



NORGES HØYESTERETT

Den 24. april 2013 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2013-00868-A, (sak nr. 2012/1511), sivil sak, anke over kjennelse,

As uskiftebo v/B

(advokat Sven Ivar Sanstøl)

mot

C

D

(advokat Ole Martin Paulsen – til prøve)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Tønder**: Saken gjelder spørsmål om det er adgang til å pålegge utlevering av biologisk materiale fra en avdød person til bruk som DNA-bevis i farskapssak når det biologiske materialet er lagret i en biobank, jf. barneloven § 24 andre ledd og behandlingsbiobankloven § 15.
- (2) A døde 4. september 2011. D, født 14. mars 1982, meldte seg som sønn og arving i dødsboet. As uskiftebo v/B (heretter "uskifteboet") bestred slektskapet. D og hans mor, C, tok deretter ut stevning for Larvik tingrett mot uskifteboet om fastsettelse av farskap.
- (3) I planleggingsmøte ble uskifteboet pålagt å undersøke om det fantes biologisk materiale som kunne brukes til DNA-analyse for å avgjøre farskapsspørsmålet, jf. barneloven § 24 andre ledd. A var kremert. Det var derfor ikke praktisk mulig å foreta undersøkelse av biologisk materiale fra avdøde. Avdødes sønner ønsket ikke å avgi blodprøve eller annet biologisk materiale til DNA-analyse. Etter henvendelse til Oslo universitetssykehus ble det ved brev 20. mars 2012 opplyst at det ved patologisk avdeling fantes biologisk materiale – histologisk materiale – tilgjengelig for innhenting av DNA, og at materialet ville bli utlevert etter en rettslig beslutning. Uskifteboet bestred at det forelå rettslig

adgang til å pålegge utlevering av materialet. Det ble vist til at betingelsene for å utlevere biologisk materiale fra en biobank ikke var oppfylt, siden det ikke forelå samtykke fra avdøde, jf. behandlingsbiobankloven § 15, jf. §§ 11 og 13.

(4) Larvik tingrett avsa 8. mai 2012 kjennelse med slik slutning:

"Histologisk materiale av avdøde A (født 29. august 1944, død 4. september 2011), utleveres av Oslo universitetssykehus ved Ullevål sykehus ved patologisk avdeling til bruk for innhenting av DNA som bevis i farskapssak mellom C og D og As uskiftebo v/B."

(5) Tingretten kom til at barneloven § 24 andre ledd ga adgang til å kreve utlevering av biologisk materiale fra biobank til bruk i farskapssak selv om dette stred mot ordlyden i behandlingsbiobankloven § 15, jf. §§ 11 og 13.

(6) Uskifteboet anket avgjørelsen til Agder lagmannsrett. Lagmannsretten avsa 25. juli 2012 kjennelse med slik slutning:

"1. Anken forkastes.

2. A uskiftebo ved B dømmes til innen 2 – to - uker fra forkynnelsen av kjennelsen å betale til C og D 4 867 – firetusenåttehundreogseksisv – kroner i sakskostnader for lagmannsretten."

(7) Lagmannsretten var enig med tingretten i at barneloven § 24 andre ledd ga nødvendig hjemmel for innhenting og bruk av det biologiske materialet etter avdøde, og at verken behandlingsbiobankloven eller foreliggende rettspraksis stiller krav om samtykke i farskapssaker.

(8) Uskifteboet har anket avgjørelsen til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens lovtolkning jf. tvisteloven § 30-6 bokstav c. Ankeutvalget besluttet 10. oktober 2012 at ankesaken i sin helhet skulle avgjøres av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd andre punktum, og at behandlingen skulle følge de regler i tvisteloven som gjelder for anke over dommer, jf. tvisteloven § 30-9 fjerde ledd.

(9) Den ankende part – *As uskiftebo v/B* – har i det vesentlige gjort gjeldende:

(10) Etter behandlingsbiobankloven § 15 kreves det samtykke fra giver for å utlevere biologisk materiale fra biobank, jf. lovens § 13 om krav om samtykke ved endret, utvidet eller ny bruk. Slikt samtykke foreligger ikke. Det erkjennes at barneloven § 24 andre ledd isolert sett hjemler slik utlevering, men ved motstrid må behandlingsbiobankloven § 15 gå foran. Dette er lagt til grunn i Rt. 2006 side 90, der Høyesterett slo fast at kravet til samtykke etter behandlingsbiobankloven § 15 gjelder i alle tilfelle der en ønsker utlevering av biologisk materiale til bruk i rettergang. Dommen kan ikke leses slik at den begrenser seg til straffesaker. Avgjørelsen i Rt. 2008 side 1499 endrer ikke på dette. Her gjaldt det prøvetaking direkte fra den avdødes kropp, hvilket faller utenfor anvendelsesområdet for behandlingsbiobankloven.

(11) De uttalelser som lagmannsretten har vist til i NOU 2009: 5 (Farskap og annen morskap), er de lege ferenda betraktninger og ikke uttrykk for gjeldende rett. Det samme gjelder uttalelsene i Backers kommentarutgave til barneloven. Derimot indikerer uttalelsen i NOUen om at lovreglene og forskriftene som regulerer DNA-registeret, kan være til

hinder for utlevering av DNA-analyser, at utvalget mente barneloven § 24 andre ledd må stå tilbake for kolliderende lovgivning.

- (12) Barnekonvensjonen artikkel 7 gir ingen ubetinget rett for barnet til å få iverksatt DNA-analyse. Retten til å kjenne sine foreldre er her koblet opp til hensynet til omsorg for barnet, noe som ikke er aktuelt i denne saken.
- (13) Derimot har EMK artikkel 8 betydning som vern mot den krenkelse av avgivers privatliv som en utlevering av biologisk materiale uten dennes samtykke vil representere. I alle fall kreves klar lovhjæmmel, noe som ikke er tilfelle her.
- (14) Endelig nevnes Europarådets konvensjon om menneskerettigheter og biomedisin (Oviedo-konvensjonen). Også etter denne står personvernet sentralt, der det frie og informerte samtykke som vilkår for inngrep i biologisk materiale, er en bærebjelke, jf. artikkel 2 og 5.
- (15) Utlevering av biologisk materiale uten samtykke bidrar til å undergrave tilliten til biobanker. Det gjelder også utlevering i forbindelse med farskapssaker. Dette kan igjen få uheldig virkning for lagring og drift av biobanker og dermed for helsevesenet som sådant. Sterke reelle hensyn taler derfor mot utlevering i en sak som denne. Det er i denne sammenheng vesentlig forskjell på unntak fra taushetsplikt om opplysninger som materialet kan gi og utlevering av selve materialet.
- (16) Skal det gjøres unntak fra behandlingsbiobankloven § 15, må det skje i form av forskrift, jf. sjetten ledd, noe som ikke er gjort.
- (17) Dersom det konstateres direkte motstrid, vil både prinsippet om *lex posterior* og *lex specialis* tilsi at behandlingsbiobankloven § 15 går foran.
- (18) As uskiftebo v/B har lagt ned slik påstand:
- "1. **Histologisk materiale av avdøde A (født 29. august 1944, død 4. september 2011) skal ikke utleveres av Oslo universitetssykehus ved Ullevål sykehus ved patologisk avdeling til bruk for innhenting av DNA som bevis i farskapssak mellom C og D, og As uskiftebo v/B.**
 2. **C og D dømmes in solidum til å betale As uskiftebo v/B sakens omkostninger for tingretten og lagmannsretten.**
 3. **C og D dømmes in solidum til å betale saksomkostninger for Høyesterett til det offentlige."**
- (19) Ankemotpartene – *C og D* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (20) Lagmannsrettens avgjørelse er riktig både i begrunnelse og konklusjon.
- (21) I forarbeidene til behandlingsbiobankloven er utlevering etter barneloven § 24 andre ledd ikke vurdert. Dette tyder på at forholdet til utleveringskrav av biologisk materiale med sikte på å framskaffe DNA-bevis i farskapssak, ikke er ment regulert ved loven.
- (22) Lovens § 16 om taushetsplikt viser for øvrig til helsepersonellovens bestemmelser. Dette innebærer at denne lovens § 23 nr. 4 og 6 og § 24 kommer til anvendelse. Konsekvensen

er at legen er fritatt for taushetsplikt vedrørende opplysninger som kan utledes av det biologiske materialet, og som kan ha betydning i farskapssak. Med den sammenheng det er mellom opplysning om og utlevering av materiale, må loven forstås slik at behandlingsbiobankloven heller ikke er til hinder for utlevering av biologisk materiale for bruk i farskapssak.

- (23) Det er i denne forbindelse av interesse at taushetsplikten for forskningsbiobanker som følger av helseforskningsloven, jf. lovens § 7, ikke viser til helsepersonellovens unntaksbestemmelser. Dette korresponderer med helseforskningslovens bestemmelse om forbud mot utlevering av biologisk materiale, selv med avgivers samtykke, jf. lovens § 27 andre ledd. Denne forskjellen i vilkår for å gi andre tilgang til materialet bør gi rom for tilsvarende større grad av unntak fra samtykkekravet når dette har sitt grunnlag i annen lovgivning.
- (24) Rt. 2006 side 90 gjaldt utlevering av biologisk materiale til bruk i en straffesak. Hensynene som begrunner utleveringskravet i farskapssaker er vesentlig annerledes enn i straffesaker. I kjennelsen synes hensynene som gjør seg gjeldende i farskapssaker, ikke å ha vært vurdert, noe som tilsier at den heller ikke får betydning som rettskilde i slike saker.
- (25) Barnekonvensjonen artikkel 7 gir barnet en rett til å kjenne sine foreldre. Det følger også av sak nr. 53176/99 ved Den europeiske menneskerettsdomstol i sak Mikulic mot Kroatia avsnitt 55 at retten til å få fastslått farskap er en del av retten til privatliv under EMK artikkel 8. Retten til å få utlevert materiale fra biobank for DNA-analyse har derfor god støtte i internasjonale konvensjoner Norge er bundet av. Det er således et grunnleggende hensyn at barn skal få kjennskap til og kunne oppnå rettslig avklaring av hvem som er dets far. Selv om også personvernet står sterkt, må hensynet til barnets beste gå foran.
- (26) Skulle det være direkte motstrid mellom barneloven og behandlingsbiobankloven på dette punktet, må barneloven regnes som *lex specialis* i farskapssaker. Det mest naturlige er imidlertid å se det slik at behandlingsbiobankloven § 15 riktig fortolket ikke begrenser anvendelsen av barneloven § 24 andre ledd hva angår innhenting av biologisk materiale fra biobank.
- (27) C og D har lagt ned slik påstand.
- "1. **Anken forkastes.**
 2. **A uskiftebo v/B dømmes til å betale C og D saksomkostninger for lagmannsretten og for Høyesterett med totalt kr. 19.312,50,-, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.**
 3. **A uskiftebo v/ B dømmes til å betale staten ved Justisdepartementet saksomkostninger for Høyesterett, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer."**
- (28) *Jeg er kommet til at anken ikke fører fram.*
- (29) Anken er en videre anke over kjennelse. Det er anket over lagmannsrettens tolking av behandlingsbiobankloven § 15 første ledd, som Høyesterett kan prøve, jf. tvisteloven § 30-6 bokstav c.

- (30) Barneloven § 24 andre ledd gir adgang for retten til å innhente biologisk materiale av en avdød som kan være far til barnet. Biobankloven § 15, jf. §§ 11 og 13 inneholder imidlertid et krav om samtykke fra avgiver for at biologisk materiale i en biobank skal kunne anvendes til noe annet enn det er avgitt for. Spørsmålet er hvilken lov som skal gjelde når det, som her, ikke foreligger samtykke til bruk av det biologiske materialet som bevis i farskapssak.
- (31) Med biobank menes en samling av biologisk materiale fra mennesker som oppbevares i offentlig eller privat helsevesen. Ut fra sitt anvendelsesformål deles biobankene inn i tre hovedkategorier: diagnostiske biobanker, behandlingsbiobanker og forskningsbiobanker. Diagnostiske biobanker inneholder materiale som er innhentet i forbindelse med undersøkelse og/eller behandling av en konkret pasient. Behandlingsbiobanker er samlinger av biologisk materiale som skal brukes til behandling av en konkret pasient eller en nærmere angitt pasientgruppe. Forskningsbiobanker er samling av biologisk materiale som brukes til forskning, enten materialet er samlet inn direkte for forskningsformål eller er overført fra diagnostiske biobanker eller behandlingsbiobanker.
- (32) Biobanker ble nærmere lovregulert ved lov 21. februar 2003 nr. 12 om biobanker. Loven omfattet alle de tre nevnte kategoriene. Reglene om forskningsbiobanker ble i 2008 tatt ut av loven og, med visse endringer og tilføyelser, tatt inn som kapittel 6 i lov 20. juni 2008 nr. 44 om medisinsk og helsefaglig forskning (helseforskningsloven). Samtidig fikk 2003-loven navnet behandlingsbiobankloven. Det biologiske materialet som det er spørsmål om å utlevere i denne saken, er underlagt regelverket i sistnevnte lov.
- (33) Før jeg kan ta stilling til om det er motstrid mellom de to nevnte lovbestemmelsene, må det foretas en nærmere analyse av deres innhold. Jeg ser først på barneloven § 24 andre ledd.
- (34) Barneloven § 24 første ledd gir retten adgang til å vedta gransking av "blodtypen eller andre arvemerke" hos parter i en farskapssak. Pålegget kan gjennomføres ved tvang, jf. § 24 tredje ledd.
- (35) For det tilfellet at den som kan være far til barnet, er avgått ved døden eller av annen grunn er utilgjengelig, er det i andre ledd gitt følgende bestemmelse:
- "Er ein som kan vere far til barnet død eller utilgjengeleg av annan grunn, kan retten som prov i ei farskapssak innhente og gjere bruk av biologisk materiale eller prøver som tidlegare er tatt av han. Departementet kan ved forskrift gje utfyllande reglar om innhenting og bruk av slikt materiale."**
- (36) Andre ledd ble tilføyd § 24 i 1997 med ikrafttreden 1. januar 1998. Om problemstillingen som foranlediget lovbestemmelsen, heter det i Ot.prp. nr. 56 (1996–1997) i pkt. 4.7.4.1:
- "Dersom den mulige far er avgått ved døden før barnet fødes, og det ikke er tatt blodprøve av ham med sikte på fastlegging av farskapet, kan det være behov for å gjøre bruk av biologiske prøver som er tatt av mannen i annen forbindelse før han døde. Det kan for eksempel tenkes at sykehuset har blod- eller vevsprøver tatt i forbindelse med medisinsk behandling, og som kan være gjenstand for en DNA-analyse til bruk i farskapssaken. Opplysninger som fremkommer fra disse prøvene vil imidlertid være underlagt alminnelige taushetspliktbestemmelser, og kan ikke uten videre utleveres."**

- (37) Som det framgår av det siterte, gjaldt problemstillingen utlevering av materiale som eksempelvis vevsprøver, det vil si materiale som normalt vil bli oppbevart i biobanker. Det er således ingen tvil om at bestemmelsen ved lovens ikrafttrede også gjaldt pålegg om utlevering av materiale i biobanker.
- (38) I proposisjonen er det kun konstatert et behov for en hjemmel for utlevering av biologisk materiale av død person uten at det er foretatt noen nærmere avveining av de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende i slike situasjoner. Som det er vist til på samme sted i proposisjonen, ga dagjeldende legelov – lov 13. juni 1980 nr. 42 § 37 – hjemmel for at en lege kunne meddele taushetsbelagte opplysninger om avdøde når vektige grunner taler for det. Det følger av legelovens forarbeider at fastsettelse av farskap er en slik viktig grunn som medfører at legen uten hinder av taushetsplikten kan gi opplysninger i sakens anledning. Det kan derfor være grunn til å se nærmere på hensynene som lå bak nevnte uttalelse i forarbeidene til dagjeldende legelov.
- (39) I Ot.prp. nr. 1 (1979–80) side 176 uttaler departementet om behovet for en slik lovbestemmelse blant annet:

"Hadde avdøde levet, ville han ha plikt til å underkaste seg blodprøve, og til å forklare seg sannferdig i farskapssaken. At han hadde benektet farskap, slik at sak var reist mot ham, burde for en lege som kjente hans blodtype, eller muligens hadde andre opplysninger av betydning, ikke veie mer enn barnemoren, og enda mer barnets rettmessige interesse i å få det riktige farskap fastslått, og dermed få sin familie- og arverett. Å unndra seg farskap er rettsstridig, og å støtte en far, levende eller død, i det, kan neppe være verken moralsk eller rettslig ønskelig. At sannhet og rett vinner frem, bør vel veie tyngre enn en avdøds interesse i å skjule sannheten og oppnå frifinnelse for farskap ved det. Biologisk kan jo barnet være avdødes nærmeste slektning. Men utvilsomt er det vanskelige vurderinger en lege kan stilles overfor uten sikker støtte i lov, eller mulighet for å få veiledning ved rettsavgjørelse."

- (40) Blant annet disse betraktningene førte fram til forslaget om § 37 i legeloven. Bestemmelsens første ledd lød:

"Etter en persons død kan en lege meddele taushetsbelagte opplysninger om ham når vektige grunner taler for det. Ved vurderingen tas hensyn til arten av de opplysninger det dreier seg om, avdødes formodede vilje og de pårørende og samfunnets interesser."

- (41) I vurderingen av lovforslaget heter det videre på side 177:

"I lovteksten mener en imidlertid at det også bør tas inn det som Utvalget ovenfor har nevnt, nemlig samfunnsmessige interesser. I dette legger en da ikke bare offentlige interesser, men også private av en slik art at vår rettsorden og vårt samfunn støtter dem. Her kan en for så vidt vise til eksemplene ovenfor om farskapssaker. Ofte kan det påvises at en utlagt barnefar søker å unngå farskap, og det vil være nærliggende å formode at han ikke ville ønsket at legen skulle gi opplysninger som kunne gå ham imot; at de pårørende vil støtte det kan ha både økonomiske grunner og også skyldes ønsket om lojalitet og vern om avdødes minne. Men dette bør veies mot barnemorens og barnets interesse, og det klare lovgiverønske at såvidt mulig skal et barn ha sin biologiske far også som rettslig far."

- (42) Det ble ikke reist innsigelser fra noe hold verken i stortingskomiteen eller i debatten i Stortinget mot det jeg her har sitert. I dag er tilsvarende bestemmelse tatt inn i helsepersonelloven § 24.

- (43) De avveininger som ligger til grunn for at taushetsplikten ikke er til hinder for at en lege gir opplysning vedrørende en død person om forhold som har betydning for fastsetting av farskap, må anses tilsvarende å ligge bak bestemmelsen i barneloven § 24 andre ledd. Bestemmelsen er altså utslag av et bevisst lovgivervalg der hensynet til avdødes personverninteresse må vike for barnets interesse i å få konstatert hvem som er dets rettmessige far.
- (44) Jeg går så over til å se nærmere på behandlingsbiobankloven. Lovens formål er fastsatt i § 1, som lyder:
- "Lovens formål er å sikre at innsamling, oppbevaring, behandling og destruksjon av materiale som inngår i en biobank foretas på en etisk forsvarlig måte, og at biobanker utnyttes til individets og samfunnets beste. Dette skal skje i samsvar med grunnleggende personvern hensyn, prinsipper om respekt for menneskeverd, menneskerettigheter og personlig integritet, og uten diskriminering av mennesker som det biologiske materialet stammer fra.**
- Loven skal legge til rette for at materialet i biobanken kan benyttes til helsemessige formål, herunder diagnostikk, behandling og undervisning på en etisk forsvarlig måte."**
- (45) Av § 11 følger at samtykke til helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven §§ 4-1 og 4-2 også omfatter innhenting, oppbevaring og behandling av humant biologisk materiale. Samtykke kan gis uttrykkelig eller stilltiende, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-2.
- (46) Videre heter det i § 13 at det "[v]ed endret, utvidet eller ny bruk av tidligere innsamlet materiale i en biobank opprettet for diagnostikk og behandling, skal nytt frivillig, uttrykkelig og informert samtykke innhentes med mindre annet følger av lov om medisinsk og helsefaglig forskning".
- (47) Lovens § 15 regulerer andres tilgang til materiale i en biobank. Det heter om dette i bestemmelsens første ledd første punktum:
- "Dersom det foreligger samtykke fra materialets giver i tråd med §§ 11 og 13, kan andre gis tilgang til det biologiske materialet i biobanken eller nærmere bestemte deler av materialet."**
- (48) Bestemmelsen gir videre blant annet nærmere regler for hva det skal legges vekt på i vurderingen av om andre skal gis tilgang til materialet og hvordan dette kan skje. Det sentrale for vår sak er imidlertid at det stilles et ubetinget vilkår om samtykke fra den som har avgitt materialet, for å gi andre tilgang til det.
- (49) I sjetten ledd er det gitt en forskriftshjemmel som åpner adgang til å fastsette unntak. Slik forskrift er ikke gitt. Jeg kommer tilbake til denne bestemmelsen.
- (50) Lest etter sin ordlyd vil altså lovens § 15, sett isolert, stenge for å utlevere biologisk materiale fra avdøde med sikte på DNA-analyse, siden det her ikke foreligger samtykke.
- (51) Spørsmålet er om loven på dette punkt må tas på ordet, eller om andre rettskilder kan gi holdepunkt for å tolke bestemmelsen innskrenkende.
- (52) Jeg ser først på hva som kan utledes av lovens forarbeider.

- (53) Lov om biobanker ble utredet av et utvalg som ga sin innstilling i NOU 2001: 19. Under overskriften "Nærmere om ikke-medisinsk bruk av humant biologisk materiale eller biobanker" omtales blant annet bruk av biologisk materiale med sikte på DNA-analyse i farskapssaker. Utvalget valgte imidlertid å avgrense mot virksomhet som ikke har et tradisjonelt medisinsk siktemål. Det ble derfor ikke foretatt noen vurdering av i hvilken grad barneloven § 24 andre ledd fortsatt skulle gis anvendelse på biologisk materiale som er lagret i biobank.
- (54) I lovproposisjonen er forholdet til ikke-medisinsk bruk av biologisk materiale ikke omtalt. Det er således ikke foretatt noen avveining av de hensyn som aktualiseres ved spørsmålet om kravet til samtykke i behandlingsbiobankloven § 15 også skal gjelde for utlevering av biologisk materiale fra døde personer i farskapssaker.
- (55) Som nevnt inneholder § 15 sjette ledd en forskriftshjemmel som gir adgang til å fastsette unntak fra samtykkekravet. Bestemmelsen lyder:
- "Kongen kan i forskrift bestemme at utlevering av humant biologisk materiale til påtalemyndighet eller domstol helt unntaksvis skal skje dersom svært tungtveiende private eller offentlige interesser gjør dette rettmessig."**
- (56) Bestemmelsen kom inn i loven i 2008 i forbindelse med at forskningsbiobanker ble tatt ut av loven og inntatt i helseforskningsloven. Den må ses i sammenheng med at departementet i proposisjonen til helseforskningsloven foreslo et forbud mot utlevering av biologisk materiale fra forskningsbiobanker i forsikringsøyemed, til arbeidsgiver, til påtalemyndighet eller domstol. Forbudet skulle gjelde selv om den materialet stammer fra, samtykker i utlevering. Bestemmelsen er inntatt i helseforskningsloven § 27 andre ledd. I proposisjonen drøftes også et mulig unntak fra et absolutt forbud. I denne forbindelsen uttalte departementet følgende, jf. Ot.prp. nr. 74 (2006–2007) under punkt 15.4.4:
- "Det kan forekomme at man i helt spesielle, unntaksvise situasjoner hvor vesentlige samfunnsinteresser står på spill, vil si at hensynet til den enkelte må vike, og at biologisk materiale likevel må kunne tillates utlevert. Det kan tenkes situasjoner der utlevering anses nødvendig for å forhindre alvorlig skade på liv, helse eller eiendom. Dette kan gjelde situasjoner som oppleves som en trussel mot demokratiet, for eksempel at man er blitt kjent med at det er planlagt et omfattende terroristangrep for å ramme styresmaktene i landet. I slike tilfeller kan det anses å være berettiget å åpne for at det utleveres humant biologisk materiale dersom dette må anses formålstjenlig for å identifisere eller lokalisere gjerningsmannen.**
- Departementet foreslår derfor at Kongen i forskrift kan gi regler om at det kan gjøres unntak fra forbudet om å levere ut humant biologisk materiale til påtalemyndighet eller domstol. Det forutsettes at et eventuelt unntak må være ekstremt snevert og brukes kun i helt sjeldne tilfeller. Videre bør det være departementet som fatter en slik beslutning etter en helhetsvurdering av situasjonen."**
- (57) At det for forskningsbiobanker gjelder et slikt absolutt forbud mot utlevering av biologisk materiale, har naturlig sammenheng med at materialet normalt vil være avgitt uten særskilt egen nytte for avgiveren. Det er av vesentlig betydning for tilgangen til slikt materiale at avgiveren kan være trygg for at materialet ikke kommer til utenforstående, heller ikke ved at vedkommende utsettes for press fra de nevnte instanser. Dette må antas å være begrunnelsen for poengteringen av de snevre rammer som oppstilles for et slikt unntak, jf. Ot.prp. nr. 74 (2006–2007) pkt. 15.4.4.

- (58) Til tross for at det i behandlingsbiobankloven ikke gjelder et absolutt forbud mot utlevering, selv ved samtykke fra avgiver, foreslo departementet at den samme adgangen til å fastsette unntak fra samtykkeregelen skulle gjelde her. Det heter om dette i proposisjonen:
- "Etter departementets syn vil en slik mulighet til å gi regler om unntak fra denne bestemmelsen være minst like aktuell for behandlingsbiobanker. Det er flere personer som avgir materiale for behandlings- eller diagnostiske formål enn for forskning. I slike alvorlige unntakssituasjoner som det her er tale om, bør derfor et slikt unntak ikke begrense seg til materiale i forskningsbiobanker. Det foreslås en tilsvarende forskriftshjemmel for behandlingsbiobanker i biobankloven § 15."**
- (59) Spørsmålet er om det med denne adgangen til å fastsette unntak fra samtykkevilkåret også er ment å angi rammene for utlevering av biologisk materiale til bruk i farskapssaker. Jeg har vanskelig for å se at dette kan ha vært siktemålet. Som det framgår av det siterte, er det langt mer dramatiske situasjoner departementet har tatt sikte på, samtidig som det understrekes at unntaket skal være "ekstremt snevert og brukes kun i helt sjeldne tilfeller". Heller ikke her er forholdet til barneloven § 24 andre ledd nevnt.
- (60) Jeg ser på denne bakgrunn rettskildebildet slik at vi i behandlingsbiobankloven § 15 har å gjøre med en lovbestemmelse som oppstiller et absolutt krav om samtykke fra avgiver for at biologisk materiale skal kunne utleveres, men der det i forarbeidene ikke er gitt noen indikasjon på at dette også skal gjelde utlevering av biologisk materiale til bruk i farskapssaker. Dersom bestemmelsen skulle gjelde i farskapssaker, ville det være å forvente at de spesielle hensyn som gjør seg gjeldende – spesielt barnets grunnleggende interesse av å få rettslig fastsatt hvem som er dets far – ville ha vært trukket fram og avveid mot hensynet bak samtykkeregelen. At dette ikke er gjort, er særlig påfallende sett på bakgrunn av at det i Ot.prp. nr. 1 (1979–80) omtales som "det klare lovgiverønske" at et barn så vidt mulig skal ha sin biologiske far også som sin rettslige far.
- (61) I tillegg kommer at materiale som det er aktuelt å bruke til DNA-analyse i medhold av barneloven § 24 andre ledd, i stor grad retter seg mot biologisk materiale som befinner seg i biobanker. Dersom bestemmelsen ikke skal gis anvendelse, antar jeg derfor at mye av dens effekt vil falle bort. Jeg er på denne bakgrunn kommet til at det ikke har vært lovgivers intensjon å begrense anvendelsesområdet for barneloven § 24 andre ledd til ikke å skulle gjelde biologisk materiale fra biobanker. Dette peker i retning av at behandlingsbiobankloven § 15 må tolkes innskrenkende.
- (62) Som et selvstendig grunnlag for at behandlingsbiobankloven § 15 ikke gjelder for utlevering av biologisk materiale til bruk i farskapssaker, har ankemotpartene vist til lovens § 16 om taushetsplikt. Bestemmelsen gir taushetspliktbestemmelsene i helsepersonelloven tilsvarende anvendelse for opplysninger knyttet til biobanker. Dette betyr at helsepersonelloven § 24 får anvendelse. Som jeg tidligere har nevnt, innebærer denne bestemmelsen at taushetsplikten ikke er til hinder for at det avgis opplysninger som har betydning for fastsetting av farskap. Den nære sammenheng det er mellom barneloven § 24 andre ledd og unntaket fra taushetsplikt etter helsepersonelloven § 24 må, etter ankemotpartenes mening, tilsi at de samme regler må gjelde.
- (63) Jeg kan et stykke på vei slutte meg til denne argumentasjonen. Selv om det er de samme hensyn som gjør seg gjeldende, kan det å meddele opplysninger som et biologisk

materiale kan gi, riktig nok ikke uten videre sidestilles med å utlevere selve materialet. Ulike regler kan imidlertid føre til tilfeldig forskjellsbehandling som igjen gir en disharmoni i regelverket. For eksempel kan opplysning om DNA-profil gis der DNA-analyse er foretatt av det lagrete materialet, i motsetning til hvor slik analyse ikke har vært foretatt. At behandlingsbiobankloven § 16 åpner for å avgi opplysninger av betydning i farskapssak, forsterker dessuten ytterligere formodningen om at det ville ha blitt gitt en nærmere begrunnelse dersom meningen har vært at det samme ikke lenger skal gjelde for å avgi selve materialet. Også i denne sammenhengen må derfor forarbeidenes manglende drøftelse av problemstillingen tilsi at det ikke har vært lovgivers intensjon å unnta barneloven § 24 andre ledd i disse tilfellene.

- (64) Det gjenstår å drøfte om en innskrenkende fortolkning av behandlingsbiobankloven § 15 er i samsvar med rettspraksis, nærmere bestemt Rt. 2006 side 90. Saken gjaldt krav fra politiet om utlevering av biologisk materiale i biobank fra en avdød til bruk under etterforskning, jf. straffeprosessloven § 203 første punktum, jf. § 204 første ledd og § 210 første ledd første punktum. Høyesterett sluttet seg til lagmannsretten som uttalte at "biobankloven § 15 ikke gir hjemmel for utlevering av humant biologisk materiale i biobank i forbindelse med en straffesak eller annet, med mindre materialgiver samtykker til dette og vilkårene i bestemmelsen for øvrig er tilstede". I denne forbindelse uttales i avsnitt 28:

"Etter min mening må § 15 forstås slik at den gjelder all utlevering av biologisk materiale til andre enten det er til medisinsk bruk, forskning eller under rettergang eller annen ikke-medisinsk bruk. Biobankloven går foran annen lovgivning for så vidt angår oppbevaring, bruk og andres tilgang til biologisk materiale i biobanker, jf. § 3 annet ledd og Ot.prp. nr. 56 for 2001–2002 side 48."

- (65) Som det framgår, uttaler Høyesterett her helt generelt at biobankloven går foran annen lovgivning, blant annet med hensyn til andres tilgang til biologisk materiale i biobanker, og at dette også gjelder for bruk av materialet under rettergang. Den nærmere begrunnelsen framgår av avsnitt 29:

"Sterke reelle hensyn tilsier også at humant biologisk materiale som er lagret i biobanker, ikke kan kreves utlevert eller beslaglagt for bruk i rettergang. I NOU 2005: 1 om god forskning – bedre helse er fremmet forslag om ny lov om medisinsk og helsefaglig forskning. Lovutvalget uttalte på side 189 annen spalte at analyseresultater fra biobanker for forskning ikke skal kunne kreves utlevert til forsikringsselskaper, arbeidsgivere eller rettsvesen. Humant biologisk materiale står i en meget spesiell stilling ved at analyser nå, og spesielt i lys av framtidig kunnskap med hittil ukjente metoder, kan gi tilgang til opplysninger om personer, jf. NOU 2005: 1 side 185 annen spalte. Slikt materiale er vesensforskjellig fra helseopplysninger inntatt i dokument eller annet ved at nye opplysninger kan "hentes ut" av humant biologisk materiale, jf. NOU 2001: 19 om biobanker side 99 første spalte. Behovet for personvern for levende og døde er således spesielt sterkt ved at biologisk materiale kan gi tilgang til bestemte personers gener, sykdommer, lyter og andre egenskaper."

- (66) Som et utgangspunkt er jeg enig i det Høyesterett her uttaler. Slik Høyesterett har formulert seg, vil imidlertid behandlingsbiobankloven § 15 måtte gå foran barneloven § 24 andre ledd. Jeg er kommet til at Høyesteretts uttalelse på dette punkt ikke kan tas på ordet. Heller ikke Høyesterett har behandlet de helt spesielle hensyn som gjør seg gjeldende i farskapssaker og betydningen av barneloven § 24 andre ledd. Det er vist til offentlige utredninger om biobanker. Men som jeg allerede har påvist, er forholdet til barneloven § 24 andre ledd heller ikke behandlet der. Jeg er derfor kommet til at

rettspraksis ikke er til hinder for at behandlingsbiobankloven § 15 tolkes innskrenkende sammenholdt med barneloven § 24 andre ledd.

- (67) Støtte for en slik fortolkning finner jeg også i teorien og i det som kan karakteriseres som etterarbeider. I kommentarutgaven til barneloven, 2. utgave, går Inge Lorange Backer på side 188 inn for denne løsningen. Også han viser til at spørsmålet om å bruke biobankmateriale i farskapssaker ikke har vært nærmere vurdert, verken av Høyesterett i Rt. 2006 side 90 eller under forberedelsen av loven.
- (68) I NOU 2009: 5 har et offentlig utvalg vurdert endringer i barnelovens bestemmelser om farskap, blant annet hva som skal gjelde når den som påstås å være far, er død. I denne forbindelse legger utvalget til grunn at retten har adgang til å innhente DNA-analyse av biologisk materiale som befinner seg i biobank, og som er innhentet i annen sammenheng enn i forbindelse med farskapssaken. Utvalget går inn for å "videreføre" denne adgangen, jf. side 122. Her gis det altså uttrykk for den rettsoppfatningen at barneloven § 24 andre ledd også skal gis anvendelse på materiale i biobank.
- (69) Det foreslås også inntatt enkelte presiseringer i lovteksten, blant annet at avgjørelse om å innhente biologisk materiale mv. av død person setter til side lovbestemt taushetsplikt. Forslaget er ikke fulgt opp i Prop. 105 L (2012–2013), jf. side 8, da den "var ment som en presisering av gjeldende rett". Jeg oppfatter bemerkningen slik at departementet ikke fant at presiseringen representerte noe nytt i forhold til gjeldende rett, og at den derfor var unødvendig.
- (70) Selv om forholdet til behandlingsbiobankloven § 15 ikke har vært direkte behandlet i utredningen eller i proposisjonen, og selv om saken ennå ikke har vært behandlet av Stortinget, støtter det som jeg her har sitert den rettsoppfatningen at barneloven § 24 andre ledd også gjelder utlevering av biologisk materiale fra biobank.
- (71) Det foreligger sterke reelle hensyn til fordel for begge løsningene – det gjelder på den ene siden hensynet til barnets interesse i å få kjennskap til og en rettslig avklaring av hvem som er dets far, og på den andre siden personverninteressen som inkluderer den enkeltes behov for selv å ha herredømme over sitt biologiske materiale. I denne avveiningen må det imidlertid tas hensyn til det klare lovgiverstandpunkt at personvern hensynet må vike så lenge den mulige far er i live ved at han kan pålegges ved tvang å avgi biologisk materiale for DNA-testing. Det kan vanskelig ses at tvangen kan anses mer inngripende overfor en død person enn overfor en levende.
- (72) Jeg kan ikke se at noen av de internasjonale konvensjoner som begge parter har påberopt, har avgjørende betydning for saken. Jeg finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på disse.
- (73) Jeg er etter dette kommet til at det med behandlingsbiobankloven § 15 ikke har vært meningen å begrense anvendelsen av barneloven § 24 andre ledd med hensyn til innhenting av biologisk materiale i biobank for DNA-analyse i farskapssaker. Jeg legger til grunn at de hensyn som ligger bak barneloven § 24 andre ledd som ivaretar barnets interesse i å få en rettslig avklaring av hvem som er dets far, ikke har mindre vekt i dag enn da lovbestemmelsen ble gitt. I mangel av uttrykk for en klar lovgivervilje i motsatt retning, antar jeg derfor at bestemmelsens anvendelse også på materiale som befinner seg i biobank, fortsatt skal gjelde.

- (74) Anken har ikke ført fram, og etter tvisteloven § 20-2 første ledd har ankemotpartene krav på sakskostnader. Jeg er imidlertid kommet til at hver av partene bør bære sine sakskostnader, da saken har reist et prinsipielt og tvilsomt rettsspørsmål.
- (75) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

- (76) Dommer **Kallerud:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (77) Dommer **Normann:** Likeså.
- (78) Dommer **Stabel:** Likeså.
- (79) Justitiarius **Schei:** Likeså.
- (80) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

Riktig utskrift bekreftes: