



NORGES HØYESTERETT

K J E N N E L S E

avsagt 1. juli 2021 av Høyesterett i avdeling med

dommer Wilhelm Matheson
dommer Ragnhild Noer
dommer Per Erik Bergsjø
dommer Wenche Elizabeth Arntzen
dommer Ingvald Falch

HR-2021-1436-A, (sak nr. 21-005349STR-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts kjennelse 8. januar 2021

Oslo universitetssykehus HF

(advokat Rune Ljostad)

mot

Påtalemyndigheten

(førstestatsadvokat Trude Elisabeth Sparre)

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

- (1) Dommer **Bergsjø**:

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder krav om utlevering av biologisk materiale fra en behandlingsbiobank for å skaffe DNA-profil til bruk i søk etter en forsvunnet person, jf. behandlingsbiobankloven § 15. Spørsmålet er om bestemmelsens krav om samtykke er til hinder for utlevering når slikt samtykke ikke kan innhentes.
- (3) A har vært savnet siden januar 2010. Før han forsvant, avga han sæd til sædbanken ved Oslo universitetssykehus fordi han skulle gjennomgå behandling med risiko for sterilitet. Han samtykket da til langtidslagring av sæden til bruk ved assistert befruktning av en fremtidig ektefelle eller partner i stabilt samboerskap.
- (4) Omstendigheter ved forsvinningen gjorde at politiet innledet etterforskning i straffesak med A som antatt fornærmet. Det er mistanke om at han kan ha blitt drept. Politiet har fått morens DNA-profil og har anmodet de europeiske landene og USA om ved hjelp av denne å søke i sine registre over uidentifiserte lik. Enkelte land har opplyst at lovgivningen bare tillater slike søk basert på den savnedes egen DNA-profil.
- (5) På denne bakgrunn besluttet politiet beslag i sædprøve fra A hos Oslo universitetssykehus i medhold av straffeprosessloven § 205 første ledd, jf. §§ 203 og 204. As mor har samtykket til at det innhentes DNA-profil fra den nedfrosne sæden. Sykehuset motsatte seg imidlertid beslaget med den begrunnelse at behandlingsbiobankloven § 15 ikke gir rettslig grunnlag for utlevering uten giverens samtykke.
- (6) Som følge av at sykehuset motsatte seg utlevering, oversendte politiet saken til Oslo tingrett med krav om utleveringspålegg. Tingretten tok kravet til følge ved beslutning 16. november 2020. I beslutningen la tingretten til grunn at vilkårene for utlevering etter straffeprosessloven i utgangspunktet er oppfylt. Tingretten så det videre slik at behandlingsbiobankloven § 15 kan tolkes innskrenkende, slik at mangelen på samtykke ikke hindrer utlevering av biologisk materiale i en situasjon som i saken her.
- (7) Etter anke fra Oslo universitetssykehus avsa Borgarting lagmannsrett 8. januar 2021 kjennelse med slik slutning:
- «Anken forkastes.»
- (8) Avgjørelsen ble truffet under dissens. En samlet lagmannsrett kom til at samtykkekravet i behandlingsbiobankloven § 15 ikke kan bortfortolkes slik tingretten la til grunn. Flertallet så det imidlertid slik at det må kunne presumeres et samtykke fra A, og at kravet om utlevering derfor kan tas til følge. Mindretallet var av den oppfatning at et presumert samtykke ikke kan oppfylle lovens samtykkekrav. Begge fraksjonene uttrykte tvil.
- (9) Oslo universitetssykehus har anket videre til Høyesterett. Anken gjelder primært lagmannsrettens generelle lovtolkning, men det er i ankeerklæringen også reist spørsmål

om straffeprosessloven gir hjemmel for beslag. I sluttinnlegget og i skranken for Høyesterett er det presisert at lagmannsretten har begått saksbehandlingsfeil ved behandlingen av hjemmelsspørsmålet.

- (10) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 22. februar 2021 at saken skulle avgjøres av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd andre punktum. I medhold av straffeprosessloven § 387 ble det besluttet muntlige forhandlinger.
- (11) Saksbehandlingsspørsmålet er nytt for Høyesterett. For øvrig står saken i samme stilling som for de tidligere instansene.
- (12) Ankeforhandlingen for Høyesterett er gjennomført ved fjernmøte, jf. midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 om tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19 mv. § 3.

Partenes syn på saken

- (13) *Oslo universitetssykehus HF* har i korte trekk gjort gjeldende:
- (14) Behandlingsbiobankloven § 15 stiller opp et absolutt krav om samtykke fra giveren for å kunne utlevere biologisk materiale til andre. Når det som her er tale om bruk til et nytt formål, må samtykket tilfredsstillende vilkårene i § 13. Dette innebærer at det må innhentes et nytt frivillig, uttrykkelig og informert samtykke. Ordlyden åpner ikke for unntak, og bestemmelsene er resultat av en bevisst lovgivervilje. Rettspraksis og reelle hensyn bekrefter behovet for en restriktiv tolkning. Et presumert samtykke oppfyller ikke vilkårene i loven, og lagmannsrettens kjennelse bygger derfor på feil lovtolkning.
- (15) Lagmannsretten har begått saksbehandlingsfeil som kan ha virket inn på kjennelsens innhold. For det første er det ikke tatt stilling til om pålegget om utlevering av biologisk materiale har grunnlag i straffeprosesslovens bestemmelser om beslag. Lagmannsretten har for det andre lagt til grunn at utlevering av sædprøven er eneste mulighet for å fremskaffe en fullverdig DNA-profil, noe som klart og uomtvistelig er feil. Retten har i den forbindelse ikke oppfylt sin plikt til å sørge for sakens opplysning etter straffeprosessloven § 294. Kravet om utlevering er uansett et uforholdsmessig inngrep, jf. straffeprosessloven § 170 a.
- (16) *Oslo universitetssykehus HF* har lagt ned slik påstand:
 - «Prinsipalt:
 1. Påtalemyndighetens begjæring av 13. november 2020 om utleveringspålegg tas ikke til følge.
 - Subsidiært:
 2. Oslo tingretts beslutning og Borgarting lagmannsretts kjennelse oppheves.
 - I begge tilfeller:
 3. Oslo universitetssykehus HF tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»
- (17) *Påtalemyndigheten* har i korte trekk gjort gjeldende:

- (18) Lagmannsretten har ikke begått saksbehandlingsfeil, og eventuelle feil har uansett ikke virket inn på kjennelsens innhold, jf. straffeprosessloven § 385 tredje ledd, jf. § 343 første ledd. Etterforskning ble innledet da A ble meldt savnet i 2010 og har pågått siden. Straffeprosessloven § 210, jf. §§ 203 og 204 gir den nødvendige straffeprosessuelle hjemmelen for utleveringspålegget. Forholdsmessighetskravet i straffeprosessloven § 170 a er oppfylt.
- (19) Et presumert samtykke oppfylder samtykkekravet i behandlingsbiobankloven § 15, og lagmannsretten har derfor ikke bygget på feil lovtolkning. Henvisningen til § 11, som igjen viser til pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 andre ledd, er et argument for at presumert samtykke må aksepteres. Den øvrige helselovgivningen gir også støtte for et slikt syn. Når lovforarbeidene er tause om problemstillingen, kan det ikke legges til grunn at lovgiver har tatt et bevisst valg om at samtykke ikke kan presumeres. Rettspraksis løser ikke spørsmålet. Hensynet til at straffbare forhold må oppklares, samt hensynet til savnede og hans pårørende, veier tungt i favør av å åpne for presumerte samtykker. Subsidiært må samtykkekravet kunne bortfortolkes i et tilfelle som dette slik tingretten har lagt til grunn.
- (20) Påtalemyndigheten har lagt ned slik påstand:

«Anken forkastes.»

Mitt syn på saken

Problemstilling, prøvingskompetanse, videre fremstilling

- (21) Spørsmålet er som nevnt om politiet kan pålegge Oslo universitetssykehus å utlevere en prøve av sæd avgitt til bruk ved fremtidig assistert befruktning av giverens ektefelle eller samboer. Sædgiveren er savnet, og formålet med kravet om utlevering er å benytte hans DNA-profil til søk i utenlandske registre over uidentifiserte lik for å bringe på det rene om han er død. Det er tale om en videre anke over kjennelse, og Høyesteretts kompetanse er etter straffeprosessloven § 388 begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og tolkning av en lovforskrift.
- (22) Et pålegg om utlevering er et tvangsmiddel som krever hjemmel i lov. I dette tilfellet er det anført at straffeprosessloven § 210, jf. §§ 203 og 204 gir det nødvendige lovgrunnlaget for pålegget. Etter straffeprosessloven § 170 a kan et slikt tvangsmiddel ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep.
- (23) Lagmannsretten har i sin kjennelse vist til politiets uttalelser om at «det ikke verserer noen etterforskning i straffesak». På den bakgrunn er det reist spørsmål ved om straffeprosessloven § 210, jf. §§ 203 og 204 regulerer kravet om utlevering i saken her. Dette går ikke lagmannsretten nærmere inn på, idet «det omtvistede spørsmålet er om behandlingsbiobankloven § 15 stenger for utlevering». Lagmannsretten har altså ikke tatt uttrykkelig stilling til hjemmelsspørsmålet, og kravet om forholdsmessighet er ikke nevnt. Saksbehandlingsanken knytter seg særlig til kjennelsesgrunnene på dette punktet.
- (24) Slik jeg ser på saken, er det ikke grunn til å gå nærmere inn på lagmannsrettens uttalelser om hjemmelen for utleveringspålegget og heller ikke på saksbehandlingsanken for øvrig. Det sentrale spørsmålet er om kravet om samtykke i behandlingsbiobankloven § 15 er til

hinder for utlevering av sædprøven. Lagmannsrettens flertall har lagt til grunn at det kan presumeres et samtykke fra A, og at § 15 derfor åpner for utlevering. Jeg har et annet syn og mener at det må kreves et frivillig, uttrykkelig og informert samtykke. Paragraf 15 stenger dermed for utlevering, og det har da ingen betydning om straffeprosesslovens bestemmelser i utgangspunktet gir hjemmel for utleveringspålegg. I fortsettelsen drøfter jeg derfor bare forståelsen av samtykkekravet i behandlingsbiobankloven § 15.

Generelt om kravet om samtykke for tilgang til biologisk materiale i biobank

- (25) Behandlingsbiobankloven gjelder etter § 3 «innsamling, oppbevaring, behandling og destruksjon av humant biologisk materiale og opplysninger som inngår i en biobank, samt organiseringen av denne virksomheten». Det er i fjerde ledd gjort unntak for biologisk materiale som anvendes eller skal anvendes i forskning. Loven omfattet opprinnelig også slikt materiale, men dette ble endret ved innføringen av helseforskningsloven i 2009. Jeg kommer tilbake til betydningen av enkelte av de endringene som ble gjort da.
- (26) Etter behandlingsbiobankloven § 1 første ledd er formålet bak loven «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». Det er fremhevet at dette skal skje i samsvar med grunnleggende personvern hensyn og prinsipper om respekt for menneskeverd, menneskerettigheter og personlig integritet. Av andre ledd følger at loven skal legge til rette for at materialet i biobanken kan benyttes til helsemessige formål.
- (27) Andres tilgang til materiale i en biobank er regulert i § 15, og etter første ledd første punktum kreves samtykke fra giveren:
- «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.»
- (28) Ved vurderingen av om det skal gis tilgang til biologisk materiale som giveren har gitt samtykke til å utlevere, skal det etter andre ledd legges vekt på om tilgangen vil umuliggjøre eller vesentlig vanskeliggjøre ivaretagelsen av lovpålagte plikter vedrørende oppbevaring og behandling av materialet, ivaretagelse av interessene til materialets giver og ivaretagelse av egen og eventuelt andres behandling av materialet. Tredje ledd slår fast at tilgang bare kan gis dersom mottakeren har adgang til å behandle materialet i henhold til pasientjournalloven, personopplysningsloven eller personvernforordningen.
- (29) I § 15 siste ledd er det gitt en forskriftshjemmel som har denne ordlyden:
- «Kongen kan i forskrift bestemme at utlevering av humant biologisk materiale til påtalemyndighet eller domstol helt unntaksvis kan skje dersom svært tungtveiende private eller offentlige interesser gjør dette rettmessig.»
- (30) Forskriftshjemmelen er ikke brukt.
- (31) Tilgang for andre til biologisk materiale i biobanken forutsetter altså etter første ledd at giveren samtykker «i tråd med §§ 11 og 13». Paragraf 11 inneholder bestemmelser om

samtykke til helsehjelp og er derfor ikke aktuell i saken her. Samtykket til tilgang etter § 15 må derfor være «i tråd med» § 13, noe partene også er enige om. Bestemmelsen lyder:

«Ved 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.»

- (32) Bestemmelsen stiller krav til samtykket ved endret eller ny bruk. Formålet med avgivelsen av sæd var her som nevnt å muliggjøre en fremtidig assistert befruktning av As ektefelle eller samboer, og det var denne bruken han samtykket til. Kravet om utleveringspålegg knytter seg til en annen bruk, nemlig søk i utenlandske registre over uidentifiserte lik. Tilgang forutsetter da etter § 15 jf. § 13 et «nytt frivillig, uttrykkelig og informert samtykke». Spørsmålet er om det i et tilfelle som i denne saken kan ses bort fra samtykkekravet, eventuelt om et samtykke kan presumeres basert på giverens antatte vilje.

Nærmere om forståelsen av samtykkekravet i behandlingsbiobankloven § 15 jf. § 13

- (33) Etter sin *ordlyd* oppstiller behandlingsbiobankloven § 15 første ledd et absolutt krav om samtykke for utlevering av biologisk materiale til andre. Som jeg allerede har vært inne på, må samtykket – når § 11 ikke er anvendelig – være «frivillig, uttrykkelig og informert», jf. § 13. Ordlyden er i begge bestemmelsene klar og etterlater i utgangspunktet ikke tvil om hva som er ment. Tingretten tolket § 15 innskrenkende ved i realiteten å bortfortolke samtykkekravet i et tilfelle som vårt, mens lagmannsrettens flertall tolket § 13 innskrenkende ved å godta et presumert samtykke. Jeg finner det hensiktsmessig å behandle de ulike tilnærmingene til tingretten og lagmannsretten under ett. Fordi ordlyden hverken i § 15 eller § 13 i utgangspunktet etterlater tvil, krever en slik innskrenkende tolkning tungtveiende holdepunkter i andre kilder.
- (34) Påtalemyndigheten har som nevnt sagt seg enig i at kravene til samtykket i dette tilfellet reguleres av § 13, men har likevel funnet støtte for sitt syn i § 11 om samtykke til helsehjelp. Etter § 11 andre ledd gjelder pasient- og brukerrettighetsloven §§ 4-4 til 4-7 tilsvarende for personer uten samtykkekompetanse. Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6 gjelder personer over 18 år som ikke har samtykkekompetanse, og bestemmelsens andre ledd åpner for å gi helsehjelp i visse tilfeller «dersom det anses å være i pasientens interesse, og det er sannsynlig at pasienten ville ha gitt tillatelse til slik hjelp». Påtalemyndigheten mener at dette er et argument for at samtykke kan presumeres også utenfor virkeområdet for behandlingsbiobankloven § 11. Jeg er ikke enig i dette. Det er oppstilt et uttrykkelig og forsterket samtykkekrav i § 13 som ikke finnes i § 11. Jeg kan da ikke se at § 11 kan gi noe bidrag til forståelsen av § 13.
- (35) Før jeg forlater ordlyden i §§ 15 og 13, finner jeg grunn til å knytte noen kommentarer til forskriftshjemmelen i § 15 siste ledd. Det kan i forskrift gis bestemmelser om at utlevering av humant biologisk materiale til påtalemyndighet eller domstol «helt unntaksvis» kan skje hvis det foreligger tungtveiende private eller offentlige interesser. Lovgiver har altså sett at det kan tenkes situasjoner hvor tunge hensyn tilsier at utlevering kan skje uten samtykke fra giver, men har ment at dette i tilfelle bør reguleres i forskrift etter en nærmere vurdering fra departementets side. Jeg ser det slik at dette er et argument både mot å bortfortolke samtykkekravet og å akseptere et presumert samtykke. Det må gjelde selv om det er andre situasjoner som er drøftet i tilknytning til forskriftshjemmelen i Ot.prp. nr.

74 (2006–2007) side 110, slik påtalemyndigheten har fremholdt. Når forskriftshjemmelen ikke er benyttet, bør ikke domstolene tre i forvaltningens sted og gjøre unntak innenfor rammene av det som kunne vært bestemt i forskrift.

- (36) *Lovhistorikken* er etter mitt syn også et argument mot en innskrenkende tolkning av samtykkebestemmelsene i behandlingsbiobankloven. Før innføringen av helseforskningsloven i 2009, hadde § 13 første til tredje ledd i det som da ble kalt biobankloven, denne ordlyden:

«Ved endret, utvidet eller ny bruk av tidligere innsamlet materiale og opplysninger som ikke omfattes av det opprinnelige samtykket, skal nytt frivillig, uttrykkelig og informert samtykke innhentes.

Dersom det er umulig eller svært vanskelig å innhente nytt samtykke, kan departementet gjøre unntak fra kravet om nytt samtykke. Det må foreligge en vurdering fra en regional komité for medisinsk forskningsetikk.

Ved bruk av materiale og opplysninger fra en avdød, skal avdødes antatte vilje og materialets sensitivitet legges til grunn for departementets vurdering. Det skal tas tilbørlig hensyn til avdødes familie og slekt.»

- (37) Loven hadde altså regler om at departementet kunne gjøre unntak fra kravet om samtykke når det var umulig eller svært vanskelig å innhente det. Ved vurderingen av bruk av materiale fra en avdød, skulle avdødes antatte vilje tas i betraktning. Disse bestemmelsene ble tatt ut ved vedtakelsen av helseforskningsloven. Endringen er ikke kommentert uttrykkelig i forarbeidene. I Ot.prp. nr. 74 (2006–2007) side 109 fremgår imidlertid at departementet var kjent med at Høyesterett i Rt-2006-90 la til grunn at biobankloven ikke hjemlet «utlevering av humant biologisk materiale i forbindelse med en straffesak» uten samtykke. Hvis departementet mente at en slik rettstilstand var uheldig, kunne det foreslått å beholde bestemmelsene i § 13 om mulighet for unntak fra kravet om samtykke ut fra giverens antatte vilje. Dette skjedde ikke, og jeg synes det er naturlig å se det slik at lovgiver her har tatt et bevisst valg.
- (38) Problemstillingen i denne saken er ikke kommentert i *forarbeidene* hverken til den opprinnelige biobankloven eller til endringene som skjedde ved innføringen av helseforskningsloven. Oslo universitetssykehus har likevel fremhevet enkelte uttalelser som etter helseforetakets syn ikke er forenlige med en åpning for passivt eller presumert samtykke. Påtalemyndigheten har på sin side tatt tausheten til inntekt for at man på dette punktet ikke kan utlede noen lovgivervilje. Jeg mener at forarbeidene i hvert fall ikke gir holdepunkter for at den klare ordlyden i behandlingsbiobankloven §§ 15 og 13 kan fravikes, og på den bakgrunn ser jeg ikke grunn til å gå nærmere inn på partenes argumentasjon på dette punktet.
- (39) I *rettspraksis* er det særlig tre avgjørelser som har interesse. Jeg nevner først kjennelsen inntatt i Rt-2006-90, som gjaldt spørsmålet om politiet kunne pålegge en biobank å utlevere biologisk materiale fra en avdød i forbindelse med etterforskning av et grovt ran. Etterforskningen var rettet mot giveren av det biologiske materialet, og utlevering ville derfor være til hans ugunst. Utlevering ble nektet. I avsnitt 24 siterer førstvoterende fra lagmannsrettens kjennelse i saken. Av sitatet fremgår at lagmannsretten hadde uttalt følgende:

«Lagmannsretten finner det ikke tvilsomt 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.»

- (40) Høyesterett sluttet seg til denne lovforståelsen, se avsnitt 26. Førstvoterende slår i avsnitt 28 fast at § 15 gjelder all utlevering av biologisk materiale til andre, og at bestemmelsen går foran annen lovgivning for så vidt gjelder andres tilgang. I avsnitt 29 heter det så at sterke reelle hensyn tilsier at biologisk materiale som er lagret i biobanker, ikke kan kreves utlevert for bruk i rettergang. Det fremheves at humant biologisk materiale står i en spesiell stilling «ved at analyser nå, og spesielt i lys av framtidig kunnskap med hittil ukjente metoder, kan gi tilgang til opplysninger om personer». Avslutningsvis i avsnittet påpeker førstvoterende at behovet for personvern for levende og døde er «spesielt sterkt ved at biologisk materiale kan gi tilgang til bestemte personers gener, sykdommer, lyter og andre egenskaper».
- (41) Saken gjaldt som nevnt et tilfelle hvor utlevering av det biologiske materialet ville være til ugunst for giveren. I vår sak er det anført at utleveringen vil være til As gunst, og at andre hensyn da gjør seg gjeldende. Jeg er enig i at sakene ikke er direkte sammenlignbare. Samlet sett etterlater 2006-avgjørelsen likevel et inntrykk av at behandlingsbiobankloven §§ 15 og 13 bør tolkes strengt etter sin ordlyd, og at personvern hensyn generelt veier tungt. Om utlevering må anses å være til As gunst i saken her, er det for øvrig vanskelig å si noe sikkert om.
- (42) I Rt-2013-565 var det spørsmål om biologisk materiale fra en avdød person kunne kreves utlevert fra en biobank til bruk i farskapsak, jf. barnelova § 24 andre ledd. Bestemmelsen slår fast at når en mulig far er død eller utilgjengelig av andre grunner, kan det innhentes og gjøres bruk av biologisk materiale eller prøver som tidligere er tatt av ham. Det var altså tale om en regelkonflikt mellom barnelova § 24 og behandlingsbiobankloven § 15. Sistnevnte bestemmelse ble tolket innskrenkende, og tilgang til materialet ble gitt. Noen slik regelkonflikt foreligger ikke i saken her, og jeg kan derfor ikke se at kjennelsen gir særlig veiledning for vårt tilfelle. Det er likevel grunn til å merke seg at førstvoterende i avsnitt 60 uttaler at behandlingsbiobankloven § 15 oppstiller «et absolutt krav om samtykke fra avgiver».
- (43) Jeg legger derimot vekt på HR-2020-1776-A. Saken gjaldt krav om utlevering av vevsprøver fra en avdød – et barn som døde 15 måneder gammel – til bruk i etterforskning mot en siktet person. Vevsprøvene kunne ha bekreftet mistanke om at barnet var forgiftet av siktede. Prøvene var tatt i forbindelse med et forskningsprosjekt, og utleveringss spørsmålet ble regulert av helseforskningsloven § 27. Andre ledd i bestemmelsen slår fast at humant biologisk materiale fra forskningsbiobanker ikke kan utleveres «i forsikringsøyemed, til arbeidsgiver, til påtalemyndighet eller til domstol, selv om den materialet stammer fra samtykker til det». I tredje ledd er det inntatt en forskriftshjemmel som tilsvarende behandlingsbiobankloven § 15 siste ledd. Heller ikke denne forskriftshjemmelen er benyttet.
- (44) I avsnitt 34 tar førstvoterende utgangspunkt i forarbeidsuttalelser om at forbudet mot utlevering i helseforskningsloven § 27 skal sikre at utlevering ikke skjer til *ugunst* for forskningsdeltakeren. Han reiser spørsmål om dette åpner for en innskrenkende tolkning når denne forutsetningen ikke foreligger. I avsnitt 35 til 38 fremheves argumenter for en slik innskrenkende tolkning – betydningen av de aktuelle vevsprøvene for oppklaringen av

saken og hensynet til barns rettssikkerhet. Deretter uttaler førstvoterende følgende i avsnitt 39:

«Jeg har trukket frem flere forhold som etter mitt syn er gode grunner for at vevsprøvene fra den avdøde gutten bør kunne utleveres. Men det er også tungtveiende hensyn som taler mot en innskrenkende tolkning av loven. For det første har lovens ordlyd betydelig vekt, og særlig når loven er utformet som en absolutt regel med tydelig angivelse av hvordan unntak eventuelt kan besluttes. For det andre kan utlevering i enkelttilfeller uten klar forankring i helseforskningsloven § 27 åpne for formålsutglidning og en generell svekkelse av tilliten til medisinsk- og helsefaglig forskning og forskningsbiobanker. Jeg er på denne bakgrunn kommet til at påtalemyndighetens krav om utlevering ikke kan tas til følge.»

- (45) Førstvoterende la altså avgjørende vekt på den klare ordlyden og ønsket om å unngå formålsutglidning og en svekkelse av tilliten til den helsefaglige forskningen og forskningsbiobankene. Han la til grunn at eventuelle unntak fra utleveringsforbudet måtte reguleres i loven eller ved forskrift, se avsnitt 40. Argumentene har etter mitt syn tilsvarende vekt i saken her. Riktignok inneholder ikke behandlingsbiobankloven § 15 et absolutt forbud mot utlevering slik helseforskningsloven § 27 gjør. Men vilkåret om samtykke i § 15 fremstår som absolutt, samtidig som § 13 ikke etterlater noen tvil om at samtykket må være frivillig, uttrykkelig og informert. 2020-avgjørelsen er uttrykk for at det på dette rettsområdet skal mye til før en så klar ordlyd kan fravikes. Og også i vår sak må hensynet til å hindre formålsutglidning slå inn med tyngde, slik at tilliten til helsevesenet og behandlingsbiobankene opprettholdes. Etter dette mener jeg at også rettspraksis taler mot både å bortfortolke samtykkekravet og å akseptere presumert samtykke.
- (46) Påtalemyndigheten har vist til at *andre lover på helserettens område* i stor grad legger vekt på pasientens presumerte samtykke og antatte vilje når uttrykkelig samtykke ikke kan innhentes, som helsepersonelloven § 24, obduksjonslova § 7 og transplantasjonslova § 13. Det er gjort gjeldende at dette er et argument for at presumert samtykke oppfyller samtykkekravet i behandlingsbiobankloven § 15. Jeg er ikke enig i dette. De ulike løsningene i de forskjellige lovene på helseområdet må antas å være utslag av bevisste valg fra lovgivers side. Det kan da etter min mening ikke trekkes slutninger fra bestemmelser i andre lover.
- (47) Begge parter har trukket inn *formålsbetraktninger og andre reelle hensyn*. Oslo universitetssykehus har særlig lagt vekt på formålsangivelsen i behandlingsbiobankloven § 1, mens påtalemyndigheten har fremhevet hensynet til sakens oppklaring og til savnede og hans pårørende. Jeg har i tilknytning til drøftelsen av HR-2020-1776-A allerede fremhevet enkelte hensyn av betydning. Ut over dette finner jeg ikke grunn til å kommentere partenes argumentasjon. Med de holdepunkter jeg finner i lovens ordlyd, lovhistorikken og rettspraksis, kan reelle hensyn uansett ikke få utslagsgivende vekt.
- (48) *Oppsummert* oppstiller behandlingsbiobankloven § 15 etter sin ordlyd et absolutt krav om samtykke. Paragraf 13 etterlater ingen tvil om at samtykket i et tilfelle som det foreliggende må være frivillig, uttrykkelig og informert. Lovhistorikken tyder på at reguleringen er resultat av et bevisst valg fra lovgivers side, samtidig som rettspraksis gir støtte for en streng ordlydsfortolkning. Mitt syn er på denne bakgrunn at samtykkekravet i § 15 ikke kan bortfortolkes, og at loven ikke gir rom for å akseptere presumert samtykke fra en savnet eller avdød. Det må eventuelt være opp til lov- eller forskriftsgiver å vurdere

om det er behov for en oppmykning av vilkårene for tilgang til biologisk materiale i behandlingsbiobanker.

Konklusjon

- (49) Lagmannsrettens flertall har som nevnt tillatt utlevering av en sædprøve basert på et presumert samtykke fra As side. Som min drøftelse av samtykkekravet i behandlingsbiobankloven vil ha vist, åpner ikke loven for å akseptere presumerte samtykker. Flertallet i lagmannsretten har bygget på feil generell lovforståelse, og anken fra Oslo universitetssykehus fører frem.
- (50) Helseforetaket har prinsipielt lagt ned påstand om at begjæringen om utleveringspålegg ikke tas til følge. Høyesterett har her begrenset kompetanse, og ved feil fra lagmannsrettens side må resultatet derfor normalt bli opphevelse. I praksis er det imidlertid lagt til grunn at det også i slike tilfeller kan treffes ny avgjørelse etter straffeprosessloven § 385 andre ledd. Forutsetningen er at det ut fra korrekt lovtolkning og de faktiske forholdene lagmannsretten har lagt til grunn, bare er ett mulig resultat, jf. Rt-2010-1638 avsnitt 55. Når jeg nå er kommet til at det ikke er adgang til å utlevere biologisk materiale basert på et presumert samtykke fra giver, og når samtykkekravet heller ikke kan bortfortolkes, er vilkårene for realitetsavgjørelse oppfylt. Den prinsipielle påstanden fra Oslo universitetssykehus tas etter dette til følge.

Sakskostnader

- (51) Oslo universitetssykehus har krevd dekning av sakskostnader for Høyesterett med 490 000 kroner. Straffeprosessloven gir ikke hjemmel for å tilkjenne sakskostnader til andre enn siktede. Rettspraksis åpner imidlertid for å tilkjenne sakskostnader etter analogi fra tvisteloven kapittel 20 til andre som har fått en beslutning mot seg eller har måttet forsvare seg mot et tvangsinngrep, jf. Rt-2006-90 avsnitt 31 og Rt-2010-1638 avsnitt 56.
- (52) Helseforetaket har vunnet saken fullt ut og bør tilkjennes sakskostnader etter analogi fra tvisteloven § 20-2. Etter § 20-5 første ledd skal fulle sakskostnader dekke de nødvendige kostnadene ved saken. Kravet på 490 000 kroner er etter mitt syn for høyt, selv når det tas i betraktning at prosessfullmektigen var ny for Høyesterett. Sakskostnader blir skjønnsmessig å tilkjenne med 375 000 kroner.
- (53) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

1. Påtalemyndighetens begjæring om utleveringspålegg overfor Oslo universitetssykehus HF tas ikke til følge.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler staten ved Justis- og beredskapsdepartementet til Oslo universitetssykehus HF 375 000 – trehundreogsyttifemtusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.

- (54) Dommer **Falch:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (55) Dommer **Arntzen:** Likeså.
- (56) Dommer **Noer:** Likeså.
- (57) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (58) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

1. Påtalemyndighetens begjæring om utleveringspålegg overfor Oslo universitetssykehus HF tas ikke til følge.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler staten ved Justis- og beredskapsdepartementet til Oslo universitetssykehus HF 375 000 – trehundreogsyttifemtusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.