminal Justice and Police Act 2001*, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/16/contents> (30.04.2020), section 82.

⁶³³ *Criminal Justice Act 2003*, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents> (30.04.2020), section 10.

⁶³⁴ A “recordable offence” is any offence under UK law where police must keep records of convictions and offenders on the Police National Computer. These are generally more serious offences punishable by imprisonment, plus a number of non-imprisonable offences.

⁶³⁵ Gov.uk, *Protection of Freedoms Act 2012: how DNA and fingerprint evidence is protected in law*, Policy Paper, 4th April 2013, available at <https://www.gov.uk/government/publications/protection-of-freedoms-act-2012-dna-and-fingerprint-provisions/protection-of-freedoms-act-2012-how-dna-and-fingerprint-evidence-is-protected-in-law> (04.05.2020), para. 1.1.

⁶³⁶ Case of *Sand Marper v United Kingdom*, *op. cit.* In this case, the applicants, one of whom had been 11 years old when he was arrested and neither of whom had been convicted of an offence, complained that their DNA samples, DNA profiles and fingerprints were nonetheless subject to indefinite retention. The ECHR noted that the UK was the only Council of Europe member state expressly to permit (in England, Wales and Northern Ireland), “*the systematic and indefinite retention of DNA profiles and cellular samples of persons who have been acquitted or in respect of whom criminal proceedings have been discontinued.*” (see paragraph 47 and paragraphs 36 and 109 of the judgment). It concluded that the, “*blanket and indiscriminate nature*” of the retention powers for DNA samples, DNA profiles and fingerprints failed to strike, “*a fair balance between the competing public and private interests.*” (see paragraphs 119 and 125 of the judgment). As described at paragraph 5 of Biometrics Commissioner, Alastair R. MacGregor QC, *Annual Report 2015 – Commissioner for the Retention and Use of Biometric Material*, *op. cit.*

the applicants' right to respect for private life," which could not be, "*regarded as necessary in a democratic society.*"⁶³⁷

The expanded section 63 of *PACE* creates **specific retention criteria which depends on the particular circumstances of the case**, including whether the person was convicted of an offence, the type of offence that they were charged with or convicted of and their age at the time the offence that they were charged with or convicted of was committed.⁶³⁸

3.2. Retention of DNA samples

With regard to **DNA samples**, the general rule provided for in *PoFA* is that any DNA sample that is taken in connection with the investigation of an offence must be destroyed as soon as a DNA profile has been derived from it, and in any event, **within 6 months of the date it was taken.**⁶³⁹ If the sample may be required for use as evidence in court, it may be retained for the duration of proceedings under the *Criminal Procedure and Investigations Act 1996.*⁶⁴⁰

Moreover, the responsible chief officer of police may **apply to a District Judge of a Magistrates' Court**⁶⁴¹ **for an order to retain a sample beyond the 6-month period**, but only in connection with the investigation of a qualifying offence and where the officer considers that the sample is likely to be needed in any proceedings for the offence.⁶⁴² Where an order is granted, the sample will be retained for a period of an additional 12 months, and may be renewed for a further period of not more than 12 months.⁶⁴³

3.3. Retention of DNA profiles: overview

Insofar as DNA *profiles* are concerned, **where an individual is convicted of an offence**, retention of biometric data,⁶⁴⁴ including a DNA profile will, as with the previous regime, depend on whether the offence was recordable.⁶⁴⁵

Where a person is *not* convicted or is a juvenile, retention of biometric data will depend on whether the offence was one of a "*qualifying*" nature. A "*qualifying*" offence is an offence specified by section 65A of *PACE*, and includes, among other more serious offences, murder, manslaughter, kidnapping, robbery, burglary, serious sexual offences, terrorist offences and serious offences against the person.

⁶³⁷ *Ibid*, para. 125.

⁶³⁸ It is supported by statutory guidance for police chiefs issued pursuant to section 63AB(2) of *PACE*. See National Police Chiefs' Council, *Deletion of Records from National Police Systems (PNC/NDNAD/IDENT1)*, version 2.0, 18th October 2018, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/771892/Deletion_of_Records_from_National_Police_Systems_Guidance_v2.0.pdf (05.05.2020).

⁶³⁹ *PACE*, *op. cit.*, section 63R(4)(b). See Gov.uk, *Protection of Freedoms Act 2012: how DNA and fingerprint evidence is protected in law*, *op. cit.*, section 1.2.1.

⁶⁴⁰ *Criminal Procedure and Investigations Act 1996*, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/25/contents> (05.05.2020), section 23.

⁶⁴¹ A "Magistrates' Court" is where all criminal prosecutions are initiated. It is a criminal court of trial without jury but does not try the most serious criminal offences (these are instead generally committed for trial before the Crown Court).

⁶⁴² *PACE*, *op. cit.*, sections 63R(6)-(13).

⁶⁴³ *Ibid*, section 63R(9).

⁶⁴⁴ "*Biometric data*" referred to in this country report means a DNA profile and fingerprints.

⁶⁴⁵ For more detail, see section 3.4. of this country report, below.

Other offences, such as simple criminal damage, theft and certain drugs offences, which may fall under the broader standard of “*recordable offence*”, are not *qualifying offences*.⁶⁴⁶

3.4. Retention of DNA profiles: where investigation leads to a conviction

The criteria for the retention of biometric data from **an individual who is convicted of a recordable offence** and who was 18 years of age or over at the time of the offence remain largely unchanged and fingerprint records and DNA profiles will be **retained indefinitely**.⁶⁴⁷ The definition of “convicted of an offence” furthermore applies to the following: individuals who are cautioned for a recordable offence where there is an admission of guilt, those who have been warned or reprimanded for an offence under section 65 of the *Crime and Disorder Act 1998*,⁶⁴⁸ those found not guilty by reason of insanity and those who are unfit to plead but who are found to have done the act charged in respect of the offence.⁶⁴⁹ DNA profiles will therefore also be retained indefinitely in these cases.

Where an individual is under 18 at the time the offence was committed, the duration of retention of biometric data will depend on the type of offence that was committed and the severity of the sentence imposed. As with adults, where the offence is a *qualifying offence*, retention will be for an **indefinite period**. Where the offence is not a *qualifying offence* (referred to in the legislation as a “minor” offence), the period of retention is determined by the type and length of sentence received. **A non-custodial sentence** will result in biometric data being retained for a **period of five years**. **A custodial sentence of up to five years** will mean data is retained for the period of the **term imposed plus five years**. For a **custodial sentence of five years or more**, retention will be for an **indefinite period**.⁶⁵⁰

3.5. Retention of DNA profiles: where investigation does not lead to a conviction

With regard to **individuals who are ultimately not convicted of an offence**, the retention of DNA data will depend on whether they are charged with an offence (in other words, prosecuted) but subsequently not convicted of that offence or, instead, arrested but subsequently not charged. A person charged with a qualifying offence who is subsequently not convicted of that offence will have their DNA data **retained for a period of three years**.⁶⁵¹ An individual who is arrested for a *qualifying offence* but not charged may have their biometric data **retained only with the consent of what is known as the Biometrics Commissioner**.⁶⁵² The responsible chief police officer can only apply to the Commissioner for consent to retain such material where the victim of the offence was, at the time of

⁶⁴⁶ Retention of DNA profiles of those not convicted and juveniles is discussed in more detail in sections 3.4 and 3.5. of this country report, below.

⁶⁴⁷ *PACE, op. cit.*, section 63I.

⁶⁴⁸ *Crime and Disorder Act 1998*, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/37/contents> (05.05.2020). Reprimands and warnings refer to specific penalties which may be issued to young offenders who have admitted to having committed an offence where that offender has not previously been convicted of an offence and where the police constable does not consider that the offender should be prosecuted or given a youth conditional caution (see section 65(1)).

⁶⁴⁹ *PACE, op. cit.*, section 65B(1)(a)-(d).

⁶⁵⁰ *Ibid*, section 63K.

⁶⁵¹ *Ibid*, section 63F(6).

⁶⁵² The *Biometric Commissioner* is a role established by the *Protection of Freedoms Act 2012* with responsibility for providing independent oversight of the regime introduced under the Act. Part of that responsibility is to decide applications made by the police under *PACE* for consent to the extended retention of DNA profiles and/or fingerprints belonging to individuals who have no convictions but who have been arrested for, although not charged with a *qualifying offence* (section 63G, *PACE, op. cit.*). See paragraphs 18 and 19 of Alastair R. MacGregor QC, *Annual Report 2015 – Commissioner for the Retention and Use of Biometric Material, op. cit.*

the offence, under 18, a vulnerable adult or associated with the person to whom the material relates.⁶⁵³ Where such circumstances do not apply, an application for retention may still be made on the basis that retention of the material is necessary to assist in the prevention or detection of crime.⁶⁵⁴ If the Commissioner accedes to the request, **the profile and fingerprints can be retained for three years** from the date that the relevant sample or fingerprints were taken. The legislation also allows for the responsible chief officer of police to make an application to a District Judge of the Magistrates' Courts⁶⁵⁵ for an **extension of the retention period by two years beyond** the initial three-year retention period.⁶⁵⁶

Individuals who are **not convicted of the offence** for which the biometric material was taken but who have **previously been convicted of a recordable offence**,⁶⁵⁷ or who are convicted of a recordable offence in the meantime, will, however, have their **biometric data retained indefinitely**. Equally, an individual who is arrested for or charged with a non-qualifying (i.e., minor) offence for which they were not convicted will not have their biometric data retained unless they have previously been convicted of a recordable offence.⁶⁵⁸ Where they have previously been convicted of a recordable offence, the material will be retained indefinitely.⁶⁵⁹

3.6. Retention of DNA profiles: other cases

Where a **Penalty Notice** has been issued under section 2 of the *Criminal Justice and Police Act 2001*,⁶⁶⁰ *PACE* requires that biometric data taken be retained for two years from the date on which the sample was taken.⁶⁶¹

Biometric data may also be **retained for two years or more for the purposes of national security**. In such a case, the responsible chief police officer must make a national security determination in writing. Such determination may be renewed at the end of the two-year period.⁶⁶²

3.7. Retention of DNA profiles: summary tables

The various retention periods for DNA profiles of individuals who are convicted of the offence for which they were arrested and individuals whose biometric data is obtained from samples taken on arrest but who are ultimately acquitted or not charged, are **summarized in the following tables**.⁶⁶³

⁶⁵³ *PACE, op. cit.*, section 63G(1) and (2).

⁶⁵⁴ *Ibid*, section 63G(3).

⁶⁵⁵ A "Magistrates' Court" is where all criminal prosecutions are initiated. It is a criminal court of trial without jury but does not try the most serious criminal offences (these are instead generally committed for trial before the Crown Court).

⁶⁵⁶ *PACE, op. cit.*, section 63F(7).

⁶⁵⁷ Unless such earlier offence was an "excluded" offence. According to section 63F(11) of *PACE, op. cit.*, an "excluded" offence refers to a recordable offence which meets the following criteria: (a) it is not a qualifying offence; (b) it is the only recordable offence of which the person has been convicted; (c) it was committed when the person was aged under 18; and (d) for which the person was not given a relevant custodial sentence of 5 years or more.

⁶⁵⁸ Again, which is not an "excluded" offence. See *ibid*.

⁶⁵⁹ *PACE, op. cit.*, section 63H.

⁶⁶⁰ *Criminal Justice and Police Act 2001, op. cit.* A "penalty notice" is a notice issued by a police constable ("on the spot") in connection with offences of disorderly behaviour, as listed at section 1 of the Act.

⁶⁶¹ *PACE, op. cit.*, section 63L.

⁶⁶² *Ibid*, section 63M.

⁶⁶³ Based on tables featured in Paul Wiles, *Annual Report 2018 – Commissioner for the Retention and Use of Biometric Material*, March 2019, available at

WHERE ARRESTED PERSON IS CONVICTED

PERSON	TYPE OF OFFENCE	TIME PERIOD
Adults	Any recordable offence (including cautions)	Indefinite
Under 18 years	Qualifying offence (includes cautions, warnings and reprimands)	Indefinite
Under 18 years	Minor offences (includes cautions, warnings and reprimands): 1 st conviction – sentence under 5 years	Length of sentence +5 years
	1 st conviction – sentence over 5 years	Indefinite
	2 nd conviction	Indefinite

WHERE ARRESTED PERSON IS NOT CONVICTED

PERSON	POLICE ACTION	TIME PERIOD
All offences	Retention allowed until the conclusion of the relevant investigation or (if any) proceedings.	
Qualifying offence	Charged	3 years (+ possible 2 year extension by a District Judge)
Qualifying offence	Arrest, not charged	3 years with consent of Biometrics Commissioner (+ possible 2 year extension by a District Judge)
Minor offence	Penalty Notice	2 years
Any/None (but retention sought on national security grounds)	Biometrics taken	5 years with national security determination of Chief Police Officer (+ possible 5 year renewals) ⁶⁶⁴

⁶⁶⁴ From 4th April 2019, this period was extended from 2 years to 5 years, pursuant to changes made to *PACE, op. cit.*, by the *Counter-Terrorism and Border Security Act 2019*, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/3/contents/enacted> (06.05.2020), Schedule 2.

N. USA

General Introduction and Context

The United States is a confederation; as such, there are both federal and state legal systems and laws. The federal legislature may only legislate in areas specifically authorized by the U.S. Constitution. All other powers are reserved to the States. Federal law takes precedence over state law where both apply. As an example, the federal government and all 50 states have laws requiring the collection of DNA samples from individuals **convicted** of certain crimes. In addition, the federal government and some, but not all, states have laws concerning the collection of DNA from individuals **arrested** for certain crimes.⁶⁶⁵ It is therefore essential to determine to which DNA databases federal law applies.

DNA databases exist on the federal, state and local levels. The level at which a given database exists will not, in and of itself, determine which laws apply to it. Local DNA databases are not necessarily required to comply with federal regulations. For example, in addition to the data which may be included under the Federal legislation, local DNA databases may include consensual DNA samples from people deemed **merely suspicious, victims, victims' family members, and witnesses** and they can set their **own protocols for expungement of data**.⁶⁶⁶ Some of these state and local databases, however, may be **subject to federal regulation** and, as a result, they may only include the data permitted under that regulation. In particular, this is the case of databases that upload data to the Combined DNA Index System (called "CODIS") operated by the Federal Bureau of Investigation ("FBI"), which are subject to the regulations governing CODIS⁶⁶⁷. Other databases on the state or local level, however, may escape regulation, at least on the Federal level.⁶⁶⁸

Although the CODIS databases are subject to significant regulation, they represent an increasingly smaller percentage of existing databases; the vast majority of local databases operate outside of CODIS and therefore outside of federal and, often, state or local statutory regulations."⁶⁶⁹ For example, they are free to include **consensual** DNA samples from people deemed **merely suspicious (including juveniles), victims, victims' family members, witnesses and citizens who responded to police DNA dragnets, which sometimes follow violent, unsolved crimes**. These consensual samples have driven the growth of local databases.⁶⁷⁰ Moreover, local law enforcement is free to set its own protocols, unconstrained by the limitations governing CODIS adopted by Congress, for including and searching partial DNA profiles in their databases and for expunging DNA records.⁶⁷¹

⁶⁶⁵ See *DNA Evidence Backlogs: Convicted Offender and Arrestee Samples* on the National Institute of Justice website available at: <https://www.nij.gov/topics/forensics/lab-operations/evidence-backlogs/Pages/convicted-offender-arrestee-samples.aspx> (Jun. 30, 2020).

⁶⁶⁶ J. Kreag, *Going Local: The Fragmentation of Genetic Surveillance*, 95 Boston University Law Review 1491, 1503, October, 2015.

⁶⁶⁷ CODIS is not only an acronym for the Combined DNA Index System, it is also the generic term used to describe the FBI's program of support for criminal justice DNA databases as well as the software used to run these databases. See: Frequently Asked Questions on CODIS and NDIS on the Federal Bureau of Investigation's website, Available at: <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet> (Jun. 30, 2020). CODIS began as a pilot software project in the 1990s, serving 14 state and local laboratories. Combined DNA Index System (CODIS), FBI website available at: <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis> (Jun. 30, 2020).

⁶⁶⁸ *Id.*

⁶⁶⁹ *Id.* at 1497-8.

⁶⁷⁰ *Id.* at 1503 [internal citations omitted].

⁶⁷¹ *Id.*

Beyond a requirement that DNA be collected for inclusion in CODIS for those **convicted** of some offenses⁶⁷², there is **no uniformity of state or local law**. Thirty-one states and the federal government allow DNA collection from **arrestees who have not yet been convicted** in some circumstances: **twenty-nine states collect DNA for at least some state felonies**, while **eight states** have laws that collect DNA from arrestees **for certain misdemeanors**. Oklahoma only collects DNA from arrestees who are unauthorized immigrants under federal immigration law. Eight states apply their arrestee laws to juveniles.⁶⁷³

Moreover, some states have more regulation than others; some databases are “regulated” only by rules that have no legal force. At least one commentator has referred to the existence of “rogue” databases that are subject to no regulation whatsoever.⁶⁷⁴ This makes it difficult, if not impossible, to provide information on a national basis concerning the regulation of DNA databases. As a result, this opinion provides only **selected illustrative examples** of regulations and does not purport to provide a complete and/or definitive description of any single legal order within the United States.

In the U.S., the 4th Amendment to the Constitution offers protection against unreasonable searches and seizures by law enforcement. At least one state DNA collection practice has thus far survived a Constitutional challenge. In *Maryland v. King*⁶⁷⁵, a 5-4 decision, the U.S. Supreme Court upheld a state statute authorizing **systematic collection of DNA from felony arrestees holding that taking a buccal swab of an arrestee**, although deemed a search under the 4th Amendment, was minimally invasive and was therefore justified by the government interest in preventing and punishing criminal acts.⁶⁷⁶

CODIS

The Federal DNA Identification Act⁶⁷⁷, enacted in 1994⁶⁷⁸, authorized the Director of the FBI to establish CODIS, a national index of: (1) DNA identification records of persons convicted of crimes, (2) analyses of DNA samples recovered from crime scenes, and (3) analyses of DNA samples recovered from unidentified human remains. Congress designated the FBI to regulate CODIS, and the FBI designed protocols to integrate the three levels into a unified whole.⁶⁷⁹ In addition, that Act specified several

⁶⁷² S. B. Berson, *Debating DNA Collection*, National Institute of Justice Journal N° 264 available at: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/228383.pdf> (June 30, 2020).

⁶⁷³ *National Council of State Legislatures' DNA Arrestee Laws fact sheet* (Updated 2018), available at: https://www.ncsl.org/Documents/cj/Arrestee_DNA_Laws.pdf (June 30, 2020).

⁶⁷⁴ E. Murphy, *License, Registration, Cheek Swab: DNA Testing and the Divided Court*, 127 Harvard Law Review 161, 172 November, 2013. (“[J]urisdictions across America engage in ‘rogue’ databasing -- the collection and recording of [DNA] samples in local and unofficial databases that need not comply with formal statutory law.”)

⁶⁷⁵ 569 U.S. 435, 133 S. Ct. 1958 (2013).

⁶⁷⁶ “[T]he Court concludes that DNA identification of arrestees is a reasonable search that can be considered part of a routine booking procedure. When officers make an arrest supported by probable cause to hold for a serious offense and they bring the suspect to the station to be detained in custody, taking and analyzing a cheek swab of the arrestee’s DNA is, like fingerprinting and photographing, a legitimate police booking procedure that is reasonable under the Fourth Amendment.” *Id.*, at 28.

⁶⁷⁷ 34 United States Code (U.S.C.) § 12592, formerly cited as 42 U.S.C. § 14132.

⁶⁷⁸ And subsequently amended, most recently by the Rapid DNA Act of 2017, Pub. Law 115–50 of August 18, 2017.

⁶⁷⁹ See Federal Bureau of Investigation, *National DNA Index System (NDIS) Operational Procedures Manual* (Version 8, 8 April 2019), available at: <https://www.fbi.gov/file-repository/ndis-operational-procedures-manual.pdf/view> (Jun. 30, 2020) (describing the individuals covered by CODIS, the types of records stored and searched, the practices for storing, accessing, and retaining the DNA records, and records access procedures).

standards for those laboratories that contribute profiles to the national index system, including privacy protection standards related to the information in the national index system. Limitations on CODIS include, for example, certain quality controls⁶⁸⁰ (including the minimum number of "core loci" for the inclusion in CODIS of various types of partial DNA profiles⁶⁸¹) and requirements on law enforcement's ability to search the database manually⁶⁸². The Act also established criminal penalties for individuals who knowingly violate the privacy protection standards, and provided that access to the national index system is subject to cancellation if the quality control and privacy requirements are not met.⁶⁸³

Content

Pursuant to the DNA Identification Act the following categories of forensic/offender DNA records may be stored and searched in CODIS:

- Arrestee
- Convicted Offender
- Detainee
- Forensic Mixture
- Forensic Partial
- Forensic Unknown
- Juvenile
- Legal
- Multi-allelic Offender⁶⁸⁴

Forensic mixture, forensic partial and forensic unknown DNA records⁶⁸⁵ must originate from and/or be associated with a documented crime scene for a solved or an unsolved crime, must be believed to be associated with the perpetrator, and any elimination samples that may exist must have been requested.⁶⁸⁶ DNA taken directly from a suspect or an object in a suspect's possession are NOT considered "forensic" and are generally not eligible to be stored in the National DNA Index System (NDIS). If, however, a State has legislation that permits suspect DNA to be stored in its State database, such State can request that the data be uploaded to NDIS.⁶⁸⁷

⁶⁸⁰ J. Kreag, *Going Local: The Fragmentation of Genetic Surveillance*, 95 Boston University Law Review 1491, 1502, October, 2015.

⁶⁸¹ See NDIS MANUAL, Chapter 4.2., 4.2.2. CODIS prohibits the inclusion of profiles generated from a small amount of biological material -- so-called Low Template or Low Copy DNA processing. These prohibitions prevent the inclusion of many profiles obtained from crime-scene evidence. This is so because crime-scene profiles are often partial profiles as a result of the low level of biological material collected or because some of the biological material was degraded or otherwise compromised. See *United States v. Morgan*, 53 F. Supp. 3d 732, 735-36 (S.D.N.Y. 2014) (characterizing Low Copy processing as used when there is less than 100 picograms of material).

⁶⁸² NDIS MANUAL, Chapter 5.3.

⁶⁸³ Combined DNA Index System Operational and Laboratory Vulnerabilities, Audit Report 06-32, May 2006, Office of the Inspector General, available at: <https://oig.justice.gov/reports/FBI/a0632/laws.htm#48> (Jun. 30, 2020).

⁶⁸⁴ NDIS MANUAL Chapter 3.1.1.

⁶⁸⁵ Items taken directly from the suspect are considered deduced suspect samples, not forensic unknowns, and are not eligible for upload to NDIS. See: Frequently Asked Questions on CODIS and NDIS on the Federal Bureau of Investigation's website, Available at: <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet> (Jun. 30, 2020).

⁶⁸⁶ NDIS MANUAL Chapter 3.1.1.1.

⁶⁸⁷ NDIS MANUAL Chapter 3.1.1.

More specifically, the database includes:

- (1) DNA identification records of:
 - (A) persons **convicted** of crimes;
 - (B) persons who have been **charged** in an indictment or information with a crime; and
 - (C) other persons whose DNA samples are collected under applicable legal authorities, provided that DNA samples that are voluntarily submitted solely for elimination purposes are not included in the National DNA Index System;⁶⁸⁸
- (2) analyses of DNA samples recovered from **crime scenes**;
- (3) analyses of DNA samples recovered from **unidentified human remains**; and
- (4) analyses of DNA samples **voluntarily contributed** from relatives of missing persons.⁶⁸⁹

CODIS uses Short Tandem Repeat Polymorphism (“STR”) of originally 13, now 20 genome locations.⁶⁹⁰ Currently, DNA data generated through PCR Short Tandem Repeat (STR) technology, Y chromosome STR (Y STR) technology, and Mitochondrial DNA (mtDNA) technology are accepted at NDIS.⁶⁹¹ Y STR and mtDNA data are only searched with the missing person-related indexes. No personally identifying information is databased.⁶⁹²

CODIS also includes rapid DNA analysis. Rapid DNA is a new technique that can analyze DNA samples in about 90 minutes, instead of days or even weeks, as it took previously. The Rapid DNA Act⁶⁹³ establishes a system for Rapid DNA’s nationwide coordination among law enforcement departments, by connecting it to the FBI’s Combined DNA Index System. Rapid DNA was used for the first time ever in a criminal investigation in 2013, to apprehend burglars who stole more than \$30,000 worth of items from an Air Force Member’s Florida home. The Act became law on August 18, 2017⁶⁹⁴.

Structure and Permitted Use

The CODIS hierarchy has three levels: on the federal level, the National DNA Index System includes the federal offender database, and federal forensic unknown profiles as well as state-uploaded forensic and offender profiles from all of the states; on the state level, the State DNA Index System (“SDIS”) includes samples from laboratories at the state level and data uploaded from local laboratories; and

⁶⁸⁸ 34 U.S.C. § 12592(a)(1).

⁶⁸⁹ 34 U.S.C. § 12592(a)(2).

⁶⁹⁰ E. Murphy, *DNA in the Criminal Justice System* 64 UCLA Law Review Discourse 340 (2016) available at: <https://www.uclalawreview.org/dna-in-the-criminal-justice-system-a-congressional-research-service-report-from-the-future/> (Jun. 25, 2020). For additional information concerning the specific genome locations see FBI website “Frequently Asked Questions on CODIS and NDIS” available at: <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet> (Jun. 30, 2020).

⁶⁹¹ See: Frequently Asked Questions on CODIS and NDIS *op. cit.* Available at: <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet> (Jun. 30, 2020).

⁶⁹² NDIS MANUAL at p. 5 (detailing the “DNA Community Involvement” in the construction of the software and index).

⁶⁹³ See GovTrack’s H.R. 510: Rapid DNA Act of 2017 available at: <https://www.govtrack.us/congress/bills/115/hr510/summary> (June 25, 2020).

⁶⁹⁴ Full text available at: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/510/text/pl> (Jun. 30, 2020).

the Local DNA Index System (“**LDIS**”), which contains samples generated by local or regional crime labs.⁶⁹⁵ NDIS, SDIS and LDIS **are all subject to federal regulation**. Other than the legislatively mandated offender profiles, forensic DNA profiles are obtained primarily on the local level, where they are generated, which are uploaded to the state and possibly the national level, based on various laws and regulations. That said, not all DNA profiles generated by an LDIS lab may be uploaded to SDIS (or uploaded to NDIS). Additional restrictions apply to eligibility of profiles at each higher level in the CODIS system.⁶⁹⁶

The FBI is responsible for ensuring that the DNA records in the national index are based on analyses performed by or on behalf of a criminal justice agency (or the Secretary of Defense) in accordance with publicly available Quality Assurance Standards for Forensic DNA Testing and DNA Databasing Laboratories.⁶⁹⁷ Laboratories participating in NDIS must be accredited, and undergo external audits, not less than once every 2 years.⁶⁹⁸ The law also provides specifically for the use by criminal justice agencies of approved Rapid DNA instruments and FBI standards and procedures.⁶⁹⁹ These quality requirements may be enforced by cancellation of access to NDIS.⁷⁰⁰ Disclosure of stored DNA samples and DNA analyses are permitted only

- (A) to criminal justice agencies for **law enforcement identification** purposes;
- (B) in **judicial proceedings**, (pursuant to applicable statutes or rules);
- (C) **for criminal defense purposes, to a defendant**, who shall have access to samples and analyses performed in connection with the case in which such defendant is charged; or
- (D) if personally identifiable information is removed, for a population statistics database, for identification research and protocol development purposes, or for quality control purposes.⁷⁰¹

Three Early Examples of non-CODIS Databases

The Police Department in **Palm Bay**, in Brevard County, **Florida** was the first local law enforcement agency in the U.S. to create a local, non-CODIS DNA database. Its program began in late 2006 when a representative from a private DNA laboratory approached the Police chief at a conference with a proposition. In order to test its theory that there was a significant business opportunity in demonstrating the viability of using DNA analysis for high-volume property crimes, the lab offered free DNA processing for one year for as many DNA samples as the Palm Bay Police Department could collect from individuals and crime scenes. In order to maximize the number of DNA profiles the officers would collect, the lab also offered to train every Palm Bay police officer in how to collect samples from individuals and crime scenes.⁷⁰²

Based on the results of Palm Bay’s database, other law enforcement agencies in Brevard County ultimately created their own local databases. By the end of 2013, these various law enforcement

⁶⁹⁵ R. Harmon, *The Power of LDIS*, Forensic Magazine, Tue, 04/16/2013 - 4:38pm, available at: <https://www.forensicmag.com/article/2013/04/power-ldis> (Oct. 9, 2017).

⁶⁹⁶ *Id.*

⁶⁹⁷ 34 U.S.C. § 12592(b)(1).

⁶⁹⁸ 34 U.S.C. § 12592(b)(2).

⁶⁹⁹ *Id.*

⁷⁰⁰ 34 U.S.C. § 12592(c).

⁷⁰¹ 34 U.S.C. § 12592(b)(3) which provide that the FBI will only allow the inclusion and search of DNA profiles if the profiles were processed by public DNA laboratories that are a part of the CODIS network and meet the quality requirements.

⁷⁰² Krag, *op.cit.* at 1507 [internal citations omitted].

agencies reached an agreement to pool their local databases, creating a mini-regional network of local databases in Brevard County. As of June 2014, this network included over 13,000 DNA profiles from known individuals and crime-scene samples.⁷⁰³

Bensalem Township, in Bucks County, **Pennsylvania**, was another pioneer in developing local DNA databases, but took a different approach to building its database.⁷⁰⁴ Bensalem began its local database in June 2010 after hearing reports of Palm Bay’s success. By June 2014, Bensalem Township had built a local database of 5,400 profiles, split evenly between profiles from reference samples and profiles obtained from crime-scene evidence. Bensalem’s officers aggressively try to collect consensual DNA samples from **all arrestees and any individuals who, for whatever reason, raise the suspicion of police**. Bensalem’s internal regulations do provide some limits: “[i]f the individual is a suspect of criminal activity, he/she must consent to giving the buccal swab specifically for DNA purposes” before police will collect a sample, and the consent must be “knowing and voluntary”. In addition, the internal regulations add that if the suspect is a juvenile, “parental consent is required.”⁷⁰⁵

Bensalem has opted **not to include** in its database profiles generated from DNA samples provided by **victims, or those of individuals collected without their knowledge**, for inclusion in its database, and it has **declined to pursue familial DNA searches**. Furthermore, Bensalem provides for **expungement of profiles upon receipt of a letter** from the subject of the profile requesting removal of his or her DNA profile.⁷⁰⁶

In May 2014 the **Arizona Department of Public Safety** (“DPS”) Crime Laboratory, announced the creation of the **first statewide, non-CODIS** database. Palm Bay and Bensalem were forced to start their databases from scratch. When the Arizona DPS made the decision to build a non-CODIS database, however, it already had over 300,000 DNA profiles in the state’s SDIS database, which is part of the CODIS network. After consultation with the Arizona Attorney General’s Office, DPS essentially copied the existing data and created a second parallel database that does not participate in CODIS and therefore operates within the exclusive control of the Arizona DPS, completely outside of the national regulatory regime Congress created for CODIS (federal law). Arizona has combined **Rapid DNA processing** with additional database capabilities to create a statewide database **designed specifically to generate investigative leads**. The Arizona database uses **familial DNA searching**, includes DNA profiles from **suspects, not just arrestees and convicted offenders**, and nearly instantaneous notification via text message or email to DPS officers of any hits generated in the database.⁷⁰⁷

As an example of some of the particularities of the Arizona DNA policies, Arizona Statute § 13-610 provides for mandatory DNA sampling of all persons convicted of felonies and **sex-crime misdemeanors (including juveniles)**, persons charged with certain crimes who are summoned to appear in court as well as **arrestees for certain dangerous, serious, violent and/or sex-related crimes and misdemeanors**.⁷⁰⁸ The DNA and/or analysis may be used only for law enforcement identification purposes, in a criminal prosecution or juvenile adjudication or a proceeding concerning sexually violent persons.⁷⁰⁹ Samples of blood and other bodily substances are to be **maintained for 35 years**⁷¹⁰. Nonetheless, if charges are not filed within the requisite period of time, there is an acquittal or the

⁷⁰³ *Id.*

⁷⁰⁴ *Id.* at 1511.

⁷⁰⁵ *Id.* at 1513.

⁷⁰⁶ *Id.*

⁷⁰⁷ *Id.* at 1514 *et seq.*

⁷⁰⁸ Arizona Revised Statutes §13-610.

⁷⁰⁹ Arizona Revised Statutes §13-610(I).

⁷¹⁰ Arizona Revised Statutes §13-610(H)(3).

conviction is overturned, the DNA is to be expunged.⁷¹¹ Since then other states, such as California, have also created parallel databases.⁷¹²

Although not a product of specific legislation, a practice developed in **Orange County, California** is worth noting. Officially named the “DNA Collection and Crime Deterrence Program” but unofficially referred to as “**spit and acquit**”, a procedure of collecting defendants' DNA in exchange for a reduction or outright dismissal of criminal charges, including felony drug charges was established by the Orange County District Attorney.⁷¹³ In order to avoid a Constitutional challenge to the practice, only persons that agree, in writing, not to challenge the DNA sample requirement, and then state on video that they give the DNA voluntarily, without force or threats to them, or their loved ones, actually have DNA taken from them. At least one source claims⁷¹⁴ that the DNA collection lab used by Orange County is not a state qualified lab, and is not approved by the State, which likely means that the database is not subject to California or Federal law.

1. Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile

1.1 Federally regulated databases

CODIS was designed to compare a target DNA record against the DNA records contained in the database.⁷¹⁵ The DNA profile, also known as a DNA type, is stored in the database. For Forensic STR DNA analysis, the DNA profile consists of one or two alleles at the 20 CODIS Core Loci.⁷¹⁶

No personal identifiers of the offenders, arrestees, or detainees **are stored using the CODIS software** (for missing persons, records stored at NDIS, available metadata, such as the date of birth, may be included.) Only the following information is stored and can be searched at the national level:

1. The DNA profile—the set of identification characteristics or numerical representation at each of the various loci analyzed;
2. The Agency Identifier of the agency submitting the DNA profile;
3. The Specimen Identification Number—generally a number assigned sequentially at the time of sample collection. This number does not correspond to the individual’s social security number, criminal history identifier, or correctional facility identifier; and

⁷¹¹ Arizona Revised Statutes §13-610(J).

⁷¹² California Bureau of Forensic Sciences (“BFS”) (part of AG’s office) has its own parallel database see: <https://oag.ca.gov/bfs/prop69/faqs> (Jun. 30, 2020). None of the three bills, (Senate Bill No. 757, Senate Bill No. 781, and Assembly Bill No. 16, each of which would have added certain misdemeanors to the list of offenses in connection with which buccal swabs would be required) which were pending in the California Legislature when the initial legal opinion was delivered, were adopted by the California legislature.

⁷¹³ E. N., Jones, *'Spit and Acquit': Legal and Practical Ramifications of the DA's DNA Gathering Program* (Apr. 14, 2011). Orange County Lawyer Magazine, Vol. 51, No. 9, September 2009. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1809997> (Jun. 30, 2020).

⁷¹⁴ WHY DOES THE ORANGE COUNTY DA REQUIRE DNA? Blog of Robert Miller & Associates, Posted on July 26, 2016, available at: <https://www.expertlawfirm.com/why-does-the-orange-county-da-require-dna-for-oc-cases/> (Jun. 30, 2020).

⁷¹⁵ See: Frequently Asked Questions on CODIS and NDIS on the Federal Bureau of Investigation’s website, Available at: <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet> (Jun. 30, 2020).

⁷¹⁶ *Id.*

4. The DNA laboratory personnel associated with a DNA profile analysis.

1.2 State and local databases

This is an area in which there is significant variation among the states. **Three states – Indiana, Rhode Island and Wyoming – specifically prohibit forensic DNA phenotyping.** In Indiana, the “information contained in the Indiana DNA data base may not be collected or stored to obtain information about human physical traits or predisposition for disease.”⁷¹⁷ Rhode Island law provides that “DNA samples and DNA records collected under this chapter shall be used only for law enforcement identification purposes or to assist in the recovery of identification of human remains from disasters or for other humanitarian identification purposes, including identification of missing persons”⁷¹⁸ and that “DNA samples and DNA records collected under this chapter shall never be used under the provisions of this chapter for the purpose of obtaining information about physical characteristics, traits or predispositions for disease.”⁷¹⁹ Wyoming law stipulates that the “information contained in the state DNA database shall not be collected or stored for the purpose of obtaining information about physical characteristics, traits or predisposition for disease.”⁷²⁰

California law specifically provides: “The DNA and forensic identification database and databank and the Department of Justice DNA Laboratory shall not be used as a source of genetic material for testing, research, or experiments, by any person, agency, or entity seeking to find a causal link between genetics and behavior or health.”⁷²¹

The State of **Vermont** does not generally prohibit phenotyping, but **forbids DNA analysis ‘for identification of any medical or genetic disorder.’**⁷²² **Texas**, however, **allows forensic phenotyping** to trace unknown suspects, since the law excludes “information about human physical traits or predispositions for disease unless the purpose for obtaining the information is related to a purpose described by this section,” which includes “the investigation of an offense, the exclusion or identification of suspects, and the prosecution of the case.”⁷²³ Many other states’ laws use formulations that arguably cover forensic phenotyping for tracing an unknown suspect (*e.g.* For example, to “**determine identification characteristics specific to the person**” (**Connecticut, Georgia, New Hampshire**), and for “**DNA identification testing, typing, and analysis (South Carolina).**”⁷²⁴

All fifty States as well as the District of Columbia and the Federal government have enacted statutes to allow defendants post-conviction access to DNA to test at their own costs.⁷²⁵

⁷¹⁷ Indiana Code §10-13-6-16.

⁷¹⁸ Rhode Island General Laws Annotated (R.I. GEN. LAWS ANN.) § 12-1.5-10(4) (West 2012).

⁷¹⁹ R.I. GEN. LAWS ANN § 12-1.5-10(5).

⁷²⁰ Wyoming Statute (WY ST) § 7-19-404(c).

⁷²¹ California Penal Code § 295.2

⁷²² 20 Vermont Statutes Annotated §1937(b).

⁷²³ *Forensic DNA Phenotyping: Regulatory Issues*, August 2007, p. 8, available at: http://works.bepress.com/bert_jaap_koops/1 (Jun. 30, 2020).

⁷²⁴ *Id.*

⁷²⁵ See 18 U.S.C. § 3600 Ala.Code 1975 § 15-18-200 (2009); AK Stat. § 12.73.010 (2011); Ariz.Rev.Stat. Ann. § 13-4240 (West 2001); Ark.Code Ann. § 16-112-202 (2006); Cal.Penal Code Ann. § 1405 (West Supp.2009); Colo.Rev.Stat. Ann. § 18-1-413 (2008); Conn. Gen.Stat. § 52-582 (2009); Del.Code Ann., Tit. 11, § 4504 (2007); D.C.Code §§ 22-4133 to §§ 22-4135 (2008 Supp.); Fla. Stat. § 925.11 (2007); Ga.Code Ann. § 5-5-41 (Supp.2008); Haw.Rev.Stat. § 844D-123 (2008 Cum.Supp.); Idaho Code § 19-4902 (Lexis 2004); Ill. Comp. Stat., ch., 725, § 5/116-3 (West 2006); Ind.Code Ann. § 35-38-7-5 (West 2004); Iowa Code § 81.10 (2009); Kan. Stat. Ann. § 21-2512 (2007); Ky.Rev.Stat. Ann. § 422.285 (Lexis Supp.2008); La.Code Crim. Proc. Ann., Art. 926.1 (West Supp.2009); Me.Rev.Stat. Ann., Tit. 15, § 2137 (Supp.2008); Mass. General Laws 278A; Md.Crim. Proc.Code Ann. § 8-201 (Lexis 2008); Mich. Comp.

2. Familial DNA Searches

2.1 Federally regulated databases

Familial searching is **not currently performed at NDIS**. The FBI therefore does not regulate this type of search at the state level. This does not necessarily mean that CODIS does nothing in this area. Familial searches may exceptionally be performed in the context of a missing person investigation.⁷²⁶ Moreover, CODIS may provide information that can assist local law enforcement in determining whether familial DNA testing may be warranted in a particular case.

A high stringency search means that all thirteen alleles from the two samples being compared must match. A medium or moderate stringency match is specifically dictated by the searcher, who may define exactly how many allele matches they would like.⁷²⁷ Finally, a low stringency search will return matches in which at least one allele is similar.⁷²⁸ The results of moderate and low stringency searches are called partial matches, while the result of a high stringency search is designated a full match.⁷²⁹

A partial match surfaces in two ways. The first is by running a degraded sample of DNA against the offender index in the hopes of getting a “cold hit.”⁷³⁰ The second is by running a full forensic sample against the offender index in search of a sample that has some, but not all, of the alleles in common.⁷³¹ In the event a partial match is found, the identity of the matched person is not considered a suspect, but rather a pivot.⁷³² A pivot “functions as a genetic beacon who may point the way to the actual source, someone who shares a similar profile with the pivot—a family member.”⁷³³ After finding either the identity of a cold hit, or a pivot, the law enforcement officer is able to proceed with the investigation armed with a starting place for their questioning. It is in this fashion that CODIS facilitates familial DNA testing.⁷³⁴

Laws Ann. § 770.16 (West Supp.2009); Minn.Stat. § 590.01 (2008); Miss. Stat. § 99-39-1(2010); Mo.Rev.Stat. § 547.035 (2008 Cum.Supp.); Mont.Code Ann. § 46-21-110 (2007); Neb.Rev.Stat. § 29-4120 (2008); Nev.Rev.Stat. § 176.0918 (2007); N.H.Rev.Stat. Ann. § 651-D:2 (2007); N.J. Stat. Ann. § 2A:84A-32a (West Supp.2009); N.M. Stat. Ann. § 31-1a-2 (Supp.2008); N.Y.Crim. Proc. Law Ann. § 440.30(1-a) (West 2005); N.C. Gen.Stat. Ann. § 15A-269 (Lexis 2007); N.D. Cent.Code Ann. § 29-32.1-15 (Lexis 2006); Ohio Rev.Code Ann. § 2953.72 (Lexis Supp.2009); Okla. Stat. Ann. tit. 22, § 1373 (2013); Ore.Rev.Stat. § 138.690 (2007); 42 Pa. Cons.Stat. § 9543.1 (2006); R.I. Gen. Laws § 10-9.1-11 (Supp.2008); S.C.Code Ann. § 17-28-30 (Supp.2008); S. Dak. Cod. L. 23-5B-1; Tenn.Code Ann. § 40-30-304 (2006); Tex.Code Crim. Proc. Ann., Arts. 64.01-64.05 (Vernon 2006 and Supp.2008); Utah Code Ann. § 78B-9-300 to 78B-9-304 (Lexis 2008 Supp.); Vt. Stat. Ann., Tit. 13, § 5561 (Supp.2008); Va.Code Ann. § 19.2-327.1 (Lexis 2008); Wash. Rev.Code § 10.73.170 (2008); W. Va.Code Ann. § 15-2B-14 (Lexis Supp.2008); Wis. Stat. § 974.07 (2005-2006); Wyo. Stat. Ann. § 7-12-303 (2008 Supp.).

⁷²⁶ See: Frequently Asked Questions on CODIS and NDIS *op.cit.*

⁷²⁷ Jessica D. Gabel, *Probable Cause from Probable Bonds: A Genetic Tattle Tale Based on Familial DNA*, 21 *Hastings Women’s Law Journal* 3, 7 (2010) at 17.

⁷²⁸ *Id.*

⁷²⁹ *Id.*

⁷³⁰ *Id.* at 17-18.

⁷³¹ *Id.* at 18.

⁷³² *Id.*

⁷³³ *Id.*

⁷³⁴ Paddock A. *It’s All Relative: Familial DNA Testing and the Fourth Amendment*, *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2011; 12(2):851-77, at 857-8, citing Gabel, *op.cit.* at 17.

2.2 State and locally regulated databases

Here, again, there is significant variation from state to state⁷³⁵ and may also vary from agency to agency. **Fourteen states now have familial searching protocols** in place: Arizona, Arkansas, California, Colorado, Florida, Michigan, Minnesota, New York, Ohio, Texas, Utah, Virginia, Wisconsin and Wyoming⁷³⁶ currently perform familial searching^{737 738}

Most of these jurisdictions restrict the number or types of searches that may be performed. For example, a jurisdiction may limit searches to cold cases or to matters that have an impact on public safety such as major crimes of violence. Further, these jurisdictions expressly enumerate the scope of familial searches in their policies and procedures. In 2008, California was the first state to regulate familial DNA searches. California's comprehensive policy provides that searches may only be requested as a "last resort" when all other investigative methods have been explored, and the matter involves a major crime of violence. Colorado, Wisconsin, Virginia, Michigan, Texas, Wyoming, Utah, and Florida have followed suit by creating protocols for these searches. Since 2012, Ohio has also authorized familial DNA searches, but it has created a 12-page protocol that must be followed. New York's legislature was unable to enact a law on the topic, but in June 2017, the State Commission on Forensic Science approved FDS use in unsolved cases that present a public safety threat, such as murders, rapes, and arsons. According to very strict requirements, all search requests must be endorsed by the state police, Division of Criminal Justice Services, District Attorney, and local law enforcement. Next, the results must be reviewed by the forensic center of the state police before they may be given to the initiating police department.[citations omitted]⁷³⁹

⁷³⁵ For a discussion of types of regulation of familial testing in those states that allow it, see: Allison Murray et al., *Familial DNA Testing Current Practices and Recommendations for Implementation*, 9 INVEST. SCI. J. 1, 3 (2017).

⁷³⁶ Zeevi, J.M., *DNA is Different: An Exploration of the Current Inadequacies of Genetic Privacy Protection in Recreational DNA Databases*, 93 St. John's L. Rev. 767 (2019); Murray, A. et al., *Familial DNA Testing: Current Practices and Recommendations for Implementation*, 9 Investigative Sciences Journal 4, (September 2017) available at: <file:///C:/Users/Karen/Downloads/17782-Article%20Text-70245-1-10-20170908.pdf> (May 26, 2020).

⁷³⁷ See, for example, policies/procedures available at: http://ag.ca.gov/cms_attachments/press/pdfs/n1548_08-bfs-01.pdf and [Colorado Bureau of Investigation - DNA Familial Search Policy](#). For suggested guidelines on familial search legislation see: Nieto, A., *Familial Searching: How Implementing Minimum Safeguards Ensures Constitutionally-Permissible Use of this Powerful Investigative Tool*, 40 Cardozo Law Review 4 (2019) available at: <http://cardozolawreview.com/familial-searching/> (Jun. 25. 2020).

⁷³⁸ Please note that these jurisdictions use specially-designed software (not CODIS software) to perform familial searching of their databases. For more detailed information see: Piquado, T, et al., *Forensic Familial and Moderate Stringency DNA Searches: Policies and Practices in the United States, England, and Wales*, Rand Corporation (2019) available at: https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR3209.html (Jun. 25. 2020); Global Justice Information Sharing Initiative, *An Introduction to Familial DNA Searching for State, Local, and Tribal Justice Agencies*, available at: <file:///C:/Users/Karen/Downloads/An%20introduction%20to%20familial%20DNA%20searching1.pdf> (Jun. 25. 2020).

⁷³⁹ Hodge, S. D. Jr., *Current Controversies in the Use of DNA in Forensic Investigations*, 48 University of Baltimore Law Review 39, 53 (Fall, 2018).

Of the states that allow familial searching, some have put into place protocols, policies and/or procedures to provide guidance to law enforcement concerning such searches.⁷⁴⁰ As one commentator has suggested:

Though the policies vary by state, there are general protective measures that most—if not all—of the states include in their policies. The first of these protective measures is the “case requirement.” Under most policies, only violent cases causing serious injury or death, or cases that present a continuing threat of imminent and serious harm to the community, which remain unsolved after exhausting traditional investigative leads, qualify for Familial Searches. [...] The second protective measure is the “sample requirement.” Most policies require that the forensic unknown DNA profile is a single source, complete profile produced after analyzing the crime scene sample. Finally, there must usually be an agreement in writing between the chief law enforcement officer, the director of the state’s forensic science division (or the director of the database to be searched), and the state Attorney General (or the local District Attorney), affirming that the case and sample requirements are met, and that a Familial Search would be appropriate under the circumstances. [Internal citations omitted]⁷⁴¹

Two jurisdictions, Maryland⁷⁴² and the District of Columbia⁷⁴³, have passed laws specifically prohibiting familial searching.⁷⁴⁴

2.3 Additional databases

In 2018, California law enforcement entered crime-scene DNA from a cold serial killer case (referred to as the Golden State Killer) into a public genealogy and DNA database. The DNA of one of the killer’s relatives appeared in that database, eventually leading to the identification and arrest of a suspect who

⁷⁴⁰ E.g. California: see <http://www.dnaresource.com/documents/CAfamilialpolicy.pdf> (Jun. 30, 2020); Colorado: see <http://www.dnaresource.com/documents/ColoradoPolicy.pdf> (Jun. 30, 2020); Ohio: <https://www.ohioattorneygeneral.gov/Files/Briefing-Room/News-Releases/BCI/Familial-Search-Policy-and-Procedures.aspx> (Jun. 30, 2020); Virginia: see <http://www.dnaresource.com/documents/VirginiaPolicy.pdf> (Jun. 25, 2020); .

⁷⁴¹ Nieto, A., *Familial Searching: How Implementing Minimum Safeguards Ensures Constitutionally-Permissible Use of this Powerful Investigative Tool*, 40 *Cardozo Law Review* 1765, 1772, (2019) available at: <http://cardozolawreview.com/familial-searching/> (Jun. 30, 2020).

⁷⁴² Maryland Public Safety Code § 2-506 provides as follows:
 (a) DNA records: Each DNA record of identification characteristics that results from DNA testing under this subtitle shall be stored and maintained only by the Crime Laboratory in the statewide DNA data base system, except as necessary to participate in CODIS.
 (b) DNA samples: Each DNA sample obtained under this subtitle shall be stored securely and maintained only by the Crime Laboratory in the statewide DNA repository.
 (c) Typing results: Typing results shall be stored securely in the statewide DNA data base system.
 (d) Limitation of search of statewide DNA data base: A person may not perform a search of the statewide DNA data base for the purpose of identification of an offender in connection with a crime for which the offender may be a biological relative of the individual from whom the DNA sample was acquired.

⁷⁴³ D.C. Code § 22–4151(b) available at: <https://code.dccouncil.us/dc/council/code/sections/22-4151.html> (Jun. 30, 2020).

⁷⁴⁴ These laws are available at <http://law.justia.com/codes/maryland/2010/public-safety/title-2/subtitle-5/2-506/> (Jun. 30, 2020) and <http://law.justia.com/codes/district-of-columbia/2012/division-iv/title-22/subtitle-iii-a/chapter-41b/section-22-4151.html> (Jun. 30, 2020), respectively.

has now been charged with multiple rapes and murders⁷⁴⁵. Since then, other states have begun using genetic genealogy, particularly to solve cold cases. For example, this technique was used to solve the 1986 rape and murder of a 12-year-old and the 1967 rape and murder of a 20-year-old woman in Washington, as well as the 1992 rape and murder of a 25-year-old teacher in Pennsylvania.⁷⁴⁶ One source estimates that more than 60 criminal cases were solved using genetic genealogy in the year after the Golden State Killer's arrest.⁷⁴⁷ Most, if not all, of these databases are private and the rules concerning access to their content may vary considerable.⁷⁴⁸

2.4. Interim DOJ policy on emerging methods to generate new investigative leads

In the face of this new trend, in order “to balance the Department’s relentless commitment to solving violent crimes and protecting public safety against equally important public interests – such as preserving the privacy and civil liberties of all citizens,”⁷⁴⁹ on September 24, 2019, the U.S. Department of Justice announced the issuance of its Interim Policy on Forensic Genetic Genealogical DNA Analysis and Searching⁷⁵⁰ (“Interim Policy”) which became effective as of Nov. 1, 2019. The following is a summary of that policy.

If the search of an FGG profile results in one or more apparent **genetic associations**, this may be **used by law enforcement but only as an investigative lead**. No suspect may be arrested based solely on such an apparent genetic association. If a suspect is then identified as a result, STR DNA typing must be performed, and the suspect’s STR DNA profile must be directly compared to the forensic profile previously uploaded to CODIS.⁷⁵¹

The use of FGGS may be considered when a case involves an **unsolved violent crime**⁷⁵² and the CODIS forensic sample is from a suspect, or when a case involves what is reasonably believed by investigators to be the **unidentified remains of a suspected homicide victim** (‘unidentified human remains’).⁷⁵³

⁷⁴⁵ G. Canon, *Judge allows additional DNA collection in accused Golden State Killer's trial*, USA Today, Mar. 13, 2020 available at: <https://eu.usatoday.com/story/news/politics/2020/03/12/judge-allows-additional-dna-collection-accused-golden-state-killer-trial/5037068002/> (Jun. 30, 2020).

⁷⁴⁶ Cassidy, K. P., *DNA Evidence in Sexual Assault Cases, Past Trends and Future Potential*, 34-FALL Crim. Just. 37, 1 American Bar Association (Fall 2019).

⁷⁴⁷ *Id.*

⁷⁴⁸ See, S. Skeva, M. HD Larmuseau & M. Shabani, *Review of policies of companies and databases regarding access to customers’ genealogy data for law enforcement purposes*, Personalized Medicine Vol. 17, No. 2, Published Online: 3 Mar 2020, available at: <https://doi.org/10.2217/pme-2019-0100> (Jun. 30, 2020).

⁷⁴⁹ <https://www.justice.gov/opa/pr/department-justice-announces-interim-policy-emerging-method-generate-leads-unsolved-violent> (Jun. 30, 2020).

⁷⁵⁰ Available at: <https://www.justice.gov/olp/page/file/1204386/download> (Jun. 30, 2020). According to the Interim Policy, “‘forensic genetic genealogical DNA analysis and searching,’ or ‘FGGS,’ means the forensic genetic genealogical DNA analysis of a forensic or reference sample of biological material by a vendor laboratory to develop an FGG profile and the subsequent search of that profile in a publicly-available opendata personal genomics database or a direct-to-consumer genetic genealogy service” in order to generate leads for unsolved violent crimes.

⁷⁵¹ Interim Policy, *op.cit.*, p. 4.

⁷⁵² As used in the Interim Policy, “the term ‘violent crime’ means any homicide or sex crime, including a homicide investigation during which FGGS is used in an attempt to identify the remains of a suspected homicide victim. It also includes other serious crimes and criminal offenses designated by a GG service for which investigative use of its service by law enforcement has been authorized by that service. In addition, the prosecutor may authorize the investigative use of FGGS for violent crimes or attempts to commit violent crimes other than homicide or sexual offenses when the circumstances surrounding the criminal act(s) present a substantial and ongoing threat to public safety or national security.

⁷⁵³ Interim Policy, *op.cit.*, p. 4.

Before an investigative agency may attempt to use FGGS, the forensic profile derived from the sample must have been uploaded to CODIS, and subsequent CODIS searches must have failed to produce a probative and confirmed DNA match. Moreover:

[t]he investigative agency with jurisdiction of either the crime or the location where the unidentified human remains were discovered (if different) must have pursued reasonable investigative leads to solve the case or to identify the unidentified human remains. Finally, when applicable, relevant case information must have been entered into the National Missing and Unidentified Persons System ('NamUs') and the Violent Criminal Apprehension Program ('ViCAP') national database⁷⁵⁴

Investigative agencies are required to **identify themselves** to the genetic genealogy ("GG") services **as law enforcement** and may only search FGG profiles in those GG services that explicitly **notify their users and the public** that law enforcement may have access to the GG service's data to investigate crimes or to identify unidentified human remains.

Where a third party (not a suspect) appears to have a closer kinship to the source of the forensic sample be useful, a DNA sample for FGGS from such third party may only be obtained with informed consent, the investigative "concludes that case-specific circumstances provide reasonable grounds to believe that this request would compromise the integrity of the investigation."⁷⁵⁵ FGG analysis of any covertly-collected reference sample will require a search warrant.⁷⁵⁶

The Interim Policy specifically provides that "[b]iological samples and FGG profiles shall not be used by investigative agencies, [...] or others to determine the sample donor's genetic predisposition for disease or any other medical condition or psychological trait."⁷⁵⁷

3. Retention and Deletion of DNA Profiles

3.1 Federally regulated databases

Laboratories participating in the NDIS are required to expunge qualifying profiles from the National Index under the following circumstances:

1. For **convicted offenders**, if the participating laboratory receives a certified copy of a **final court order** documenting the **conviction has been overturned**; and
2. For **arrestees**, if the participating laboratory receives a certified copy of a **final court order** documenting the **charge has been dismissed, resulted in an acquittal, or no charges have been brought** within the applicable time period.⁷⁵⁸

More specifically, the FBI director must expunge DNA analysis from CODIS in the following cases:

⁷⁵⁴ *Ibid.* "Reasonable investigative leads" are credible, case-specific facts, information, or circumstances that would lead a reasonably cautious investigator to believe that their pursuit would have a fair probability of identifying a suspect.

⁷⁵⁵ *Id.* at 6.

⁷⁵⁶ *Id.*

⁷⁵⁷ *Id.* at 7.

⁷⁵⁸ See Frequently Asked Questions on CODIS and *op.cit.*

1. where included on the basis of a conviction for an offense under Federal law or the law of the District of Columbia upon receipt of a final court order overturning the conviction
2. where included on the basis of a Federal arrest upon receipt by the Attorney General a final court order establishing, for each charge on the basis of which the analysis was or could have been included, that such charge has been dismissed, has resulted in an acquittal, or was not filed within the applicable time period⁷⁵⁹

Finally, as a result of its emphasis on building a database of convicted offenders and arrestees, the FBI's regulations prohibit the inclusion of DNA profiles from individuals, including suspects, who provide law enforcement with consensual DNA samples.⁷⁶⁰

3.2 State and local databases

The **same rules apply with respect to the States** that will be uploading DNA records, as a condition for access to CODIS.⁷⁶¹ NDIS participating states are required to expunge from NDIS the DNA analysis of a person included in NDIS by that state if

the person has not been convicted of an offense on the basis of which that analysis was or could have been included in the index, and the responsible agency or official of that State receives, for each charge against the person on the basis of which the analysis was or could have been included in the index, a certified copy of a final court order establishing that such charge has been dismissed or has resulted in an acquittal or that no charge was filed within the applicable time period.⁷⁶²

Moreover, pursuant to the Federal DNA Act, States participating in NDIS

shall promptly expunge from that index the DNA analysis (DNA profile) of a person included in the index by that State if the responsible agency or official of that State receives, for each **conviction** of the person of an offense on the basis of which that analysis (profile) was or could have been included in the index, a certified copy of a final court order establishing that such conviction has been **overturned**. A court order is not "final" if time remains for an appeal or application for discretionary review with respect to the order.⁷⁶³

As a condition for participating in NDIS, a laboratory is also responsible for maintaining a system of controls to ensure that DNA records are maintained and used in the Local and State DNA systems in accordance with the NDIS Privacy Act Notice⁷⁶⁴ which provides that state and Local DNA records are to be maintained in NDIS **as long as they are substantiated by internal records** of the NDIS participating laboratory and are **allowed to be retained by Federal or State law, by judicial decree or by consent**.

Many states also have legislation on the state level concerning the retention of DNA records. Sixteen states provide for the expungement of a DNA record upon the request of the individual.⁷⁶⁵ Thirteen

⁷⁵⁹ 34 U.S. Code § 12592(d).

⁷⁶⁰ See *id.* at 24. See also, e.g., 42 U.S.C. § 14132(a)(1)(C) (2012) (precluding "DNA records that are voluntarily submitted solely for elimination purposes" from being included in NDIS).

⁷⁶¹ 42 U.S.C. 14132(d)(2).

⁷⁶² See 42 U.S.C §14132(d)(2)(A)(ii).

⁷⁶³ See 42 U.S.C. §14132(d)(2).

⁷⁶⁴ NDIS Manual Chapter 3.4.

⁷⁶⁵ See National Conference of State Legislatures, DNA Arrestee Laws, available at: <http://www.ncsl.org/Documents/cj/ArresteeDNALaws.pdf> (Jun. 30, 2020). See, also,

states provide for automatic expungement, with no action required by the individual.⁷⁶⁶ There may also be case law on the subject in any given state. For example, in *Matter of Appeal in Maricopa County Juvenile Action Numbers JV-512600 and JV-512797*⁷⁶⁷, an Arizona appeals court held that Arizona Revised Statutes §§ 13–4438, 31–281, requiring juveniles to submit DNA samples to the state’s DNA database, could properly be applied to juveniles even though they affected the juveniles beyond the age of majority, in that the juveniles’ DNA samples would remain in the state’s DNA database indefinitely.

Some states also have legislation requiring that DNA records be **maintained** in the database, particularly where the evidence is connected with a sexual crime. For example, Arizona law provides that samples must be maintained for 35 years.⁷⁶⁸ Under California law, where an individual is **required to register under the Sex Offender Registration Act**⁷⁶⁹, their samples and DNA remain on file (the duty to register may be **for life**).⁷⁷⁰

For additional information concerning state laws on DNA collection see: DNA Arrestee Laws on the website of the National Conference of State Legislatures⁷⁷¹

3.3 John Doe indictments

Since the early 1990’s state prosecutors have used indictments against “John Doe,” identified by a unique DNA profile only, to toll the statute of limitations, particularly in sexual assault cases; something which the US Attorney’s Office for the District of Columbia did for the first time in 2018.⁷⁷² Numerous challenges have been brought against such indictments, some under the due process clause of the US Constitution, however State courts in Ohio⁷⁷³, New York⁷⁷⁴, California⁷⁷⁵, Massachusetts⁷⁷⁶, Tennessee⁷⁷⁷, and Utah⁷⁷⁸ have specifically rejected such challenges. Many states have revised their statute of limitations legislation to toll the limitation period where DNA evidence is found, and some have eliminated the statutes altogether for sexual assaults.⁷⁷⁹

<https://www.ncsl.org/Documents/cj/ConvictedOffendersDNALaws.pdf> (Jun. 30, 2020).

⁷⁶⁶

Id.

⁷⁶⁷

187 Ariz. 419, 930 P.2d 496 (Ct. App. Div. 1 1996), *review denied*, (Jan. 14, 1997).

⁷⁶⁸

Arizona Statute §13-610(H)(3).

⁷⁶⁹

California Penal Code §§290 – 294.

⁷⁷⁰

California Penal Code § 296.2.

⁷⁷¹

Available at: <http://www.ncsl.org/Documents/cj/ArresteeDNALaws.pdf> (Jun. 30, 2020).

⁷⁷²

Cassidy, K. P., *DNA Evidence in Sexual Assault Cases, Past Trends and Future Potential*, 34-FALL Crim. Just. 37, 1, American Bar Association (Fall 2019). See Indictment, *United States v. John Doe, with the following DNA profile: TPOX: 8, 11, etc.*, Crim. No 2018 CF1006590 (Super. Ct. D.C. May 1, 2018), available at: <https://bit.ly/2ZhfXOp> (Jun. 30, 2020); D.C. Code § 23-113(a)(2) (2018).

⁷⁷³

State v. Danley, 138 Ohio Misc. 2d 1 (Comm. Pl. 2006).

⁷⁷⁴

State v. Martinez, 52 A.D.3d 68 (N.Y. App. Div. 2008).

⁷⁷⁵

People v. Robinson, 47 Cal. 4th 1104, 1134 (2010).

⁷⁷⁶

Commonwealth v. Dixon, 458 Mass. 446 (Mass. 2010).

⁷⁷⁷

State v. Burdick, 395 S.W.3d 120 (Tenn. 2012).

⁷⁷⁸

State v. Younge, 321 P.3d 1127 (Utah 2013).

⁷⁷⁹

Cassidy, K. P., *DNA Evidence in Sexual Assault Cases, Past Trends and Future Potential*, 34-FALL Crim. Just. 37, 4, American Bar Association (Fall 2019).

O. EUROPEAN UNION

Law enforcement is carried out at the national level and criminal law and procedure are typically national.⁷⁸⁰ However, there are certain EU rules relating to the use of DNA and DNA banks in law enforcement. Resulting from cooperation between the Member States in order to combat terrorism, cross-border crime and illegal migration, these rules concern primarily the **exchange of information between the Member States**.

The legal basis for the EU to regulate in the area of justice and home affairs was established by the Treaty on the European Union (the Maastricht Treaty) which entered into force on 1 November 1993. The first EU wide political **decision on DNA use for law enforcement purposes was taken on 9 June 1997 with the adoption of the Council Resolution on the exchange of DNA analysis results**.⁷⁸¹ The Resolution invited Member States to establish national DNA databases in such a manner that in the future they would be compatible for cross-border data exchange from the non-coding part of the DNA molecule. The subsequent Council Resolution of 25 June 2001 on the exchange of DNA analysis results (with amendments made in 2009) established minimum number of DNA markers (loci) to be used for DNA analysis and for the comparison of DNA profiles.

As held initially, the EU rules on the use of DNA in law enforcement concern primarily the exchange of information between the Member States. The current regulation is a result of cooperation between a number of EU Member States - albeit outside the EU framework - in the beginning of the century. In 2005, those countries (Austria, Belgium, France, Germany, Luxemburg, the Netherlands and Spain) signed the so-called Prüm Treaty, which established a legal framework to further develop cooperation among Members in combating terrorism, cross-border crime and illegal immigration. The **Prüm Treaty** provided for the **exchange between the Contracting Parties of data on DNA, fingerprints, vehicle registration, and personal and non-personal data** related to cross-border police cooperation.

Subsequently, a number of other EU Member States joined the Treaty and as of 2007, many of its provisions were approved by the Council of the European Union as Council Decisions and became part of the *acquis communautaire*.⁷⁸² The two key legal instruments are Council Decision 2008/615/JHA of 23 June 2008 on the stepping up of cross-border cooperation and Council Decision 2008/616/JHA of 23 June 2008 on the implementation of the first mentioned Council Decision. As they largely transformed most of the provisions in the multilateral Prüm Treaty, they are often referred to as the **Prüm Decisions**.

Council Decision 2008/615/JHA lays down provisions under which EU Member States shall establish national DNA analysis files for the investigation of criminal offences and grant each other access to those files.⁷⁸³ In practice, DNA exchanges take place based on a "hit/no-hit" approach wherein **DNA profiles or fingerprints found at a crime scene in one EU Member State can be compared automatically with profiles held in the databases of other Member States**. However, there is no direct access to data related to the matched DNA profile. In order to obtain personal data from the DNA database, the searching Member State must send an additional request to the Member State maintaining the database.

⁷⁸⁰ The EU's law enforcement agency – Europol – does not have any executive powers. It aims to offer support service for the law enforcement agencies of the EU Member States. It is also a hub for information on criminal activities and a center of law enforcement expertise.

⁷⁸¹ COUNCIL RESOLUTION of 9 June 1997 on the exchange of DNA analysis results (97/C 193/02).

⁷⁸² See in particular Council Decision 2008/615/JHA of 23 June 2008 on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime.

⁷⁸³ Council Decision 2008/615/JHA of 23 June 2008, see Section 1, in particular Articles 2 to 4.

The **procedure for obtaining data related to the “hit” depends on the national law of the requested Member State.** The procedure varies depending on the existence and/or application of mutual assistance procedures, bilateral agreements on information exchange, Council Framework Decision 2006/960/JHA⁷⁸⁴ and other legal instruments. The procedure used depends on whether the requesting Member State will only use the information for an investigation or also for prosecution purposes. In the latter case, “post-hit” information exchange will usually take the form of judicial cooperation.⁷⁸⁵

Council Decision 2008/615/JHA establishes very broad rules on the storage of DNA profiles for the purpose of investigating offences and it **does not specify for example the type of offences that are covered by the rules.**⁷⁸⁶ In principle, it is up to each Member State to choose its regulation as regards the collection and analysis of samples and the use and storage of DNA profiles in databases. In the absence of harmonization, national legislations vary considerably in particular as regards the existence of a requirement of judicial authorization and as regards the person that can be ordered to give a sample (e.g. only suspects for certain serious crimes or a larger category of person, etc.).

However, the Member States’ regulations must not violate basic human rights standards. In **S & Marper v United Kingdom**⁷⁸⁷, the European Court of Human Rights found that the English rules allowing for permanent storage of DNA profiles, even in cases where the individual in question was never charged, if criminal proceedings were discontinued, or if the person was later acquitted of any crime, violated the right to privacy in Article 8 of the Convention.⁷⁸⁸

In order to have an efficient cooperation between the Member States’ law enforcement bodies, judicial authorities and decision-makers, there is a need for mutual trust. This was highlighted in the so-called **Stockholm Programme adopted by the European Council in 2009.**⁷⁸⁹ As regards DNA data exchange mutual trust involves primarily the following:

- Trust in the searching country that searches of DNA profiles will be performed and DNA-related data will be used strictly for the purposes for which it was provided, with respect for human rights and appropriate legal and technical measures for data protection.
- Trust in the requested country that the data provided is accurate and has been obtained according to the law and using appropriate technical standards.⁷⁹⁰

According to Article 25 of Council Decision 2008/615/JHA, **the supply of personal data (including DNA data) may not take place until data protection provisions are duly implemented in national law of the Member States involved in such supply.** The Council unanimously decides whether this condition has been met.

⁷⁸⁴ Council Framework Decision 2006/960/JHA of 18 December 2006 on simplifying the exchange of information and intelligence between law enforcement authorities of the Member States of the European Union, OJ L 386, 29.12.2006, p. 89.

⁷⁸⁵ H. Soletó Muñoz & A. Fiodorova, (2014). DNA and Law Enforcement in the European Union: Tools and Human Rights Protection. *Utrecht Law Review*. 10(1), pp.149–162, p. 152.

⁷⁸⁶ H. Soletó Muñoz & A. Fiodorova, (2014). DNA and Law Enforcement in the European Union: Tools and Human Rights Protection. *Utrecht Law Review*. 10(1), pp.149–162, p. 155.

⁷⁸⁷ S and Marper v United Kingdom, [2008] ECHR.

⁷⁸⁸ See the country report for the UK for a further discussion of the case.

⁷⁸⁹ The Stockholm Programme — An Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens, OJ C 115/1 04.05.2010, p 5.

⁷⁹⁰ H. Soletó Muñoz & A. Fiodorova, (2014). DNA and Law Enforcement in the European Union: Tools and Human Rights Protection. *Utrecht Law Review*. 10(1), pp.149–162, p. 153.

The **protections of personal data** in the EU is safeguarded in a general manner in Article 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and more thoroughly in the General Data Protection Regulation (GDPR)⁷⁹¹. For the purpose of collecting and storing information for police and forensic uses, a “lex specialis” to the general GDPR is the **EU Directive 2016/680** (the so-called Police and Criminal Justice Directive).⁷⁹² This Directive lays down **requirements on the processing of personal data (which includes genetic and biometric data) by law enforcement authorities and on the free movement of such data**. In short, the Directive have two purposes: the protection of the personal data of natural persons and facilitating the exchange of personal data between competent authorities of Member States in order to ensure effective judicial cooperation in criminal matters and police cooperation.⁷⁹³ Its Article 10 states that the processing of genetic data and geometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person shall only be allowed where strictly necessary subject to appropriate safeguards for the rights and freedoms of the data subject. Moreover, processing of such data is only permitted in the following three situations: (a.) it is authorized by Union or Member State law; (b.) to protect the vital interests of the data subject or of another natural person; (c) where such processing relates to data which are manifestly made public by the data subject.

As mentioned above, general fundamental rights as protected under EU law must be respected in the Member States’ law enforcement involving DNA samples and DNA banks. One can identify **various stages in which fundamental rights can be affected**: when the DNA sample is taken; when the DNA sample is analyzed; when the DNA profiles are submitted and processed in databases; and when the data is transmitted to another country.

The fundamental rights that could be in jeopardy are several; the right to physical and moral integrity, the right not to be subject to degrading treatment, the right not to incriminate oneself, the right to family privacy together with the right to not incriminate descendants or relatives in general, the right of children to personal development and the right to informative self-determination.⁷⁹⁴ Limitation of those rights are allowed in accordance with Article 52 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: They must be provided for by law, respect the essence of those rights and, subject to the principle of proportionality, be necessary and genuinely meet objectives of general interest recognized by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others. As DNA-related data is an important instrument in crime solving activities and falls under the wider aim of safeguarding public security, the limitation of fundamental rights that the use of DNA entails can be permitted if the above-mentioned requirements in Article 52 are met.

⁷⁹¹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC.

⁷⁹² Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA.

⁷⁹³ Ibid, see in particular recital 7.

⁷⁹⁴ H. Soletó Muñoz & A. Fiodorova, (2014). DNA and Law Enforcement in the European Union: Tools and Human Rights Protection. *Utrecht Law Review*. 10(1), pp.149–162, p. 154.

IV. COMPARATIVE TABLES

1. Analysis of Personal Characteristics from the DNA Profile (Forensic DNA Phenotyping)

COUNTRY	Permitted – legal basis and key content of regulation (what kind of personal characteristics and for which offences)	If not regulated and permitted either in law or in practice – expressly prohibited?
Austria	Not specifically regulated. Phenotyping may be conducted as of May 2018 following amendments to the Austrian data protection rules.	As of May 2018, no longer expressly prohibited.
Belgium	Limited to determine the gender. The legislator's will to limit analysis to DNA comparison and gender determination is reflected in its choice to prohibit coding sections analysis.	Prohibition of coding section analysis.
Canada	Not specifically regulated and implicitly not permitted according to prescribed uses of DNA profile information contained in National DNA Data Bank. DNA Identification Act provisions require DNA profiles submitted to National DNA Data Bank to simply be compared with existing DNA profiles in database. (DNA Identification Act, sections 5.5(1) and 6(1) and 6.2) However, there is anecdotal evidence that such analysis has been conducted by	Not expressly prohibited by legislation.

	police forces as part of investigations (investigatory tool).	
Denmark	<p>Not regulated. There is no indication that phenotyping is conducted by the Police (investigatory tool).</p> <p>Any registration of personal characteristics within the scope of the Act on the Central DNA Profile Register is implicitly not permitted according to the prescribed uses of DNA profile information laid down in that Act.</p>	Not expressly prohibited.
France	<p>Permitted as an investigatory tool, but no specific legal basis.</p> <p>Case law: Court of cassation 25.06.2014: permitted for visible characteristics and might be limited to serious crimes.</p>	Not expressly prohibited.
Germany	<p>Preliminary proceedings: For material found or confiscated, if its origin is not known, permitted for eye, hair and skin colour as well as age.</p> <p>If person is identified: only permitted for descent (<i>Abstammung</i>), gender and match with material found at crime scene.</p>	Expressly prohibited for all information that is not indicated in the law.

Italy	<p>Not regulated.</p> <p>According to art. 7, l, d. of the law enacting the Prüm treaty, information registered in the DNA database may only be extracted for the identification of a person (match).</p>	Not expressly prohibited.
The Netherlands	<p>Permitted.</p> <p>The Code of Criminal Procedure provides that a public prosecutor may order DNA testing aimed at establishing sex, origin or other externally observable personal characteristics designated by Governmental Decree. To date, sex, geographical origin/race, and hair, eye and skin colour are permitted.</p>	Not expressly prohibited.
Spain	<p>No specific regulation on phenotyping, but conducted in practice by the Police as a forensic tool.</p> <p>The Spanish law governing the retention of DNA in the DNA register permits only the identification of a person and the sex.</p> <p>Analysis is limited to non-coded DNA sequences.</p>	Not expressly prohibited.
Sweden	<p>Permitted but no specific legal basis.</p> <p>Following the adoption of the 2018 Act on the Processing of Personal Data by the Police and the 2018 Criminal Data Act, the</p>	Not expressly prohibited.

	Police consider that phenotyping is permissible. Has been used restrictively (two known cases) and limited to investigations involving murder.	
Taiwan	Not specifically regulated and implicitly not permitted according to prescribed uses of DNA information in the Regulation on the Supervision and Management of DNA Records and the Personal Data Protection Act.	Not expressly prohibited.
United Kingdom	Permitted but no specific legal basis. Not considered as providing admissible evidence in court; reports that it is only used to provide investigative leads.	Not expressly prohibited.
United States	Regulations vary at the state level.	CODIS (Federal database) does not store this information. Regulations (of phenotyping as an investigatory tool) vary at the state level: 3/50 states specifically prohibit, others limit use.

2. Familial DNA Searches

COUNTRY	Permitted – legal basis and key content of regulation (what kind of offences)	If not regulated and permitted in law – expressly prohibited?
Austria	Not expressly regulated.	Not expressly prohibited. Probably permitted, provided that general restrictions (limited use of DNA profiles) are respected. No evidence of relevant case law.
Belgium	Not expressly regulated.	Not expressly prohibited. Given the regulatory framework and the restrictive use of DNA, it can be assumed that familial DNA searches are not permitted. (However, when several samples are analysed at the same time, one may examine the likely kinship between these persons. Any comparison with the profiles registered in the DNA databases are, however, not permitted.)
Canada	Implicitly not permitted in the context of criminal investigations.	Not expressly prohibited. Section 6(1) of DNA Identification Act requires that an offender's identity can only be revealed from the National DNA Data Bank if there is an exact match found between a profile and a crime scene sample.
Denmark	Not regulated.	Not expressly prohibited. Currently subject to discussions whether the police should be able to conduct familial searches.
France	Permitted.	n/a

	Legal basis: Art. 706-56-1-1 Code of criminal procedure. Only for listed crimes.	
Germany	Permitted within the scope of serial molecular and genetic examination for relatives in the direct line or in the collateral line up to the third degree.	n/a
Italy	Not regulated. Non-databases searches conducted by the Police in a murder case following DNA screening of a large number of persons in a specific geographic area.	Not expressly prohibited. According to art. 7, l, d. of the law enacting the Prüm treaty, information registered in the DNA database may only be extracted for the identification of a person (match).
The Netherlands	Permitted. Limited to certain serious offences (minimum statutory term of imprisonment 6 years).	
Spain	Implicitly not permitted.	Not expressly prohibited.
Sweden	Permitted but no specific legal basis. Following the entering into force on January 1, 2019 of the Act on the Processing of Personal Data by the Police and the Criminal Data Act, the Police used this search method in over 40 cases. Searches are only made in investigations involving serious crimes such as manslaughter, murder and grave sexual offences.	Not expressly prohibited.

Taiwan	Implicitly not permitted. As legislation only permits the use of DNA data to confirm the biological parent-child relationship, familial DNA searches are excluded from this purpose.	Not expressly prohibited.
United Kingdom	Permitted, but no specific legal basis. Regulated by policies of the Strategy Board of the National DNA Database. No limits on types of offences, but only used for most serious offences in practice.	Not expressly prohibited.
United States	Varies from state to state. 14 states have search protocols in place.	Varies from state to state. 2 states prohibit.

3. Retention and Deletion of DNA Profiles⁷⁹⁵

COUNTRY	Entry – For which category of persons (convicted, suspects, etc.)	Retention periods	Deletion in case of (1) acquittal (court judgment) and (2) prosecution not pursued	Destruction of the sample used for the DNA analysis	Specific rules for juvenile offenders
Austria	<p>Criminal procedure: suspects until end of procedure, convicted persons only as long as future offences (not minor ones) can be expected due to specific circumstances;</p> <p>Security Police Act: retention of profiles from suspects of sexual offences or other offences that are punishable by at least one year of imprisonment is possible, as long as specific circumstances lead to the expectation that the suspect person will commit offences (any kind) in the future (irrespective of criminal conviction).</p>	<p>Convicted persons: depending on prediction of dangerousness (see left), maximum 60 years after punishment.</p> <p>Security Police Act: profiles of suspects depending on prediction of dangerousness (see left), maximum until person reaches the age of 80 (if no identification treatment during 5 years) (deceased suspects: up to 5 years after death)</p>	(1) and (2): immediate deletion (if acquittal or abandonment of prosecution is final), unless Security Police Act allows further retention (see left).	<p>Criminal procedure: destruction as soon as correlation (or identification / descent) is to be excluded (§ 124 par. 4 I [Criminal Procedure Act])</p> <p>Security Police Act (§ 67 par. 3 SPG): destruction as soon as DNA profile / data has to be deleted; see left)</p>	No
Belgium	Banque de données ADN “Criminalistique” :	<p>Banque de données “Criminalistique” :</p> <p>- profils effacés dès lors que leur conservation n’est plus</p>	(2) Les profils sont effacés lorsque le condamné ou l’interné a formé	Personnes suspectes : destruction des échantillons au	No

⁷⁹⁵

The table does not include information on rules on retention and deletion of DNA profiles not connected with an offence/suspicion of an offense.

	<ul style="list-style-type: none"> - profils ADN des traces découvertes dans le cadre d'affaires pénales ; - profils ADN d'échantillons de référence prélevés sur les personnes suspectées ; - profils ADN d'échantillons de référence pour lesquels un lien positif avec un profil se trouvant déjà dans la banque de données est établi ; <p>Banque de données "Condamnés" :</p> <ul style="list-style-type: none"> - personnes qui ont été condamnées à certaines peines pour la commission de certaines infractions (par ex. : viol, meurtre, vol qualifié, traite d'êtres humains) ; - personnes qui ont tenté de commettre l'une des infractions visées. 	<p>utile aux fins de la procédure pénale,</p> <ul style="list-style-type: none"> - profils non-identifiés effacés après 30 ans, - profils identifiés effacés dès qu'une décision judiciaire est passée en force de chose jugée, - profils des personnes acquittées ou ayant fait l'objet d'un non-lieu effacés immédiatement. <p>Banque de données "Condamnés" :</p> <ul style="list-style-type: none"> - conservation maximum de 30 ans, - effacement lorsque la personne est acquittée ou son internement annulé. 	<p>opposition et qu'il est acquitté du chef des infractions qui justifiaient son enregistrement ou lorsque la décision de condamnation ou d'internement est annulée à la suite d'une procédure de révision.</p> <p>(2) Les profils ADN sont effacés sur ordre du ministère public, dès lors que leur conservation n'est plus utile aux fins de la procédure pénale, et de toute façon, de manière automatique, 30 ans après leur enregistrement pour les profils non-identifiés. Pour les personnes identifiées, l'effacement intervient lorsque la décision est entrée en force de chose jugée.</p>	<p>plus tard après 6 mois.</p> <p>Personnes condamnées : destruction immédiate des échantillons.</p> <p>Intervenants : destruction immédiate des échantillons.</p> <p>Traces découvertes : conservation des échantillons pendant 30 ans maximum.</p>	
--	---	--	--	--	--

Canada	<p>Individuals convicted (or discharged) of primary designated offences (unless not considered appropriate by Judge) and individuals convicted or discharged of secondary designated offences (only where considered in best interests of justice by Judge)</p> <p>(Criminal Code, section 487.051)</p>	<p>To be retained indefinitely except where:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Any order to collect bodily substances is set aside; • Individual is finally acquitted of all designated offences in connection with which order was made. <p>(DNA Identification Act, sections 9(1) and (2))</p>	<p>Orders for retention on database made by Judge after sentencing only.</p>	<p>To be destroyed at discretion of Commissioner of National DNA Data Bank, unless destruction is mandatory (corresponding to exceptions to permanent retention of DNA profile apply (see Retention Periods column))</p> <p>(DNA Identification Act, sections 10(6) and 10(7))</p>	<p>Yes. Retention periods depend on type of offence and verdict, and broadly range from 2 months to 5 years – as set out in specific provisions of Youth Criminal Justice Act. Retention periods for serious violent crimes remain indefinite however.</p>
Denmark	<p>Persons convicted or charged with any offense that could lead to imprisonment for 1 year and 6 months or more, and for persons charged or convicted with possession and distribution of child abuse images. (Act on the Central DNA Profile Register, section 2).</p>	<p>DNA profiles of convicted persons are kept until they have reached the age of 80 years old or two years after their death.</p> <p>In cases of acquittal, DNA profiles can be kept up to 10 years.</p> <p>(Act on the Central DNA Profile Register, section 3).</p>	<p>(1) DNA profiles can be kept 10 years following the acquittal.</p> <p>(2) 10 years applies also for dropped charges because of lack of evidence (<i>påtaleopgivelse</i>) or waived prosecution because of mitigating circumstances and provided that the public interest does not require it (<i>tiltalefrafald</i>).</p>	<p>DNA sample must be destroyed if the person is not charged with any offense. If charged (also when charges are ultimately dismissed) or upon acquittal, the Police can keep the sample.</p>	<p>n/a</p>

			<p>Deletion must be made immediately only if charges are declared as unfounded.</p> <p>(Act on the Central DNA Profile Register, section 3).</p>		
France	<p>L'article 706-54 du Code de procédure pénale dispose que le Fichier national des empreintes génétiques centralise les empreintes génétiques :</p> <ul style="list-style-type: none"> - issues des traces biologiques laissées par des personnes inconnues et recueillies dans le cadre d'une enquête relative à l'une des infractions listées, - des personnes déclarées coupables de l'une de ces mêmes infractions, - des personnes qui ont été poursuivies pour l'une de ces mêmes infractions mais qui ont ensuite fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale, 	<p>Différents temps de conservation des données sont prévus. La règle générale est que les informations sont enregistrées pour une durée maximale de 40 ans, sauf exceptions (par ex. : 25 ans pour les empreintes des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions listées).</p>	<p>(1) et (2) Effacement par le procureur de la République si la conservation n'apparaît plus nécessaire.</p>	<p>Prélèvements sur individus identifiés non conservés et détruits après analyse.</p>	n/a

	<p>- des personnes « à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis » l'une de ces mêmes infractions</p> <p>Le fichier contient aussi les empreintes recueillies pour rechercher les causes d'un décès ou d'une disparition ou pour identifier une personne décédée.</p>				
Germany	<p>No special regulation for retention of DNA profiles, so same rules as for the analysis:</p> <p>Suspect (preliminary proceedings): Only permitted for DNA-profile, descent, gender and match with material found at crime scene.</p> <p>Suspect or convict (preliminary proceedings, trial or after judgment): DNA-profile and gender, but only if (1) suspect of offence of substantial significance or crime against sexual self-determination and (2) assumption that criminal</p>	<p>Deletion as soon as retention is not necessary anymore.</p> <p>No specific deadline, but Federal Criminal Police Office checks necessity latest at previously set deadline: adults max. 10 years, youths max. 5 years, children max. 2 years. According to Federal Administrative Court, data will normally not be needed anymore by then, but longer retention is possible</p>	<p>Deletion as soon as retention is not necessary anymore.</p> <p>(1) and (2): Deletion, if decision for acquittal or non-prosecution of charges is expressly based on the fact that suspect has not or has not illegally committed the act. If decision is based on diminished responsibility or exemption from punishment, decision on deletion has to be taken on a case-by-case basis.</p>	<p>Destruction after final verdict. In case a retrial is very probable, the sample may be kept longer.</p> <p>Sample used for analysis of DNA-profile and gender for probable future criminal proceedings: Destruction as soon as sample is not necessary anymore for the analysis.</p>	<p>No deadline for deletion, but only for latest check whether retention is still necessary (normally data will be deleted then):</p> <p>adults (18+): 10 years</p> <p>youths (14-17): 5 years</p> <p>children (0-13): 2 years</p>

	<p>proceedings will be conducted in future in respect of offence of substantial significance</p> <p>But: retention is explicitly prohibited for DNA-data collected during serial molecular and genetic examination.</p> <p>Material of unknown origin that was found or confiscated (preliminary proceedings): eye, hair and skin colour as well as age.</p>			<p>Sample of material used for comparison with sample taken from individual: may be kept.</p>	
Italy	<p>(a) persons to whom the measure of custody in jail or house arrest is applied;</p> <p>b) persons arrested in criminal offense or subject to custodial imprisonment;</p> <p>(c) persons detained or interned following an irrevocable judgment for a non-pecuniary crime;</p> <p>(d) persons subject to an alternative measure of detention following an irrevocable judgment for a non-pecuniary crime;</p>	<p>DNA profiles shall be kept in the database for thirty years from the date of the last registration. When the DNA profile refers to persons convicted for one or more offenses for which the law provides for mandatory arrest <i>in flagrante</i> or for one of the most serious crimes of the criminal code, for which custodial detention may exceptionally be of two years the retention period shall be increased to 40 years from the date of the last</p>	<p>Following the acquittal of a final judgment for one of the typical reasons of acquittal (i.e. “because the act did not take place”, “because the defendant did not commit the act”, “because the act is not a crime” or “because, the act is not foreseen by law as a criminal offense”).</p> <p>Following the identification of cadavers, as well as the discovery of a missing person.</p>	<p>Destruction after use.</p>	n/a

	<p>(e) persons to whom a security measure is applied provisionally or definitively.</p> <p>The aforementioned persons [(a) to (e)] are only subject to DNA tests when they commit a crime for which arrest <i>in flagrante</i> is allowed and provided that their crime is not one of a series of minor crimes [detailed by the law – see above the report] among which crimes covered by the Civil Code; offenses relating to taxation; offenses provided for in the law on financial intermediation.</p> <p>The Court must approve the taking of the sampling of oral cavity mucous membranes by trained personnel of the Police Forces or auxiliary police personnel.</p>	<p>registration. Persons whose comparisons, when issuing an irrevocable sentence of conviction, have been considered as a recidivism, are kept for forty years.</p>	<p>When the withdrawal operations have been carried out in breach of the law, the deletion of the DNA profile and destruction of the relevant biological sample shall be carried out automatically.</p>		
The Netherlands	<p>Convicted persons and suspects (serious suspicions) provided that the offence carries out a statutory term of imprisonment of at least four years (as well as a number of explicitly listed</p>	<p>If statutory term of imprisonment is less than six years: 20 years after the decision or 12 years after decease.</p>	<p>General rule:</p> <p>(1) Deletion upon acquittal in final decision.</p> <p>(2) Deletion if the charges are finally dropped.</p>	<p>The sample must be destroyed after the deletion of the DNA profile.</p>	n/a

	offences). Specific rules apply to so-called “former suspects” of certain serious offences.	If statutory term of imprisonment is at least six years: 30 years (80 years if life imprisonment) after the decision or 20 years after decease.			
Spain	Suspects arrested or charged with a serious offense (<i>délit grave</i>).	The retention period may not exceed the following limits : a. The time period for the prescription of the offense (apply also in cases where prosecution has not been pursued). b. The time period for the deletion of the criminal record following a conviction or an acquittal. c. in cases of several offences requiring retention: the longest time period applicable.	See the previous case.	The sample must be destroyed after the deletion of the DNA profile.	N/a
Sweden	Convicted persons sentenced to penalties other than fines, or who has approved a decision of punitive nature concerning a suspended sentence.	Deletion 10 years from prison release. In cases of protective supervision (<i>skyddstillsyn</i>) or conditional sentence (<i>villkorlig dom</i>), 10 years after the date of the conviction.	(1) Yes, DNA profiles must be deleted if a court in a final judgment has acquitted the registered person for the act in question (<i>frikännande dom</i>) or if a court has	The DNA sample must be destroyed within six months from the date when it was taken.	Yes, for offenders under 18 years of age: deletion 10 years after release from closed juvenile detention (<i>sluten ungdomsvård</i>) and 5 years after protective

	Persons reasonably suspected of an offense for which imprisonment may be imposed.	Deletion after decease of the registered person.	dismissed an action or set aside/annulled a convicting judgment (<i>undanröjande dom</i>). (2) Yes, deletion of DNA profiles if the charges are dropped.		supervision sentence (<i>skyddstillsyn</i>) or conditional sentence (<i>villkorlig dom</i>).
United Kingdom	Convicted persons: for all recordable offences. Non-convicted persons depending on police action taken (see column 3). [<i>Police and Criminal Evidence Act 1984, section 63</i>]	Where adult is convicted of any recordable offence, DNA profile is retained indefinitely. Different rules apply to juveniles (see final column). [<i>Police and Criminal Evidence Act 1984, section 63I</i>]	Where acquitted of a “qualifying” (generally, more serious) offence, 3 years (possible 2-year extension by a District Judge). Where arrested but not charged with a “qualifying” offence, retention requires consent of Biometrics Commissioner who may permit retention of 3 years (possible 2-year extension by a District Judge). Unless penalty notice issued for a minor offence or profile taken on national security grounds (5-year retention periods), all other offences for which suspect is not convicted allow retention until	As soon as profile taken, but up to a maximum of 6 months, with possibility for police to apply to a District Judge for a 12-month extension. [<i>Police and Criminal Evidence Act 1984, section 63R(4)(b) and Criminal Procedure and Investigations Act 1996, section 23</i>]	Yes. For under 18s: Conviction or other warning or reprimand in relation to a “qualifying” (generally more serious) offence results in indefinite retention. Conviction or other warning or reprimand in relation to minor offence: - 1 st conviction attracting sentence of < 5 years = retention for length of sentence +5 years - 1 st conviction attracting sentence of > 5 years = indefinite retention

			conclusion of investigation or of any proceedings. <i>[Police and Criminal Evidence Act 1984, sections 63F, 63G, 63L and 63M]</i>		- 2 nd conviction = indefinite retention <i>[Police and Criminal Evidence Act 1984, section 63K]</i>
United States	<p>Federal: (1) DNA identification records of: convicted offenders; persons who have been charged with a crime; and other persons whose DNA samples are collected under applicable legal authorities, (2) analyses of DNA samples recovered from crime scenes; (3) analyses of DNA samples recovered from unidentified human remains; and (4) analyses of DNA samples voluntarily contributed from relatives of missing persons</p> <p>States: variable, often much broader e.g. consensual, witnesses, crime victims, etc.</p> <p>Thirty-one states and the federal government allow DNA collection from arrestees who have not yet been convicted in some circumstances: twenty-nine</p>	<p>Federal: Our research revealed no specific retention periods, other than requirements of expungement.</p> <p>Some states have legislation requiring that DNA records be maintained in the database, particularly where the evidence is connected with a sexual crime.</p>	<p>Federal:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. For convicted offenders, if conviction has been overturned; 2. For arrestees, if charge has been dismissed, resulted in an acquittal, or no charges have been brought within the applicable time period. <p>States uploading data to CODIS follow federal rules.</p> <p>States:</p> <p>Sixteen states provide for the expungement of a DNA record upon the request of the individual. Thirteen states provide for automatic expungement, with no action required by the individual. There may also be case law on the subject</p>	Our research revealed no specific provisions concerning destruction of the DNA sample (as opposed to expungement)	No

	<p>states collect DNA for at least some state felonies, while eight states have laws that collect DNA from arrestees for certain misdemeanors.</p>				
--	---	--	--	--	--

SWISS INSTITUTE FOR COMPARATIVE LAW



Henrik Westermark
Legal Adviser



PD Dr. Krista Nadakavukaren Schefer
Co-Head of the Legal Division

<i>Austria:</i>	<i>Dr. Lukas Hohenecker (external expert) & Dr. Johanna Fournier, LL.M.</i>
<i>Belgium:</i>	<i>Dr. Carole Viennet & Anne-Grace Kleczewski</i>
<i>Canada:</i>	<i>John Curran, LL.M.</i>
<i>Denmark:</i>	<i>Henrik Westermark, LL.M.</i>
<i>Germany:</i>	<i>Dr. Johanna Fournier, LL.M.</i>
<i>France:</i>	<i>Dr. Carole Viennet</i>
<i>Italy:</i>	<i>Dr. Ilaria Pretelli</i>
<i>The Netherlands:</i>	<i>Dr. Floriaan Went (external expert) & Anne-Grace Kleczewski</i>
<i>Slovakia:</i>	<i>Dr. Inesa Fausch</i>
<i>Spain</i>	<i>Dr. Alberto Aronovitz & Dr. Rodrigo Polanco Lazo</i>
<i>Sweden</i>	<i>Henrik Westermark, LL.M.</i>
<i>Taiwan</i>	<i>Dr. Jun Zheng</i>
<i>United Kingdom</i>	<i>John Curran, LL.M.</i>
<i>United States</i>	<i>Karen Topaz Druckman, J.D., LL.M.</i>
<i>European Union:</i>	<i>Henrik Westermark, LL.M.</i>